



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR DO PROCESSO TC N° 7231/2011

Interessado: MAXWEL LACERDA
Assunto: REPRESENTAÇÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, manifesta-se nos seguintes termos.

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação¹ avariada por Maxwell Lacerda, aduzindo possíveis irregularidades ocorridas no Edital de Concorrência Pública nº 002/2011, da Prefeitura de Vila Velha/ES, cujo objeto é a concessão para prestação de serviços de implantação e operacionalização do sistema de estacionamento rotativo controlado por empresa especializada, com parquímetros (emissores de tickets de estacionamento) nas vias do Município.

À época dos fatos o representante requereu a suspensão do procedimento licitatório para análise de possíveis irregularidades no certame. Contudo, diante da ausência dos documentos referentes ao procedimento licitatório, o corpo técnico² sugeriu a notificação do Prefeito do Município de Vila Velha, Sr. Neucimar Ferreira Fraga, para que encaminhasse a esse Tribunal de Contas tais documentos, no prazo de 48 horas.

Depois de conduzido aos autos os elementos probatórios³, a área técnica elaborou a Instrução Técnica Inicial ITI 93/2012⁴, na qual se evidencia indícios de irregularidades.

Na sequência houve a citação dos responsáveis, os quais, por meio de procurador regularmente constituído⁵, manifestaram-se em conjunto⁶.

Nesse ínterim, houve manifestação da 10ª Secretaria de Controle Externo⁷ acerca da matéria especificada no item 6⁸, do Edital de Concorrência Pública nº 002/2011, retromencionado.

¹ Embora os presentes autos tenham sido recebidos como Representação (fl.06), trata-se de Denúncia (art. 93 da Lei Complementar n. 621/2012. Os legitimados para representar junto ao TCE são aqueles listados no art. 99, § 1º e incisos, dessa Lei Complementar.

² Fls. 9/10.

³ Fls. 19/20, 26.

⁴ Fls. 850-868

⁵ Fls. 949-951, 1094.

⁶ Fls. 898-948, 949-1086.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Na sequência, os autos foram encaminhados ao Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas - NEC para exame, o qual elaborou a Instrução Técnica Conclusiva – ITC 3457/2013, manifestando-se pela **procedência parcial** da representação, conforme aduzido adiante:

[...]

3.1. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO SUFICIENTE JUSTIFICANDO A CONCESSÃO
(item I, da ITI nº 93/2012, fls. 853/854)

Responsáveis Solidários:

- Neucimar Ferreira Fraga – Prefeito;
- Bruno Rodrigues Lorenzutti – Secretário Municipal de Transportes e Trânsito.

3.2 – DA AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DE JUSTIFICATIVA DA CONVENIÊNCIA DA CONCESSÃO (item II, da ITI nº 93/2012, fls. 855)

Responsável:

- Neucimar Ferreira Fraga – Prefeito;

3.4 – DA RESTRIÇÃO À COMPETIÇÃO NA FASE DE HABILITAÇÃO – DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA (item IV.1, da ITI nº 93/2012, fls. 856/857)

Responsáveis Solidários:

- Bruno Rodrigues Lorenzutti - Secretário Municipal de Transporte e Trânsito;
- Fábio Gomes de Aguiar - Presidente da Comissão Permanente de Licitação
- Marianne Rios de Souza Martins - Diretora Adjunta da PROCAD
- Wellington Borghi - Procurador Geral Municipal

3.6 – DA DIVERGÊNCIA ENTRE DISPOSITIVOS DO EDITAL, DO PROJETO BÁSICO E DA MINUTA DO CONTRATO (item V, da ITI nº 93/2012, fls. 860/862)

Responsáveis Solidários:

- Bruno Rodrigues Lorenzutti - Secretário Municipal de Transporte e Trânsito;
- Fábio Gomes de Aguiar - Presidente da Comissão Permanente de Licitação;
- Marianne Rios de Souza Martins - Diretora Adjunta da PROCAD;
- Wellington Borghi - Procurador Geral Municipal.

3.7 – DA PREVISÃO EDITALÍCIA AFRONTANDO O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (item VI, da ITI nº 93/2012, fls. 863/865)

Responsáveis Solidários:

- Bruno Rodrigues Lorenzutti - Secretário Municipal de Transporte e Trânsito;
- Fábio Gomes de Aguiar - Presidente da Comissão Permanente de Licitação;
- Marianne Rios de Souza Martins - Diretora Adjunta da PROCAD;

⁷ MTP 144/2013.

⁸ Cláusula restritiva à competição.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

➤ Wellington Borghi - Procurador Geral Municipal.

[...]

3.8 – DA PREVISÃO DE APLICAÇÃO DAS PENALIDADES DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO COM BASE EM DADOS EMITIDOS PELOS MONITORES DA LICITANTE VENCEDORA (item VII, da ITI nº 93/2012, fls. 865/866)

Responsáveis Solidários:

- Bruno Rodrigues Lorenzutti - Secretário Municipal de Transporte e Trânsito;
- Fábio Gomes de Aguiar - Presidente da Comissão Permanente de Licitação;
- Marianne Rios de Souza Martins - Diretora Adjunta da PROCAD;
- Wellington Borghi - Procurador Geral Municipal.

Ato seguinte, vieram os autos ao Ministério Público de Contas para manifestação.

II - DO MÉRITO

Os princípios regentes da licitação encontram-se expressamente enumerados na Lei nº. 8.666/93, senão vejamos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Grifos nosso)

Percebe-se, nesse cenário, a intenção do legislador de resguardar o direito dos licitantes à isonomia e à ampla concorrência, com o intuito de assegurar o princípio-mor das licitações, qual seja, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

No tocante à análise dos autos, fora evidenciado diversas irregularidades decorrentes da inobservância de normas que regem tanto o procedimento licitatório⁹ quanto as normas inerentes ao Código de Trânsito Brasileiro¹⁰. Dentre as condutas irregulares relatadas pela equipe técnica destacam-se:

- a) ausência de motivação suficiente justificando a concessão;
- b) ausência de publicação de justificativa da conveniência da concessão;
- c) restrição à competição na fase de habilitação e da qualificação econômico-financeira;
- d) divergência entre dispositivo do edital, do projeto básico e da minuta do contrato;
- e) previsão editalícia afrontando o Código de Trânsito Brasileiro;
- f) previsão de aplicação das penalidades do Código de Trânsito Brasileiro com

⁹ Lei n. 8.666/1993

¹⁰ Lei n. 9.503/1997



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

base em dados emitidos pelos monitores da licitante vencedora.

Nessa seara, visto que a matéria fora amplamente analisada pelo corpo técnico, as irregularidades detectadas no procedimento licitatório, dignas de nova menção, serão sistematizadas no subtópicos a seguir, entendendo-se, naquilo que ficar silente, plena anuência aos termos da instrução técnica conclusiva.

II.1 – DA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO (SUFICIENTE) JUSTIFICANDO A CONCESSÃO

Em síntese, entendeu a unidade técnica¹¹ que, para **justificar a concessão de serviço, em face ao vulto dos valores envolvidos, era necessário demonstrar que eventuais lucros a serem obtidos pelo particular seriam razoáveis e que não afrontariam os princípios da moralidade e da supremacia do interesse público.**

Acrescentou a equipe técnica que para atingir tal objetivo os jurisdicionados deveriam avaliar e esclarecer as seguintes questões:

- a) A confiabilidade do valor estimado de R\$ 39.556.989 para o faturamento total da concessionária no prazo de 10 anos, esclarecendo a razão que fundamentou a estimativa de demanda presente nos autos, bem como os motivos pelo qual não foram considerados eventuais aumentos de vagas, já previstos no edital;
- b) O custo estimado da concessionária para cumprir integralmente suas atribuições;
- c) A inviabilidade do serviço ser prestado diretamente pela municipalidade, fundamentando-se em razões técnicas e econômicas.
- d) O critério e/ou metodologia utilizado para estabelecer o percentual mínimo de 5% de repasse pela outorga da concessão sobre o faturamento bruto, bem como a isenção de repasse durante os 06 (seis) primeiros meses de contrato (cláusula 17.9 do edital).

Todavia, das justificativas apresentadas, denota-se que as observações suscitadas pelo corpo técnico não foram consideradas pelos jurisdicionados.

Em síntese, apenas aduziram que os motivos que levou a Administração a realizar a concessão de serviço restaram demonstrados, tanto em relação ao **pressuposto de direito**, ante o disposto no artigo 24, inciso X, do Código de Trânsito Brasileiro, e a Lei Municipal nº 4.923/2010, quanto ao **pressuposto de fato**, ante a flagrante intenção da Administração Pública na democratização do espaço público e a dinamização das áreas de centros econômicos do município, através de organização e fluidez de trânsito de veículos e pedestres.

¹¹ (fls. 853/854):



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Contudo, como se observa dos elementos carreados aos autos, as alegações de defesa apresentam-se de forma genérica e destituída de objetividade em relação ao caso concreto, de forma a não ser apta a demonstrar se houve obtenção de vantagem pela Administração ao conceder a exploração dos serviços de implantação e operacionalização do sistema de estacionamento rotativo.

No caso em tela, caberia ao Município apresentar estudos técnicos acerca do possível rendimento financeiro oriundo da concessão, demonstrando se tal estudo, comparado com aqueles apresentados pela concessionária, estaria dentro dos parâmetros e das metas a serem alcançadas pela Administração.

Observa-se que os fatos levantados pela unidade técnica realmente carecem de fundamentação pois, por exemplo, não foi esclarecido a metodologia aplicada para se estabelecer o percentual mínimo de 5% sobre o faturamento bruto (cláusula 17.9 do edital) a ser repassado pela concessionária ao município.

Percebe-se que antes da revogação do art. 7º¹² da Lei n. 4.923/2010, o parâmetro mínimo de remuneração era de 50% (cinquenta por cento) do resultado líquido, obtido pela vencedora do certame quando da exploração dos serviços pactuados.

Nesse contexto, as alegações de defesa não esclareceram o motivo da adoção desse novo percentual¹³ estabelecido no edital, sendo certo que não poderia ficar ao livre alvedrio da Administração. Segundo consta do contrato n. 102/2011, o valor a título de repasse ao Município financeiro restou consignado em 6,25% (seis, vírgula vinte e cinco por cento).

Entretanto, vale registrar que não se encontram nos autos nenhum dado que possa vir a comprovar que referido percentual assegurou mais vantagem e benefícios ao Poder Público, sobretudo ante a ausência de substrato técnico na fixação do percentual mínimo adotado no edital e, principalmente, diante daquele estabelecido pela lei anteriormente (50%).

Nesse caso, diante da magnitude e complexidade dos serviços delegados em concessão, não há como o Município dispensar o levantamento de planilhas de custos e de estudos técnicos para obter um resultado concreto e razoável da efetivação dos serviços viabilizados.

Nessas circunstâncias, o administrador sempre deve expor a situação que de fato que motivou a emissão de sua vontade, nunca se fundamentando em critérios genéricos e indefinidos, pois quanto mais transparentes forem os atos da Administração, maior e mais fácil será o seu controle pelos administrados.

¹² Art. 7º A concessionária vencedora do certame deverá repassar ao Município o percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) do resultado líquido, obtido através do total da receita devidamente apurada nos equipamentos eletrônicos, menos o total das despesas, incluindo mão-de-obra, encargos sociais, despesas operacionais e administrativas, relativas à manutenção do sistema, custo de gerenciamento, amortização de investimentos, impostos.

¹³ 5% (cinco por cento)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Nas sábias palavras da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴, “a motivação é necessária, visto que constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública”.

Com propriedade, acrescenta a autora: “a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais poderes do Estado”.

Nessa seara, percebe-se que as irregularidades perpetradas no decorrer do procedimento licitatório, embora sejam de ordem formal, são de natureza grave, de modo, inclusive, a vir comprometer a execução do contrato. **Por isso, a importância de se fazer uma fiscalização na execução do contrato de forma acurada, inclusive, estendendo-se à análise d contas relacionadas ao referido instrumento.**

II.2 DA AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DE JUSTIFICATIVA DA CONVENIÊNCIA DA CONCESSÃO

Segundo demonstrado pela equipe técnica¹⁵, a Administração não publicou previamente ao edital o ato justificador da conveniência da outorga, exigência inserida no art. 5º da Lei n. 8.987/1995, que desta maneira disciplina:

Art. 5º. O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo

Por sua vez alegações do justificante¹⁶ foram no sentido de que o requisito contido no art. 5º da Lei nº 8.987/1995 fora devidamente cumprido por meio do Decreto n. 031/2011¹⁷.

Percebe-se que o cerne da discussão se encontra sedimentado no art. 5º da Lei n. 8.987/1995, que regulamenta o regime de concessão e permissão da prestação de

¹⁴ Direito Administrativo, 26ª edição, p. 219

¹⁵ Fls. 855

¹⁶ Fls. 902/904.

¹⁷ 'Art. 2º O Serviço Público de Estacionamento Rotativo está contido no sistema Municipal de Estacionamentos Regulamentados, fundamentado na:

I – Constituição Federal, em seus art. 175 e inciso V, do art. 30, que prevê a competência dos Municípios em organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local;

II – forma de autorização de concessão à iniciativa privada, mediante licitação, na modalidade de concorrência, com julgamento de maior oferta ao Poder Público Municipal, conforme art. 175 da Constituição Federal, atendidas as exigências das Leis Federais nº 8.666, de 1993, e nº 8.987, de 1995;

III – democratização do uso do espaço público com oportunidades de acesso aos equipamentos urbanos – art. 103 do Código Civil Brasileiro – pela garantia da rotatividade de vagas de estacionamento para veículos;

IV – implantação, manutenção e operação do sistema de estacionamento rotativo pago, previsto pelo inciso X, do art. 24, da Lei Federal nº 6.503, de 1997, Código de Trânsito Brasileiro – CTB, como sendo um serviço público de atribuição dos municípios integrados ao Sistema Nacional de Trânsito, por intermédio do respectivo Órgão Executivo de Trânsito Municipal;

V – dinamização das áreas de centros econômicos do município, pela organização e fluidez do trânsito de veículos e pedestres naqueles locais;

VI – incumbência de fiscalização de parceiros e usuários, constituindo o pagamento de tarifa o ônus real que justifica até a prestação do serviço por particular, sem o que não haveria o interesse privado por sua realização.

Parágrafo Único – A operacionalização do estacionamento em vias e logradouros públicos será realizada por meio de equipamentos eletrônicos expedidores de comprovantes de tempo de estacionamento, de modo que permitam total controle da arrecadação, aferição imediata de receitas e auditorias permanentes por parte do poder concedente que serão instalados pela empresa ganhadora do processo licitatório.'

Alterado pelo Decreto n. 3.428/2011, fls. 434/435.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

serviços públicos, previsto no artigo 175¹⁸ da Constituição Federal, o qual impõe ao Poder Concedente a obrigação de publicar, previamente ao edital de licitação, ato administrativo justificando a conveniência da outorga de concessão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

O legislador impôs ao poder concedente, como condição de outorga de determinado serviço, a expedição de um ato motivador. Sendo que nesse ato justificador deverá estar contida a motivação da conveniência da outorga da concessão. Além disso, a caracterização do objeto, da área e do prazo estabelecido.

In casu, vale a afirmação de que é por meio do ato justificador que se destaca a teoria dos motivos determinantes, pelo qual a administração se vincula aos motivos alegados no momento da prática dos atos administrativos.

Dessa maneira, entende-se que a justificativa do artigo 5º para a concessão do serviço público vinculará a Administração, de tal modo que se os motivos alegados não forem verdadeiros ou inexistentes, acarretará à nulidade da outorga da concessão.

Estabelece o art. 2º, e incisos, da Lei Federal n. 9.784/99, acerca do princípio da motivação na decisão dos atos administrativos, *verbis*:

Art. 2º A **Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios** da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

Embora a lei acima destacada somente obrigue aos entes federais, os princípios ali elencados se estendem aos órgãos estaduais e municipais, norteando todos os atos administrativos emanados do poder público.

Desse modo, como bem assinalado pela área técnica, o referido Decreto foi instituído com a finalidade precípua de regulamentar a lei que deu origem à concessão. Portanto, não constitui instrumento jurídico hábil a dar publicidade ou mesmo justificar a conveniência e oportunidade da Administração Pública em relação à outorga de concessão ou permissão de serviço público, caracterizando seu objeto, área e prazo.

II.3 RESTRIÇÃO À COMPETIÇÃO NA FASE DE HABILITAÇÃO - DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA;

Consoante exposto pela equipe técnica,¹⁹ trata-se de restrição à competição o item 12.2 do Edital, no qual exige a apresentação de Certidão Negativa de

¹⁸Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹⁹ Fls. 856/857.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

pedido de Falência, Concordata ou recuperação judicial/extrajudicial.

Quanto às alegações apresentadas pelos responsáveis, de que essa questão se fundamenta no entendimento do Tribunal de Contas da União, no qual entende que esse tipo de exigência, somente macula o procedimento licitatório se houver dolo ou má-fé ou mesmo ferir ao princípio da isonomia (...) e que os Tribunais Federais têm entendido que o fato da empresa ter 'pedido falência' já é um sinal de que a empresa não teria qualificação econômico-financeira para participar do certame (...).

Todavia, em que pese os argumentos colacionados pelos justificantes²⁰, esse não é entendimento que deve prevalecer, visto que a norma a ser aplicada a presente espécie é a Lei n. 8.666/93, *ipsis litteris*:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - **certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;** (Grifos nossos)

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Veja, que diferentemente da redação dada pelo Edital, no qual exige a apresentação de Certidão Negativa de **pedido** de Falência, Concordata ou recuperação judicial/extrajudicial, a Lei n. 8.666/1993 disciplina de outra forma.

De mais a mais, diante de cada caso concreto, cabe à Administração identificar a forma como os licitantes farão a comprovação da qualificação econômico-financeira, porém, jamais inovar e agir de forma arbitrária criando novas obrigações e novos direitos, estando a mesma sujeita ao rol anteriormente descrito.

Ademais, essa obrigação decorre do princípio da legalidade ao qual a Administração é sempre subordinada, porquanto, ao contrário dos particulares, a Administração Pública somente pode agir conforme determinado em lei e, mesmo podendo agir de forma discricionária, está ela vinculada às opções legais definidas pela legislação vigente. Na hipótese da Administração agir de outra forma, estará a mesma atuando em desconformidade legal, infringindo o princípio constitucional da legalidade disposto no artigo 37 da Constituição Federal.

Além disso, pertinente destacar o princípio da igualdade e sua aplicação nas licitações e contratos administrativos, segundo o entendimento de Luis Carlos Alcoforado²¹, *verbis*:

²⁰ FIs. 906/914.

²¹ ALCOFORADO, Luiz Carlos. Licitação e contrato administrativo: comentários à lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF, Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 45.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

A licitação, em submissão ao princípio da igualdade, somente deverá percorrer o itinerário autorizado legalmente e ao qual está sujeita.

A Administração se acha, pois, aprisionada aos limites de seus poderes determinados em lei, de tal sorte que a licitação será uma rotina administrativa marcada pela contumácia de suas formalidades e pela presença de regras consagradas, sem surpresas para as partes.

Na igualdade, como a própria Lei haverá de prescrever, somente se relevam as essências que importam para o verdadeiro interesse público, ficando as particularidades irrelevantes de cada um inconfrontáveis.

Por força do princípio da igualdade, descabe a regra editalícia que particulariza discriminadamente e universaliza indiscriminadamente.

O Edital não deve enxergar os futuros licitantes, conhecendo a intimidade de suas particularidades, posto que todos são iguais e arquétipos aos olhos do princípio da igualdade.

Desse modo, evidenciado está que exigência contida no edital se revela desnecessária, arbitrária, desarrazoada e mais do que restritiva à competição dos licitantes, com a conseqüente exclusão de outras empresas, revela-se um potencial direcionamento da licitação.

II.4 RESTRIÇÃO À COMPETIÇÃO NA FASE DE HABILITAÇÃO – DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Concernente à qualificação técnica, entendeu NEC²² ser cabível a exigência de registros dos licitantes no Conselho Regional de Administração e no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, em conjunto, como condição de se habilitarem no procedimento licitatório, conforme disposto nos itens 12.1.15 (no mesmo sentido é o item 12.1.23) e 12.1.26 do edital²³.

Concessa vênia o posicionamento do NEC, não assisti razão à exigência contida no edital concernente a inscrição no Conselho de Administração. Bastando para tanto à inscrição no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, visto que tal exigência deve recair sobre o objeto principal da contratação, nesse caso a implantação e operacionalização do sistema de estacionamento rotativo controlado, com parquímetros, serviços desenvolvidos por profissionais da área de Engenharia.

Entende-se que imposição editalícia, no que tange ao referido registro, não diz respeito ao objeto da licitação em si, mas aos aspectos acessórios ou mesmo periféricos da contratação (administradores), o que contraria o disposto no inc. I do § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/93, que veda a inclusão nos editais de licitação de cláusulas que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame.

²² FIs. 446-448

²³ 12.1.15. Comprovante de Registro ou inscrição da empresa licitante no CRA - Conselho Regional de Administração de sua sede, com validade prevista em Lei.

12.1.26 – Prova de inscrição do licitante no CREA (Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Como bem assinalado na ITI n. 93/2012, à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a exigência de inscrição em dois conselhos profissionais não encontra amparo em lei, não podendo ser exigido para habilitação de licitantes.

Observa-se que as atividades administrativas que serão desenvolvidas pela empresa vencedora do certame são inerentes a qualquer empresa, não envolvendo a prestação de serviços diferenciados, que ensejam o registro no Conselho de Administração.

Ademais, mesmo havendo o fornecimento de mão-de-obra para a execução do contrato, por se tratar de prestação acessória ao objeto, mostra-se indevida a exigência de registro no Conselho Regional de Administração.

Lado outro, trata a Resolução nº 336/1989 do registro de pessoas jurídicas nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, na qual o art. 3º dispõe que registro de pessoa jurídica é ato obrigatório de inscrição no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia onde ela inicia suas atividades profissionais no campo técnico da Engenharia, Arquitetura, Agronomia, Geologia, Geografia ou Meteorologia.

A título de ilustração, cabe trazer à baila o art. 7º, *caput*, da Lei n. 5.194/1966, o qual descreve as atividades e atribuições inerentes à profissão do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro-agrônomo, *verbis*:

- a) desempenho de cargos, funções e comissões em entidades estatais, paraestatais, autárquicas e de economia mista e privada;
- b) planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária;
- c) estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica;
- d) ensino, pesquisa, experimentação e ensaios;
- e) fiscalização de obras e serviços técnicos;
- f) direção de obras e serviços técnicos;
- g) execução de obras e serviços técnicos;
- h) produção técnica especializada, industrial ou agropecuária

No vertente caso, denota da norma que a atividade-fim da empresa a ser contratada tem como escopo principal os serviços de engenharia, tais como projeto de implantação, instalação, operação e manutenção preventiva dos paquímetros eletrônicos, a execução de projetos e implantação de sinalização vertical dentre outros serviços, razão pela qual é legítima apenas exigência de comprovação de inscrição no Conselho de engenharia, Arquitetura e Agronomia.

Nessa seara, é o julgado do Tribunal Regional Federal no REO 29242 DF 1998.34.00.029242-0:

JUIZ FEDERAL SAULO JOSÉ CASALI BAHIA - 7ª TURMA SUPLEMENTAR ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA DEDICADA À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. **REGISTRO NO**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

CONSELHO REGIONAL DE NUTRIÇÃO. ATIVIDADE BÁSICA NÃO VINCULADA À NUTRIÇÃO.

1. O pressuposto necessário à exigência de registro de uma empresa junto ao Conselho Profissional é que a atividade-fim exercida pela mesma seja privativa daquela especialidade profissional (Lei 6.839/80, art. 1º).
2. A atividade básica da empresa dedicada à prestação de serviços médico-hospitalares não é vinculada à nutrição, razão pela qual não está obrigada a inscrever-se no Conselho Profissional correspondente.
3. Remessa Oficial a que se nega provimento. (Grifo nosso)

No mesmo raciocínio, o TCU tem se manifestado acerca do assunto, em reiterados julgamentos, a exemplo do Acórdão nº. 7.388/2011:

5.9.4 Note-se que este Tribunal já tem se posicionado em matérias de mesma natureza. A Decisão TCU 450/2001 - Plenário, relativamente ao TC 926.454/1998-6, já dispõe, em sua Ementa, que a exigência de registro em entidade de fiscalização profissional, prevista no art. 30, inciso I, da Lei 8.666/93, deve se limitar à inscrição no conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante objeto da licitação. Segue trecho do Voto do Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues (grifo nosso): Assim, considero restritiva cláusula que obrigue o registro das licitantes em entidade de fiscalização profissional para atividade que não constitua o objeto principal da licitação. (Grifos nossos)

Aliás, a orientação predominante da jurisprudência é no sentido de que a inscrição de empresa em conselho profissional deve ser feita de acordo com a atividade básica e principal do estabelecimento, conforme se extrai dos seguintes arestos: REO 93.01.26385-8 /MG, Relator Juiz Nelson Gomes Da Silva, 4ª Turma, TRF 1ª Região, DJ 3.2.1994, pág. 2919:
Ementa: "ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. REGISTRO. LEI 6839/80.

1. As Empresas estão obrigadas a se registrarem nos conselhos fiscalizadores do exercício profissional, considerando sua atividade básica, preponderante.
 2. Empresa cuja atividade básica não depende da presença de químicos em seus quadros de empregados para desenvolver seus trabalhos, não está sujeita à fiscalização pelo Conselho de Química.
 3. Remessa improvida."
- AC 93.01.17134-1/MG, Relator Juiz Antônio Ezequiel, 3ª Turma, TRF 1ª Região, DJ 25.8.2000, pág. 59.

Ementa: "ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE REGISTRO PROFISSIONAL. ÓRGÃO REGULADOR DAS PROFISSÕES. NECESSIDADE DO REGISTRO APENAS NAQUELE RELACIONADO COM ATIVIDADE PRINCIPAL.

1. A inscrição de empresa em Conselho Profissional deve ser feita de acordo com a atividade básica e principal do estabelecimento, bastando que em seus quadros possua sujeitos cujos exercícios profissionais sejam regulamentados. (Grifos nossos)
2. Incorreto o entendimento de que o exercício irregular da profissão constitua o fato gerador da obrigação tributária de recolher valores ao Conselho Profissional compatível.
3. O fato gerador ocorre com a inscrição no Conselho respectivo.
4. Sentença reformada.
5. Dado provimento à apelação."



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

RESP 163014/SP; Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Sessão de 23.11.1999, 2ª Turma, STJ, DJ 27.3.2000, pág. 86:

Ementa: "PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. INDÚSTRIA DE ARTEFATOS DE PLÁSTICO. REGISTRO OBRIGATÓRIO. DESCABIMENTO.1. A atividade básica da empresa é que determina sua vinculação a conselho profissional específico. 2. Baseado nas provas, de reexame inadmissível no grau extraordinário, o acórdão recorrido concluiu que os processos desenvolvidos pela embargante, na fabricação de seus produtos, prescindem da presença de profissional especializado em química e da fiscalização do Conselho Regional de Química. 3. Recurso especial improvido."

Dessa forma, a exigência de registro em entidade de fiscalização profissional deve limitar-se ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante objeto da licitação. (Grifos nosso)

Portanto, das questões impugnadas pela licitante somente se confirmou irregular a exigência de inscrição no Conselho Regional de Química. Entretanto, entendo que essa irregularidade, por si, não é bastante para conduzir à nulidade do certame, pois diversas licitantes se habilitaram, proporcionando a necessária competitividade.

A propósito, não apenas para limpeza e conservação, vem se disseminando na administração pública o costume de exigir o registro em diversos conselhos de fiscalização profissional, mesmo quando as atividades reguladas não se constituam no objeto principal da contratação. Por isso, entendo adequado firmar entendimento para observância por todos os órgãos públicos, a fim de evitar a exigência de múltiplos registros em entidades de fiscalização, acarretando ônus excessivo para as empresas e restrição à competitividade das licitações. (Grifos nosso)

5.9.5 Assim, consta da Decisão TCU 450/2001 - Plenário, a seguinte deliberação, em seu item 8.2:

8.2. firmar entendimento no sentido de que a exigência de registro em entidade de fiscalização profissional, prevista no art. 30, inciso I, da Lei 8.666/93, **deve ser limitada à inscrição no conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante, objeto da licitação;** (grifo nosso)

5.9.6 No mesmo sentido, segue trecho do Relatório do Relator, Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, em sede do TC 014.662/2001-6, Acórdão TCU 2521/2003 - Primeira Câmara:

42. Em que pese o fato da limpeza técnico-hospitalar exigir o preenchimento de requisitos específicos, entendemos que são excessivas as exigências contidas nos itens 6.1.11 (registro no Conselho Regional de Enfermagem do Rio de Janeiro - COREN/RJ), 6.1.12 (prova de possuir em seus quadros profissional de nível superior reconhecido pelo COREN/RJ) 6.1.16 (prova de cumprimento às normas do Serviço Especializado em Medicina do Trabalho - SESMT), 6.1.17 (prova de possuir em quadro permanente técnico de segurança do trabalho por meio de apresentação de carteira de técnico de segurança do trabalho emitida pela Secretaria Nacional de Trabalho) e 6.1.18 (prova de quantitativo de funcionários através da RAIS), uma vez que a lei de licitações, em seu art. 30, busca o mínimo essencial para a comprovação da qualificação técnica, aceitando atestados de quaisquer pessoas jurídicas. Não restou provado que as peculiaridades da prestação de serviços em tela justificassem a excessividade das exigências supracitadas, nem que fossem fruto de lei especial, conforme prevê o inciso IV do art. 30 da lei de licitações. (Grifos nossos)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Gerais:

Em casos idênticos ao presente, julgou o Tribunal de Contas de Minas

Contratação pública – Planejamento – Edital – Habilitação técnica – Exigência de inscrição do licitante em duas entidades profissionais – Restrição à disputa – TCE/MG

“Representação. **Ilicitude da exigência de registro em duas entidades.** A exigência de registro simultâneo em duas entidades de classe profissional revela-se, de plano, inconsistente. (...) verifica-se patente violação do disposto no inciso I, do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93, **pois a exigência de registro em duas entidades profissionais configura o comprometimento do caráter competitivo do certame.** Tanto assim que, dos três proponentes, dois foram inabilitados”. (TCE/MG, Representação nº 703753, Rel. Conselheiro Moura e Castro, j. em 07.02.2006.

Por derradeiro, é importante citar a orientação jurisprudencial, que visa, inclusive, conter abusos praticados por alguns conselhos profissionais, como registrou a ilustre Ministra Eliana Calmon no julgamento do Recurso Especial nº 496.149/RJ (DJU 15.08.2005):

"Em matéria de fiscalização das profissões pelos conselhos profissionais, teceu a jurisprudência um longo caminho para impedir abusos e até extorsões por parte das entidades que, sob o pálio da fiscalização, em verdade escondem uma sanha arrecadatória. Assim, considerou que o conselho competente para fiscalizar, quanto às profissões com abrangência de atribuições, seria estabelecido pela atividade preponderante".

A despeito da questão de competência das entidades profissionais competentes não ser pacífica e suscitar muita discussão na doutrina e na jurisprudência, impende afirmar que a inscrição de empresas e a anotação dos profissionais nas entidades fiscalizadoras do exercício profissional relacionam-se à atividade-fim, a teor do disposto no art. 1º da Lei n. 6.839/80.

Desse modo, entende-se que deve prevalecer o entendimento esposado na Instrução técnica Inicial n. 93/2012²⁴, uma vez que os itens 12.1.15 e 12.1.26 do edital de Concorrência Pública nº 02/2011 restringem indevidamente a licitação e afronta o princípio da competitividade, em indubitável desrespeito aos artigos 3º e 30, I, da Lei n. 8.666/93 c/c art. 37, XXI, da CF.

II.5 DIVERGÊNCIA ENTRE DISPOSITIVOS DO EDITAL, DO PROJETO BÁSICO E DA MINUTA DO CONTRATO

Segundo conta no item V da ITI n. 93/2012²⁵, houve divergência entre algumas cláusulas do edital, projeto básico e minuta do contrato, tais como relatado pela equipe técnica, reproduzido na sequência:

²⁴Fis. 857/860

²⁵ Fis. 860-862.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

- **subitem 24.1 do edital diverge do subitem 8.2 da minuta do contrato** (Anexo V). O primeiro estipula que, para a segurança do contratante quanto ao cumprimento das obrigações contratuais, a contratada deverá prestar **garantia no montante de 1% do valor total do contrato**, enquanto na referido item **contratual este percentual foi fixado em 2% do valor previsto de arrecadação** para o prazo de 12 (doze) meses.
- O **item 19.3 do edital** estabelece que o **valor da tarifa** poderá ser **reajustado em períodos não inferiores a um ano** e após decorridos 12 (doze) meses de vigência do contrato, com percentual não superior ao da **variação do IGP-M (FGV)**. Porém, o **item 8.1 do Projeto Básico** diz que a **tarifa** de ocupação do espaço público **será reajustada anualmente, ou em menor prazo quando comprovadamente necessário para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão**, com base na variação dos preços dos insumos característicos dos serviços, mão de obra, sempre por pleito de iniciativa da Concessionária. Mais a frente, este item dispõe que serão considerados, para fins de reajuste, os preços efetivos dos insumos, constantes de notas fiscais e acordos coletivos.
- **No item 10.2 da minuta do contrato** foi estabelecido que no **período de 12 meses de vigência do contrato o reajuste** deverá incidir pela variação acumulada do **Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo –IPCA – IBGE**.
- Observa-se claramente uma contradição entre o subitem 19.3 do edital, o 8.1 do Projeto Básico e a cláusula 10.2 da minuta do contrato, vez que os critérios de reajuste são distintos, quais sejam: variação do IGP-M (FGV), variação dos insumos e variação do IPCA (IBGE) respectivamente.
- O **item 18.12 do edital e o item 4.9 da minuta do contrato**. Primeiro afirma que o horário de estacionamento na zona azul compreenderá o período de 09 horas às 19 horas, de segunda a sexta, e **de 9 horas às 14 horas aos sábados**. Na **minuta do contrato** dispõe que o horário de estacionamento da zona azul compreenderá o período de **8 horas às 19 horas, de segunda a sexta, e de 8 horas às 14 horas aos sábados**. Evidenciado portanto a divergência.
- Item 17.9, **fica a concedente, isenta do repasse financeiro durante os 06 (seis) primeiros meses de contrato**, devendo, portanto efetuar o repasse financeiro a partir de do sétimo mês de operação, tomando como base de cálculo o mês anterior. Afirma que a isenção do repasse ocorrerá nos 06 (seis) primeiros meses de contrato é distinto do que estabelece o final do dispositivo, que se refere à obrigatoriedade do repasse no sétimo mês de operação, a não ser que se entenda operação a data de assinatura do contrato.
- **Divergência entre o subitem 18.2 e o 18.4**. Um estabeleceu que a concessionária teria o **prazo de até 60 (sessenta) meses, a contar da emissão da ordem de serviço**, para início dos trabalhos de **implantação do sistema**, enquanto o **subitem 18.4** fixou o **prazo** para o início da instalação no prazo de **90 (noventa) dias contados da data da**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

emissão da ordem de serviço. Obviamente que esta divergência gera insegurança, pois não está claro se o início da instalação será em 60 ou 90 dias contados da emissão da ordem de serviço.

No caso *sub examine*, o art. 40, inciso I, da Lei 8.666/1993, determina que o edital deve indicar obrigatoriamente o objeto da licitação, em descrição sucinta e clara.

Art. 40. **O edital** conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente, o seguinte:**

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara

Assevera, nessa linha, a Súmula 177, do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão. (Grifos nossos)

Da leitura do dispositivo legal, depreende que não houve a devida observação da norma licitatória, visto que as irregularidades apontadas inicialmente permanecem, a exemplo, do que se verá a diante.

O **Edital** em análise contempla em seu item 18.12²⁶ que o horário de estacionamento na zona azul compreenderá o período de 09 horas às 19 horas, de segunda a sexta, e de 9 horas às 14 horas aos sábados:

18.12. O horário de estacionamento no perímetro Zona de Interesse (Zona Azul) compreenderá o **período das 09 horas às 19 horas, de segunda a sexta e de 9h às 14h aos sábados**. O estacionamento aos domingos é livre de cobranças.

A **minuta do contrato** por sua vez dispõe, no item 4.9²⁷, que o horário de estacionamento da zona azul compreenderá o período de 08 horas às 19 horas, de segunda a sexta, e de 08 horas às 14 horas aos sábados:

4.9. O horário de estacionamento no perímetro "Área Azul" compreenderá o **período das 08h00min às 19h00min de segunda a sexta e de 08h00 às 14h00min aos sábados**.

²⁶ Fls. 458, 984.

²⁷ Fls. 496, 1022.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Sobre os fatos, o representante do município apresenta os seus argumentos da seguinte maneira:

[...] não é essa a verdade. Depreende-se das cópias do edital e minuta do contrato anexas, que não há essa divergência. (Grifos nossos)

Tanto no edital como na minuta do contrato (itens 18.12 e 4.9), o horário de estacionamento compreende o período de 08 às 19 horas de segunda a sexta feira, e de 08 às 14 horas aos sábados.

Portanto, não há divergência nos itens apontados pela equipe técnica.

Contudo, as alegações de defesa carecem de verdade, não merecem ser acolhidas. A um, restou demonstrado que há divergência nos presentes itens, facilmente comprovado por meios dos elementos probatórios anexados aos autos. A dois, qualquer cidadão que trafegar pelas ruas do Município de Vila Velha poderá observar junto as placas de estacionamento instaladas pela prestadora de serviços que o horário de atuação da concessionária corresponde ao **período de 09h às 19h, segunda a sexta, e de 9h às 14h, aos sábados.** Igual dispõe o item 18.2 do edital²⁸.

Mas as discrepâncias não param por aí. Em relação a mesma questão, **o item 4.9, do contrato n. 102/2011²⁹**, firmado entre o Município de Vila Velha e empresa Hora Park Sistema de Estacionamento Rotativo Ltda., vencedora do certame, **diverge do item 18.2** constante do edital, pois naquele instrumento pactuou-se que o horário de funcionamento do estacionamento rotativo seria no período das 08h00min às 19h00min, de segunda a sexta e de 08h00 às 14h00min aos sábados.

Nesse sentido, nas palavras do Ministro Marcos Vinício Vilaça³⁰ **é vedado celebrar contrato em discordância com os termos do edital e da proposta vencedora.** Não fosse assim, o mandamento constitucional referente à licitação pública estaria fulminado.

Somando-se as palavras do Ministro do TCU, à luz da Constituição Federal, o exercício do poder do Estado deve seguir as determinações impostas pelo ordenamento jurídico vigente, dentre eles, a obediência ao princípio da legalidade, dispostos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Desse modo, para que os atos administrativos tenham validade no mundo jurídico é necessário que estes estejam adequados às formalidades descritas na norma legal.

II.6 DA PREVISÃO EDITALÍCIA CONTRÁRIA AO CTB E DA APLICAÇÃO DE PENALIDADES DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO COM BASE EM DADOS EMITIDOS PELOS MONITORES DA LICITANTE VENCEDORA (ITENS 3.7 E 3.8)

²⁸ 18.12. O horário de estacionamento no perímetro Zona de Interesse (Zona Azul) compreenderá o período das 09 horas às 19 horas, de segunda a sexta e de 9h às 14h aos sábados. O estacionamento aos domingos é livre de cobranças.

²⁹ FIs. 1070.

³⁰ AC-2146-25/07-1 Sessão: 31/07/07 Grupo: II Classe: I Relator: Ministro MARCOS VINÍCIOS VILAÇA



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

No **item 3.7, da ITC n. 3457/2013**³¹, a questão suscitada refere-se à previsão descrita no item 19.5, subitem VIII, do Edital³², qual seja:

VIII - Após o prazo de 05 (cinco) minutos, da emissão do Aviso, o **usuário terá ainda 24 (vinte e quatro) horas para efetuar o pagamento** da TARIFA DE PÓS UTILIZAÇÃO no valor de R\$ 9,00 (nove reais), **sob pena de multa e guincho.**

IX – Caberá aos agentes de Trânsito do Município, a competência de aplicar aos infratores, com base nos dados emitidos pelos monitores da licitante vencedora, das normas de estacionamento rotativo, as penalidades previstas no **Código de Trânsito Brasileiro**;

Da redação dada pelo edital, corroborado pela norma que disciplinou a matéria³³, denota-se que o pagamento da “tarifa de pós utilização”, poderá ser quitada em 24 horas após o condutor utilizar irregularmente a vaga do estacionamento rotativo. De modo contrário ficará sujeito à remoção do veículo por meio de guincho e à imposição de penalidade, consoante o disposto no Código de Trânsito Brasileiro.

Segundo comando inserto no art. 81 XVII CTB³⁴ estacionar em desacordo com as condições regulamentadas especificamente pelas placas, no caso de estacionamento regulamentado, caracteriza infração leve, ensejando a aplicação de multa e a remoção do veículo.

Veja que segundo o CTB não há previsão de que o proprietário do veículo que praticou a infração pague, *a posteriori*, valor determinado, pré-estipulado, em substituição à multa. Tal cobrança é ilegal e imoral e deve ser combatida.

É digna de repúdio a prática de obrigar o dono do veículo a se dirigir à concessionária de serviço para efetuar o pagamento de 'taxa de regularização' que, no caso, não é tarifa, nem multa, mas pura arrecadação adicional para a empresa privada.

Sabe-se mais que o estacionamento irregular é passível de multa pela autoridade competente, nos termos do Código de Trânsito Brasileiro, e que os valores

³¹ Fls. 1167-1183.

³² Fls. 375.

³³ Lei Municipal nº 4.923/2010, com redação dada pela Lei Municipal nº 5103/2011: Art. 15 – Os veículos enquadrados em qualquer das infrações impostas no artigo anterior estarão sujeitos à imposição de penalidade administrativa, independente da imposição de penalidade prevista no Código de Trânsito Brasileiro.

§ 1º - Todo usuário que, por alguma razão, desobedecer ao sistema de estacionamento rotativo pago, será avisado por intermédio de “aviso de cobrança de tarifa”, e terá o prazo de até 24 horas para regularizar sua situação.

§2º - Transcorrido o período para regularização, conforme disposto no parágrafo acima, sem que o usuário tenha regularizado sua situação, haverá compulsoriamente a imposição de penalidade de acordo com o disposto no Código de Trânsito Brasileiro.

³⁴ Art. 181. Estacionar o veículo:

XVII - em desacordo com as condições regulamentadas especificamente pela sinalização (placa - Estacionamento Regulamentado);

Infração - leve;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - remoção do veículo;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

decorrentes da arrecadação de multa competem exclusivamente ao poder público e devem reverter integralmente para melhoria do trânsito³⁵.

Ao cancelar essa prática, a Administração Pública, que no caso deveria fiscalizar tanto a concessionária do serviço público, quanto a obediência à sinalização de trânsito, acaba se tornando o verdadeiro incentivador da irregularidade, pois exige uma vantagem indevida, para deixar de impor a pena que deveria, diante da constatação do cometimento de infração de trânsito, já que o pagamento da 'taxa de regularização' não elimina o fato de que a infração foi efetivamente cometida e, desta forma, dever-se-ia aplicar o disposto nos artigo 280³⁶ CTB, isto é, elaborar-se o auto de infração, pela conduta observada e, a partir dele, aplicar a penalidade de multa cabível.

Noutro giro, **não menos grave é a irregularidade demonstrada pela unidade técnica no item 3.8, da ITC n. 3457/2013³⁷**, no qual consta que os monitores da empresa prestadora de serviços estão desempenhando atividades atribuídas exclusivamente aos agentes públicos de trânsito, atividade essa inerente ao poder de polícia.

Prevê o Edital de Concorrência Pública n. 002/2011, no item 19.5, em seu item IX, que **caberá aos agentes de Trânsito do Município**, a competência para **aplicar aos infratores, com base nos dados emitidos pelos monitores da licitante vencedora**, das normas de estacionamento rotativo, **as penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro.**

Acerca da matéria, o anexo IV, a qual se refere o Projeto Básico, item 8 (procedimentos operacionais), acrescenta os seguintes parágrafos³⁸:

Uma vez verificada pela fiscalização da concessionária, algum veículo estacionado na vaga concedida, sem o devido comprovante ou com o mesmo vencido, o agente monitor expedirá o aviso de irregularidade e afixará no para-brisa do veículo, ou entregará ao condutor caso esteja presente, tendo o mesmo, 05 (cinco) minutos contados da hora de emissão do Aviso de Irregularidade para retirar o comprovante de estacionamento, junto com o Aviso de cobrança de Irregularidade (AI).

Caso o condutor não efetue o pagamento no tempo acima indicado, ele terá um novo prazo de até 24 horas, respeitando o limite máximo de permanência na vaga indicada pela sinalização, para efetuar o pagamento da tarifa de pós-utilização, no valor de R\$ 9,00 (nove mil), qualquer seja o tempo que tenha permanecido na vaga.

³⁵ Art. 320. A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito.

³⁶ Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

I - tipificação da infração;
II - local, data e hora do cometimento da infração;
III - caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação;
IV - o prontuário do condutor, sempre que possível;
V - identificação do órgão ou entidade e da autoridade ou agente atuador ou equipamento que comprovar a infração;
VI - assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

³⁷ Fls. 1183-1187

³⁸ Fls. 488



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Encerrado o prazo máximo acima, sem o pagamento da tarifa de pós-utilização, o condutor estará sujeito às penalidades previstas no inciso XVII, do artigo 181 do Código de Trânsito Brasileiro.

A emissão do Aviso de Irregularidade fica a cargo do Agente Monitor da Concessionária. Todo procedimento de autuação baseado no Código de Trânsito Brasileiro, será realizado exclusivamente pelo Agente da Autoridade de Trânsito Municipal, que será chamado pelo agente da concessionária para lavratura obrigatoriamente presencial do auto de infração e outras medidas administrativas, quando necessária.

Prescreve o artigo 280, § 4º, do Código de Trânsito Brasileiro que caberá ao agente de trânsito lavrar o auto de infração:

‘Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, **lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:**
[...]

§ 2º A **infração deverá ser comprovada por declaração da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito**, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentada pelo CONTRAN.

Segundo o § 2º da norma a **aplicação de multa dependerá de comprovação declarada do agente da autoridade de trânsito**, veja que em nenhum momento a norma autoriza empregados de empresas prestadoras de serviços praticar tal conduta.

Ademais, denota-se do dispositivo legal que tal declaração se presta no momento em que se presencia a infração, ou seja, quando ela ocorre, não *a posteriori*, baseando-se em informações prestadas por terceiros. Não há previsão legal para que o funcionário da concessionária relate a infração e, posteriormente, encaminhe à autoridade de trânsito para autuação.

Se assim o for, tem-se a confecção de auto de infração pelo agente de trânsito baseado em relato de monitores vinculados a empresa, exploradora do estacionamento rotativo em vias públicas, o que se distorce completamente da norma.

Nesse caso, não há como ratificar a infração de trânsito baseando-se em informações prestadas por pessoa incapaz, já que para a comprovação da infração a identidade e a declaração do agente de trânsito constituem requisitos indispensáveis para a validade do ato.

Além disso, a Lei n. 4923/2010, que autoriza o poder executivo Municipal a instituir serviço público de estacionamento rotativo, disciplina no artigo 18 que os agentes de fiscalização deverão ser credenciados como agentes da autoridade de trânsito para desenvolver esse mister, *verbis*:

Art. 18 - Os agentes de fiscalização deverão ser devidamente credenciados como agentes da autoridade de trânsito para fins específicos de fiscalização das normas de estacionamento rotativo de veículos.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Notadamente o Decreto n. 031/2011, com espeque no art. 15 e §§ disciplina sobre mesmo assunto, nos seguintes termos:

Art. 15. Os veículos que se encontrarem estacionados sem o comprovante de tempo de estacionamento, ou com o comprovante vencido, serão **notificados pelos agentes de fiscalização credenciados**, e terão o prazo máximo de 05 (cinco) minutos, a contar do horário da emissão de um aviso impresso para a aquisição do comprovante de estacionamento.

Nesse rumo, o art. 24 do CTB estabelece a competência aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:

[...]

VII - aplicar as penalidades de advertência por escrito e multa, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar;

É certo afirmar que há ilegalidade na delegação do poder de polícia ao particular, no que diz respeito à fiscalização e notificação de eventuais irregularidades na utilização de vagas do estacionamento rotativo.

Percebe-se que apenas o Municipal pode aplicar sanção decorrente da violação de seu poder de polícia; **os monitores da concessionária não detêm poder para tal, de modo que o aviso de irregularidade emitido por eles não serve de fundamento para a lavratura do auto de infração, posteriormente, pelo agente de trânsito.**

Nesse caso, vê-se manifesta ilegalidade na conduta aplicada, já que a atuação dos funcionários da concessionária se limita apenas à implantação, manutenção e operação do sistema de estacionamento, mas não a fiscalização dos ditames esculpidos na legislação brasileira de trânsito, até porque, como já dito, a aplicação da multa depende de comprovação declarada pela autoridade ou por agente da autoridade de trânsito, conforme estabelece o 2.º do artigo do art. 280, do CTB, antes mencionado.

Nas palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello³⁹: “salvo hipóteses excepcionalíssimas (caso dos poderes outorgados aos comandantes de navio), **não há delegação de ato jurídico de polícia a particular e nem a possibilidade de que este o exerça a título contratual.**”

Registra-se por oportuno que, para eficácia do ato administrativo, necessário é que ele esteja revestido dos elementos que o compõe, tais como: competência, objeto, forma, motivo e finalidade.

Portanto, para que a multa esteja revestida de validade o agente deve ter competência, isto é, antes de emitir o auto de infração a autoridade administrativa deve averiguar se é competente para tal fim.

II.7 DA NULIDADE DA LICITAÇÃO E DO CONTRATO DE CONCESSÃO

³⁹ Curso de Direito Administrativo, 1ª edição pag. 859.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Observa-se dos autos que o procedimento em análise encontra-se maculado de graves irregularidades impossíveis de serem sanadas, tais como a ausência de motivação para a concessão, ausência da publicação da justificativa da conveniência da concessão e existência de cláusula restritiva no edital.

Ademais, conforme se verifica do item 2.5 INSTRUÇÃO TÉCNICA CONCLUSIVA - ITC 3457/2013, há fortes indícios de fraude e direcionamento do certame, demonstrando cabalmente não apenas a existência de prática de ato ilegal, ilegítimo e antieconômico, mas também o possível cometimento de atos de improbidade administrativa e de crimes contra a licitação pública.

Verifica-se, portanto, que o procedimento da licitação é absolutamente nulo, em razão de graves vícios.

Preceitua o art. 49 da Lei n. 8.666/93 que “a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato”.

De seu turno, o art. 35, V, da Lei n. 8.987/95 determina que a concessão extingue-se por anulação.

Vaticina José dos Santos Carvalho Filho que a “anulação do contrato de concessão é decretada quando o pacto foi firmado com vício de legalidade” [...] e [...] sua decretação, como é próprio do fenômeno anulatório, pode provir de decisão administrativa ou judicial (...)”⁴⁰

E arremata o insigne administrativista:

O que não pode conceber é o prosseguimento da atividade, se esta decorre de um ajuste com vício de legalidade. Presente o vício, há presumida lesão ao patrimônio público, o que permite o ajuizamento de ação popular para postular-se a anulação do ajuste.⁴¹

É o que se observa nos presentes autos, devendo-se determinar ao Poder Executivo Municipal de Vila Velha que proceda à anulação do contrato e, não o fazendo, sustar a sua execução e comunicar a decisão à Câmara Municipal para as providências cabíveis.

Não obstante, recomenda-se, **antes do julgamento de mérito**, chamar aos autos a empresa Hora Park Sistema de Estacionamento Rotativo Ltda., haja vista que a anulação do contrato irá repercutir diretamente na sua esfera jurídica, evitando-se, com isso, eventual arguição de nulidade.

II.8 – DOS INDICATIVOS DE DANOS AO ERÁRIO NA EXECUÇÃO DO CONTRATO

Apona o NEC nos itens 2.1, 2.2 e 2.3 da INSTRUÇÃO TÉCNICA CONCLUSIVA - ITC 3457/2013 que das irregularidades neles descritas podem ter decorrido injustificado dano ao erário, o que deve ser objeto de fiscalização em procedimento específico.

⁴⁰ In Manual de Direito Administrativo. 13 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005. P.309.

⁴¹ *Ibidem*.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Preceitua o art. 240 da Res. TC n. 261/13 que “no âmbito do Tribunal, **além dos princípios gerais que regem o processo civil e o administrativo**, deverão ser observados, entre outros, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da impessoalidade, **da oficialidade**, da verdade material, do formalismo moderado, da celeridade, da publicidade, da transparência e da segurança jurídica.”

Assim, o regimento interno desse Tribunal de Contas, em razão da aplicação subsidiária dos princípios gerais que regem o processo administrativo e, em especial, o da oficialidade, assegura a possibilidade de instauração do processo por iniciativa dessa Corte de Contas, independentemente de provocação e ainda a possibilidade de impulsionar o processo, adotando todas as medidas necessárias à sua adequada instrução.

Aliás, na Lei n. 9.784/99 está previsto como um dos critérios a serem adotados nos processos administrativos, a “impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados”.

Dessa forma, imperioso a deflagração de procedimento de fiscalização autônomo para apurar eventuais prejuízos decorrentes da execução do contrato n. 102/2011.

II.9 – DAS RESPONSABILIDADES

Em princípio, rescai hialina a responsabilidade do ex-prefeito (Neucimar Ferreira Fraga), já a ele incube a responsabilidade direta pela motivação da concessão, bem como pela publicação da justificativa de sua conveniência, o que não ocorreu, conforme amplamente demonstrado nos autos. Ademais, consta expressamente como signatário do contrato n. 102/2011.

Da mesma forma, indubitável é a conduta infracional do Secretário Municipal de Transporte e Trânsito (Bruno Rodrigues Lorenzutti) e do Presidente da Comissão Permanente de Licitação (Fábio Gomes de Aguiar), dispensando-se argumentos adicionais.

Não obstante, no tocante à responsabilidade do Procurador Geral Municipal, Wellington Borgui e de Marianne Rios de Souza Martins – Diretora Adjunta da PROCAD, pelas irregularidades dispostas nos itens 3.4⁴²; 3.6⁴³; 3.7⁴⁴; e 3.8⁴⁵ da Instrução Técnica Conclusiva⁴⁶, embora o corpo técnico tenha evidenciado a sua ocorrência no plano fático, não há elementos nos autos que levem a crer que os pareceristas, em sua manifestação, agiram com dolo ou erro grosseiro, razão pela qual não se deve lhe imputar qualquer responsabilidade.

⁴² Da Restrição à Competição na Fase de Habilitação – Da Qualificação Econômico-Financeira.

⁴³ Da Divergência entre Dispositivos do Edital, do Projeto Básico e da Minuta do Contrato.

⁴⁴ Da Previsão Editalícia Afrontando o Código de Trânsito Brasileiro .

⁴⁵ Da Previsão de Aplicação das Penalidades do Código de Trânsito Brasileiro com Base em Dados Emitidos Pelos Monitores da Licitante Vencedora.

⁴⁶ Fls. 1103-1190.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

III - CONCLUSÃO

Posto isso, pugna o **Ministério Público de Contas**:

1 – PRELIMINARMENTE ao julgamento de mérito, seja chamada a empresa HORA PARK SISTEMA DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO LTDA. a integrar o presente feito, devolvendo-se, caso haja a apresentação de justificativas, os autos ao NEC para instrução técnica conclusiva complementar;

Caso **não acolhida a preliminar** acima aventada, oficia este *Parquet*:

2 - pela parcial procedência da representação, nos termos do art. 95, II, e 99, § 2º, da LC n. 621/12;

3 – seja determinado, nos termos do art. 71, X, da Constituição Estadual, ao atual Prefeito de Vila Velha que proceda à anulação do contrato n. 102/2011 e, caso não atendido, seja sustada a sua execução, sem prejuízo de comunicando-se a decisão à Câmara Municipal;

4 – sejam cominadas, individualmente, multas pecuniárias a **Neucimar Ferreira Fraga** (Prefeito de Vila Velha – exercício 2011); **Bruno Rodrigues Lorenzutti** (Secretario Municipal de Transporte e Trânsito), **Fábio Gomes de Aguiar** (Presidente da Comissão Permanente de Licitação), nos termos do art. 135, II, da LC n. 621/2012 c/c art. 382 e seguintes da Res. TC n. 261/2013;

5 – seja afastada a responsabilidade do Procurador Geral do Município, **Wellington Borgui** e da Diretora Adjunta da PROCAD, **Marianne Rios de Souza Martins**, julgando-se regulares os respectivos atos;

6 – seja deflagrado procedimento de fiscalização para apurar eventuais prejuízos decorrentes da execução do contrato n. 102/2011, analisando-se, em especial, os relatórios elaborados pelos fiscais do contrato; os relatórios mensais individuais e consolidados de utilização das vagas emitidos pela concessionária e os relatórios de memória de cálculo financeiro do repasse para a prefeitura, como sugerido pela área técnica⁴⁷ na ITC 3457/2013;

7 – que optando a atual administração por realizar nova concessão para o mesmo objeto, sejam efetuadas as devidas adequações no edital e na minuta do contrato, conforme sugestões do NEC às fls. 1189/1190 (itens 4.2.5, 4.2.6 e 4.2.7), além de adotar as providências necessárias para evitar incorrer nas irregularidades no apontadas nestes autos.

Vitória, 18 de setembro de 2014.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

⁴⁷ Fl. 1097