



PROCESSO Nº : 22.768-4/2016
ASSUNTO : REPRESENTAÇÃO EXTERNA COM PEDIDO CAUTELAR
REPRESENTADOS : PREFEITURA MUNICIPAL DE CUIABÁ
SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS URBANOS DE CUIABÁ
REPRESENTANTE ENGELUZ ILUMINAÇÃO E ELETRICIDADE LTDA
RESPONSÁVEIS : EMANUEL PINHEIRO - PREFEITO
JOSÉ ROBERTO STOPA – SECRETÁRIO MUNICIPAL
RELATORA : CONSELHEIRA INTERINA JAQUELINE JACOBSEN MARQUES

PARECER Nº 2.065/2018

EMENTA: REPRESENTAÇÃO EXTERNA COM PEDIDO DE CAUTELAR. SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS URBANOS DE CUIABÁ. CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 01/2016. PARCERIA PÚBLICA PRIVADA – PPP. CONTRATO DE CONCESSÃO Nº 755/2016. IRREGULARIDADES NA PUBLICAÇÃO DA CONSULTA PÚBLICA E EDITAL DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. IRREGULARIDADES INSANÁVEIS. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PARECER MINISTERIAL PELO CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. DETERMINAÇÃO PARA ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO E, CONSEQUENTEMENTE, DO CONTRATO.

1. RELATÓRIO

1. Retornam os autos de **representação externa com pedido de medida cautelar**, proposta pela empresa Engeluz Iluminação e Eletricidade Ltda., em desfavor da **Secretaria Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá/MT**, para apurar possíveis irregularidades na realização da **Concorrência Pública nº 01/2016**, com vistas a





concessão administrativa, por meio de Parceria Público-Privada (PPP) para modernização, otimização, expansão, operação e manutenção da Infraestrutura da Rede de Iluminação Pública do Município de Cuiabá.

2. Encerrado o procedimento licitatório, sagraram-se vencedoras as empresas **FM RODRIGUES & CIA LTDA**, CNPJ 48.893.226/0001-95, representada pelo Sr. Marcelo Souza de Camargo Rodrigues; **COBRASIN BRASILEIRA DE SINALIZAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.** (CNPJ 38.955.662/0001-98), representada pelo Sr. Jayme Szyflinger e **SATIVA ENGENHARIA LTDA**, CNPJ 00.148.237/0001-14, representada pelo Sr. Mário Cezar Santos Cardoso, cujo valor total do **Contrato de Concessão nº 755/2016** é de **R\$ 748.488.750,00 (setecentos e quarenta e oito milhões, quatrocentos e oitenta e oito mil setecentos e cinquenta reais).**

3. Encaminhado os autos à Secex para análise das informações e documentos apresentados, a equipe de auditoria manifestou pelo indeferimento da medida cautelar e, no mérito, pela improcedência da presente representação¹.

4. Em seguida, os autos vieram encaminhados ao Ministério Público de Contas que, por sua vez, requereu o apensamento dos presentes autos à representação externa 3.500-9/2016, a fim de evitar a prolação de decisões conflitantes ou contraditórias², uma vez que naqueles autos foi determinada a suspensão da Concorrência Pública 001/2016 (Medida Cautelar - Julgamento Singular 123/SR/2016).

5. Posteriormente, a empresa Engeluz apresentou aditamento³ à representação, relatando a ocorrência da adjudicação do objeto em favor de licitante que não teria cumprido as regras do edital.

6. Ato contínuo, o Conselheiro Substituto João Batista Camargo, Relator da representação à época, acolheu o pedido de diligência feito pelo Ministério Público de Contas, no sentido de apensar os presentes autos ao processo 3.500-9/2016 que se

¹ Relatório Técnico – Doc. 14279/2017

² Diligência do Ministério Público de Contas – Doc. 14279/2017

³ Documento Externo – Doc. 130140/2017





encontrava sob a relatoria do Conselheiro Interino Luiz Carlos Pereira⁴.

7. Por meio de Julgamento Singular, o Conselheiro Luiz Carlos Pereira, entendeu não ser caso de apensamento dos autos, primeiro por considerar que o processo nº 3.500-9/2016 encontrava-se em fase recursal e, segundo, por considerar que as causas de pedir são distintas. Ao final suscitou conflito negativo de competência⁵.

8. A Presidência do TCE/MT, seguindo posicionamento da Consultoria Jurídica Geral⁶ e do Ministério Público de Contas⁷, manifestou no sentido de declarar o Conselheiro Substituto João Batista de Camargo Júnior como relator competente para analisar e julgar a presente Representação de Natureza Externa⁸.

9. Em nova manifestação a equipe de auditoria sugeriu a perda do objeto da presente representação ante a apresentação de fato superveniente, qual seja, a anulação da Concorrência Pública nº 01/2016 por meio do Decreto nº 6.286/2017, ocasionando no arquivamento da representação⁹.

10. Novamente, o Ministério Público de Contas se manifestou nos autos, agora, informando que o Decreto nº 6.286/2017 foi suspenso por decisão liminar do juiz da 2ª Vara Especializada da Fazenda Pública de Cuiabá, Márcio Aparecido Guedes, proferida em 21/07/2016, nos autos do mandado de segurança nº 1018232-44.2017.8.11.0041, impetrado pelo Consórcio Cuiabá Luz S/A. Dessa forma reiterou o pedido contido na Diligência Ministerial anterior, para a inclusão da Prefeitura Municipal de Cuiabá, da Secretaria de Serviços Urbanos de Cuiabá e do Consórcio Cuiabá Luz S.A. no polo passivo na presente demanda, para arguição de toda a matéria que entenderem necessária às suas defesas¹⁰.

11. Encaminhado ao Conselheiro Interino Luiz Henrique Lima, em substituição

⁴ Despacho – Doc. 147003/2017

⁵ Decisão Singular – Doc. 148737/2017

⁶ Parecer da Consultoria Jurídica Geral – Doc. 156913/2017

⁷ Parecer do Ministério Público de Contas – Doc. 161870/2017

⁸ Voto – Doc. 174429/2017

⁹ Relatório técnico – Doc. 224851/2017

¹⁰ Diligência do Ministério Público de Contas – Doc. 231179/2017





legal ao Conselheiro afastado Sérgio Ricardo, este declinou de sua competência, mediante declaração de suspeição por foro íntimo¹¹, motivo pelo qual os autos foram redistribuídos a Conselheira Jaqueline Jacobsen Marques para atuar no feito, que ao proceder a análise dos autos acatou a diligência Ministerial determinando a citação da Prefeitura Municipal de Cuiabá, Secretaria de Serviços Urbanos de Cuiabá e Consórcio Cuiabá Luz S.A¹².

12. Devidamente notificados, os responsáveis apresentaram justificativas e documentos¹³ que foram analisados pela equipe de auditoria que, ao final, manifestou pela procedência da presente representação externa, uma vez que procedem as irregularidades inicialmente apontadas, bem como a irregularidade apontada no item III do aditamento à inicial, levando a conclusão de que as falhas observadas macularam todo o processo licitatório (GB13)¹⁴.

13. Vieram os autos para manifestação ministerial.

14. É a síntese do relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. PRELIMINARES

2.1.1. Do conhecimento da representação externa

15. Dentre as competências atribuídas ao Tribunal de Contas de Mato Grosso, estatuídas no artigo 1º da Lei Complementar nº 269/2007, consta a de fiscalizar a legalidade, legitimidade, eficiência e economicidade de atos administrativos em geral, bem como o cumprimento das normas relativas à gestão fiscal, com vistas a assegurar a eficácia do controle externo e instruir o julgamento das contas a cargo do Tribunal.

16. O art. 218, da Resolução nº 14/2007 prescreve que:

¹¹ Despacho – Doc. 277599/2017

¹² Decisão Singular – Doc. 26560/2018

¹³ Documento Externo – Doc. 52247/2018 – Cuiabá Luz S.A

Documento Externo – Doc. 52988/2018 – Procuradoria Municipal de Cuiabá

Documento Externo – Doc. 60723/2018 – Prefeitura Municipal de Cuiabá e SMSU

¹⁴ Relatório técnico de defesa – Doc. 93162/2018





A notícia ou acusação de irregularidades ou ilegalidades que digam respeito às matérias de competência do Tribunal de Contas, apresentada por autoridades públicas ou responsáveis pelos sistemas de controle interno dos demais órgãos públicos, nessa condição, serão protocoladas como representação externa.

17. Demais disso, o art. 224, I, “b”, da Resolução citada dispõe:

As representações podem ser: I. De natureza externa, quando propostas ao Relator: b) Por responsáveis pelos controles internos dos órgãos públicos, exceto do Tribunal de Contas.

18. No caso em comento, como a acusação foi formalizada pelo controlador interno municipal, apontando indícios de irregularidades em matérias de competência do Tribunal de Contas, estão presentes os requisitos de admissibilidade, ensejando o **conhecimento da representação externa**.

2.2 Do Mérito

19. Preliminarmente, trata-se de Concorrência Pública nº 001/2016 destinada à formação de Parceria Público Privada – PPP, na modalidade de concessão administrativa, para modernização, otimização, expansão, operação e manutenção da Infraestrutura da Rede de Iluminação Pública do Município de Cuiabá, com prazo de vigência de 30 (trinta) anos e valor estimado de R\$ 752.250.000,00 (setecentos e cinquenta e dois milhões duzentos e cinquenta mil reais), a qual sagrou-se vencedora o Consórcio Cuiabá Luz.

20. Sobre a Concorrência Pública nº 001/2016, é importante consignar que tramita nesta Corte de Contas os autos de representação externa nº 3.500-9/2016, na qual também se questiona a legalidade dos atos decorrentes do certame.

21. Naqueles autos, em sede recursal, foi requerido por este Ministério Público de Contas a adoção de medida cautelar diante das graves irregularidades que maculam o certame. Tal medida foi concedida pelo Conselheiro Relator por meio do Julgamento Singular nº 123/SR/2016, homologado pelo Acórdão nº 80/2016-TP, determinando a suspensão da Concorrência Pública nº 01/2016, decisão esta que





encontra-se incólume até o presente momento, apesar da irresignação das partes.

22. Dessa forma, com o intuito de trazer objetividade a presente análise, o Ministério Público de Contas se restringirá a analisar somente as irregularidades apontadas pela equipe de auditoria, se abstendo de analisar o pedido cautelar para suspensão do procedimento licitatório, uma vez que tal fato já se encontra analisado na representação externa nº 3.500-9/2016 e seu resultado concretiza a vontade exposta na liminar aqui intentada.

23. Diante da representação apresentada pela empresa Engeluz Iluminação e Eletricidade Ltda., bem como de suas peças de aditamento, a equipe de auditoria relacionou irregularidades a serem analisadas, as quais encontram-se dispostas a seguir.

2.2.1 Irregularidades na publicidade no certame.

24. Extraí-se dos **argumentos apresentados pela representante** que o processo licitatório não atendeu as diretrizes da Lei n. 8.666/1993, em especial o seu artigo 21, uma vez que foram constatadas publicações do Edital do certame apenas no Diário Oficial de Contas - DOC nº 782 e no Jornal Oficial Eletrônico dos Municípios de Mato Grosso nº 2.388, em detrimento da publicação no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso – DOE (imprensa oficial do Estado - IOMAT).

25. Considerando a identidade nas defesas apresentadas pelo Sr. Emanuel Pinheiro, Prefeito Municipal de Cuiabá, Sr. José Roberto Stopa, Secretário Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá, Dr. Nestor Fidélis, Procurador-Geral do Município de Cuiabá e Dr. Daniel Zampieri Barion, Procurador do Município de Cuiabá, passa-se a análise em conjunto.

26. Em breve justificativa, **a defesa** alega que o Diário Oficial de Contas substitui qualquer outro meio de publicação oficial, para qualquer efeito legal, conforme § 2º, do art. 4º, da Lei Complementar nº 475/2016, que instituiu o Diário Oficial Eletrônico de Contas do TCE/MT.





27. Apresentando os mesmos argumentos, foi a manifestação do Consórcio Cuiabá Luz, vencedor do certame e interessado nos autos.

28. Em que pese, de início, a **equipe de auditoria** tenha entendido que a publicação do Diário Oficial de Contas substituiria qualquer outro meio de publicação oficial, tal entendimento foi posteriormente revisado na oportunidade de análise da defesa, e ao final, considerou-se que houve violação ao princípio da legalidade, publicidade e restrição à ampla competitividade, diante da complexidade e valor vultoso do objeto.

29. Dois pontos fundamentaram a decisão da equipe de auditoria: a) a disposição contida no art. 21 da Lei nº 8.666/93 aduz que as publicações no DOE e jornal de grande circulação são sequenciais e não, na realização de uma, proceder a exclusão da outra; b) a substituição da publicação oficial pela publicação no DOC, prevista no § 2º do artigo 4º da LC nº 475/2012, contempla somente a divulgação de atos do TCE não sendo extensiva a terceiros.

30. Muito embora a convicção da defesa esteja baseada no entendimento de que, em qualquer caso, a lei instituidora do Diário Oficial de Contas do TCE/MT possibilitaria aos jurisdicionados a substituição do DOE pelo DOC, o **Ministério Público de Contas entende que tal argumento não merece prosperar**, uma vez que a publicação somente no Diário Oficial de Contas não atende, na essência, os requisitos mínimos de publicidade e transparência necessários à devida publicação dos certames licitatórios, em especial, quando diante da formação de uma Parceria Público-Privada de objeto singular e de valor que ultrapassa os 700 milhões de reais.

31. Mesmo que não arguido pela defesa ou equipe de auditoria, é importante esclarecer quanto a impossibilidade de aplicação da Resolução de Consulta nº 23/2013 ao caso em questão:

RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 23/2013 – TP

Ementa: PREFEITURA MUNICIPAL DE SINOP. CONSULTA. DIVERSOS. PUBLICIDADE. IMPRENSA OFICIAL. DEFINIÇÃO EM LEI LOCAL. DIÁRIO OFICIAL ELETRÔNICO DO TRIBUNAL DE CONTAS. SUBSTITUIÇÃO DO DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO. POSSIBILIDADE.





1) Os órgãos e entidades municipais fiscalizados pelo TCE/MT poderão, mediante definição legal e celebração de Termo de Adesão, estabelecerem o Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso como seu veículo oficial de imprensa, nos termos do inciso XIII do artigo 6º da Lei nº 8.666/1993, c/c o artigo 10 da Resolução Normativa nº 27/2012.

2) Adotando-se os procedimentos descritos no item anterior, as publicações impostas pelo inciso II do artigo 21 da Lei nº 8.666/1993 poderão ser realizadas no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso em substituição ao Diário Oficial do Estado, nos termos do artigo 1º, § 1º, c/c o artigo 4º, § 2º, da Lei Complementar nº 475/2012

32. Embora a jurisprudência deste Tribunal, consubstanciada na Resolução de Consulta nº 23/2013, possibilite a substituição do DOE pelo DOC, inclusive quanto às publicações impostas pelo art. 21, II, da Lei nº 8.666/93, é preciso compreender que esta não se aplica ao caso trazido aos autos, pelos motivos que se passa a expor.

33. Primeiro, porque **inexiste informação quanto a edição de lei municipal instituindo o Diário Oficial de Contas como veículo oficial de divulgação dos atos do Município de Cuiabá**, conforme exigência do item 1 da Resolução de Consulta nº 23/2013.

34. Sobre este ponto, ainda é preciso ponderar que embora o art. 6º, XIII, da Lei nº 8.666/93 traga definição sobre o termo “imprensa oficial” e, quando da sua utilização, permitir aos Estados e Municípios a definição de seu veículo oficial de divulgação, observa-se que em alguns pontos o legislador optou por não deixar aos entes a definição de qual seria o meio de publicação de determinados atos.

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XIII - Imprensa Oficial - veículo oficial de divulgação da Administração Pública, sendo para a União o Diário Oficial da União, e, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que for definido nas respectivas leis;

35. Ao se referir à **publicação dos editais** de concorrência, tomada de preço, concurso e leilão prevista no art. 21 da Lei de Licitações, o legislador afastou o termo “imprensa oficial” para **estabelecer expressamente a utilização do DOE como**





instrumento de publicação dos Editais, blindando qualquer possibilidade de restrição à publicidade dos certames licitatórios quando do estabelecimento de outro veículo de publicação dos atos. Vejamos:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos **editais das concorrências**, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, **deverão ser publicados** com antecedência, no mínimo, por uma vez:

(...)

II - no **Diário Oficial do Estado**, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III - em **jornal diário de grande circulação no Estado** e também, se houver, em **jornal de circulação no Município** ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, **conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.** (grifos nossos)

36. Segundo, porque na citada Resolução (item 2) **não se discute a hipótese de aplicação da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.709/2004)** que tem certas particularidades como licitações com valores que superam 10 milhões de reais por período de até 35 anos de concessão e a submissão da minuta do edital e do contrato à consulta pública, fatores que, invariavelmente, exigem a estrita observância ao princípio da publicidade e transparência, como é o caso dos autos.

37. Portanto, feitas tais considerações **o Ministério Público de Contas entende afastada a incidência da Resolução de Consulta nº 23/2013 no presente caso.**

38. Quanto aos argumentos apresentados pela defesa, denota-se da literalidade da Lei Complementar nº 475/2012, que instituiu o Diário Oficial Eletrônico de Contas do TCE/MT, que o art. 1º disciplina ser este o instrumento de comunicação oficial, publicação e divulgação dos atos processuais e administrativos do Tribunal de Contas do Estado. Já em seu parágrafo 1º, possibilita utilizá-lo em substituição a versão publicada no diário eletrônico do Estado, por seu órgão oficial (IOMAT):





Art. 1º Fica instituído o **Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso** como instrumento de comunicação oficial, **publicação e divulgação de seus atos processuais e administrativos**.

§ 1º O Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso **substitui** a versão publicada no diário eletrônico do Estado, por seu órgão oficial (IOMAT), e passa a ser veiculado gratuitamente na rede mundial de computadores - *internet*, no endereço do sítio eletrônico www.tce.mt.gov.br. **(grifos nossos)**

39. É a partir da leitura conjunta do art. 1º com seu § 1º, que se perfaz o entendimento de que **a aventada substituição do DOE pelo DOC é somente válida e eficaz para os atos processuais e administrativos do próprio Tribunal de Contas do Estado**. Isso porque não se pode cogitar a hipótese de que lei complementar estadual, de iniciativa do Tribunal de Contas do Estado, obrigue aos demais Poderes publicar seus atos no Diário Oficial de Contas, sob pena de ofensa ao princípio da harmonia e independência entre os poderes.

40. De outro modo, é preciso pontuar a interpretação dada ao art. 10 da Resolução Normativa nº 27/2012:

Art. 10. Os órgãos fiscalizados, por meio de Termo de Adesão próprio, poderão, gratuitamente, encaminhar ao Diário Oficial Eletrônico todas as matérias que regem a administração pública, que atualmente são publicadas em outros meios oficiais de divulgação.

41. Mesmo que o citado artigo preveja a possibilidade dos **órgãos fiscalizados utilizarem o DOC em substituição ao DOE, tal permissibilidade deve sempre ser interpretada a luz dos dispositivos que regem cada matéria**, sob pena de violação às competências constitucionalmente estabelecidas, como é o caso dos atos licitatórios decorrentes do procedimento de Parceria Público Privada.

42. Ao contrário dos demais atos que regem a administração pública, ao se falar em licitações e contratos o art. 22, XXVII, da CF, **conferiu à União a competência privativa para editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e





fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, permitido aos demais entes legislar sobre normas específicas de acordo com as suas particularidades:

Art. 22. Compete **privativamente à União** legislar sobre:

(...)

XXVII – **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; **(grifos nossos)**

43. Cumprindo o papel de definir as normas gerais de licitação, **tanto a Lei nº 8.666/93 como a Lei nº 11.079/2004**, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (PPP), estabelecem, além de algumas normas de cunho “específico”, **normas de cunho “geral” as quais ostentam, nestes pontos, a condição de “lei nacional” aplicável em todo o território**, devendo ser de observância obrigatória a todos os entes federativos.

44. Neste ponto, é que se insere a discussão sobre a instituição do Diário Oficial de Contas e o afastamento da aplicabilidade do art. 21 da Lei nº 8.666/93 e art. 10, IV, da Lei nº 11.079/2004, que disciplinam os instrumentos pelos quais serão efetivadas a publicidade do Edital e a consulta pública prévia ao Edital da parceria público-privada:

Lei nº 8.666/93

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos **editais das concorrências**, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos f por instituições federais;

II - no **Diário Oficial do Estado**, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III - em **jornal diário de grande circulação no Estado** e também, se houver, em **jornal de circulação no Município** ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, **conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.**





(grifos nossos)

Lei nº 11.079/2004

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, **estando a abertura do processo licitatório condicionada a:**

(...)

VI – **submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico**, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; **(grifos nossos)**

45. Nesse ponto é necessário esclarecer que a menção simultânea da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 11.079/2004 é necessária pelo fato de que para licitação e contratação de parceria público-privada (PPP), em fase anterior à publicação do Edital é obrigatória a realização de consulta pública na qual a minuta do edital e do contrato deverão ser divulgadas para prévio conhecimento dos cidadãos, observando as exigências previstas no art. 10, VI, da Lei nº 11.079/2004. Transcorrido o prazo da consulta pública, o Edital da parceria público privada deverá ser publicado, agora observando as formas e exigências previstas para publicação dos Editais de licitação da modalidade concorrência¹⁵, prevista na Lei nº 8.666/93.

46. Retornando à discussão sobre o tema, embora se cogite a possibilidade do art. 21 da Lei nº 8.666/93 se enquadrar como “norma específica”, podendo a definição dos valores, prazos e requisitos de publicidade dos editais e avisos serem disciplinados de maneira distinta pelos demais entes federativos, **o instrumento pelo qual se dará a publicidade do ato não o é.**

47. Dessa forma, sendo **a publicação no Diário Oficial do Estado, em jornais de grande circulação e em outros meios de divulgação considerada como “norma geral” de observância obrigatória a todos os entes, não resta ao Administrador outra forma de proceder a concretização do princípio da publicidade**

¹⁵ Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (...)





se não a sua publicação nos exatos termos dos incisos I e II do art. 21. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. NULIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE. PUBLICIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA. 1 – Processo licitatório procedido com vícios capazes de invalidar o certame realizado, tais como as ofensas aos princípios da legalidade, da publicidade e da moralidade administrativa. 2 – A lei regulamentadora dos procedimentos licitatórios era clara no sentido de que **a intimação dos referidos atos deveria ser feita através de publicação no Diário Oficial da União. Não resta ao administrador qualquer faculdade de escolher outra forma de intimação, até pela forma imperativa que o legislador utilizou para redigir o artigo.** 3 – “A determinação de que o resultado dos atos licitatórios devem ser objeto de **publicação no DOU transcende ao caráter de simples comunicação processual. Vai muito mais além, dando ciência universal dos atos praticados pela Administração Pública, possibilitando e ampliando o controle do referido agir**”. (TRF5 – Relator Juiz Araken Mariz – AC 63283 – Processo 9405352199 UF: RN – Decisão 15/08/1995 – DJ 08/09/1995) **(grifos nossos)**

48. Diante de tais considerações, **seria de flagrante inconstitucionalidade a edição de lei complementar estadual, de iniciativa do Tribunal de Contas do Estado, que, a par de ampliar os instrumentos de divulgação dos atos licitatórios, disciplinasse instrumento substitutivo de publicação por meio do qual se restringiria a publicidade dos atos do certame, quando estes já foram minimamente previstos na legislação especial sobre a matéria.**

49. Assim, por se tratar de atos licitatórios que possuem norma geral disciplinadora, de competência privativa da União, estas deverão ser rigorosamente seguidas pelos Administrados, enquanto outra norma nacional não a modifique ou revogue, sob pena de violação aos princípios basilares da licitação, entre eles os princípios da legalidade, da publicidade e da ampla concorrência.

50. Concretizando o ideal do legislador de garantir a ampla publicidade dos atos licitatórios, é notório que tanto o art. 21 da Lei nº 8.666/93 como o art. 10, VI, da Lei 11.079/2004, estabeleceram como **instrumentos mínimos de publicidade dos atos a Diário Oficial do Estado (Lei nº 8.666/93), imprensa oficial (Lei nº 11.079/2004), os jornais de grande circulação e a utilização de meios eletrônicos.**





51. Tal fato ganha maior relevância quando estar-se diante da possibilidade de realização de uma **parceria público-privada pelo período de 30 anos com valor estimado superior à 700 milhões de reais**, cuja a especialidade e grandiosidade do objeto poderia facilmente se supor não ser compatível com a realidade do mercado local, e que a **junção de grandes empresas brasileiras em consórcio seria medida fatalmente presente no procedimento licitatório**.

52. Nesse contexto certamente se chegaria a **conclusão de que a efetiva publicidade do certame somente seria alcançada não só diante da publicação no Diário Oficial do Estado (inciso II), como também nos jornais de grande circulação, por meio de chamadas, avisos, publicações e, ainda, outros meios de divulgação na forma eletrônica (inciso III)**, tudo isso em busca da concretização de um dos princípios basilares da licitação, entre eles o da publicidade.

53. Nesse sentido não só a ausência de publicação do Edital nos meios devidos contrariou a publicidade, como também a **ausência de publicação da minuta do edital e dos documentos destinados à consulta pública**, fase obrigatória que antecede a publicação do próprio edital na realização da formalização de parcerias público-privadas, conforme art. 10, VI, da Lei nº 11.079/2004:

Art. 10. A **contratação de parceria público-privada** será precedida de licitação na modalidade de concorrência, **estando a abertura do processo licitatório condicionada a:**

(...)

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante **publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico**, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e **(grifos nossos)**

54. Comprova-se o alegado a informação contida no próprio Edital de concorrência pública nº 001/2016, de que a publicação dos documentos para consulta pública também somente foram realizadas no Diário Oficial de Contas, em flagrante





violação à disposição prevista na Lei de Parceria Público-privada, que busca o controle mais eficiente da contratação pela sociedade, haja vista a vultuosidade dos recursos que permeiam a parceria público-privada:

A Consulta Pública teve início em 06 de novembro de 2015, e término em 10 de dezembro de 2015, tendo-se concedido a oportunidade de qualquer cidadão ou demais interessados fornecer sugestões à minuta do presente Edital e de seus anexos. A Consulta Pública foi concedida ampla divulgação no Diário Oficial de Contas do Tribunal de Contas de Mato Grosso – DOC-TCE na edição nº 745 de 09 de novembro de 2015, assim como por meio eletrônico, no endereço eletrônico <http://www.cuiaba.mt.gov.br/cidadao/participe-da-consulta-publica-para-a-parceria-publico-privada-da-iluminacao-publica/11895>.

Fonte: Malote Digital nº 220829/2016 – pág. 12

55. Outro aspecto importante, ainda relacionado aos instrumentos de publicação dos atos licitatórios, diz respeito ao entendimento de que **os instrumentos previstos nos incisos I, II e III do art. 21 da Lei de Licitações (DOE, jornais de grande circulação e meio eletrônico) não são alternativos, ao contrário, são cumulativos e obrigatórios**, não facultando ao administrador público da esfera estadual ou municipal, preferir uma a outra forma de publicidade.

56. Nestes termos é o entendimento do TCU proferido no Acórdão 6848/11-1ªCâmara TCU:

As razões de justificativa devem ser rejeitadas porque o art. 21 da Lei nº 8.666/1993 não deixa dúvidas de que **as exigências dos incisos I e II são cumulativas à exigência constante do inciso III**, conforme bem apontado pela unidade técnica. **(grifos nossos)**

57. No caso dos autos, além de não proceder a clara e transparente publicação do edital no DOE, o edital também não foi divulgado em jornal grande circulação tampouco em outros meios eletrônicos como sites especializados na divulgação de licitações, a fim de garantir o atendimento ao princípio constitucional da publicidade e, por consequência, dos princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa.

58. Ainda, como medida a garantir o preceito constitucional de acesso a informação, previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, inciso II, do § 3º do artigo 37 da





Constituição Federal, a Lei nº 12.527/2011 estabeleceu a obrigatoriedade de publicação dos editais de licitação na forma mais ampla e de fácil acesso a sociedade:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:

(...)

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

59. É certo que ao gestor diligente no trato com os recursos públicos, caberia zelar pelo pleno atendimento desses princípios, adotando todos os procedimentos necessários a uma razoável divulgação do procedimento licitatório, não se limitando ao cumprimento “*pro forma*” da obrigação legalmente imposta, pois tal conduta não se revela compatível com a inerente intenção da gestão pública, a qual o gestor encontra-se plenamente vinculado.

60. Não é de se estranhar a adoção de diversos instrumentos de publicação estampados na Lei Geral de Licitações e na Lei das Parcerias Público-privadas, pois o respeito à publicidade objetiva não só garantir o amplo conhecimento dos potenciais interessados acerca do procedimento licitatório, como também possibilita a efetiva fiscalização dos atos praticados no procedimento.

61. Não se pode olvidar que o respeito à publicidade e transparência do certame represente regra norteadora para se assegurar a lisura do certame, devendo ser anulada a licitação quando os atos forem praticados em sua desobediência, bem como do contrato que dela decorra, conforme disposto no art. 49 da Lei 8.666/1993:

Art. 49. A **autoridade competente** para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.**





(...)

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório **induz à do contrato**, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. (grifos nossos)

62. Ressalte-se que embora o Tribunal de Contas não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos o **Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência do TCU para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou**, conforme se observa do julgamento do MS 23.550/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, assim ementado:

I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). **O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. (...)**

63. Do igual modo, o TCU possui entendimento consolidado no sentido de que a **existência de irregularidade que promovam restrição à competitividade do certame, inviabilizando a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, maculam o procedimento licitatório conduzindo a anulação do processo licitatório**, em observância ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 (Acórdão nº 1.735/2009-TCU-Plenário)

64. Feitas essas considerações, é possível chegar a algumas premissas, a saber:

a) a publicação de atos da Administração Pública no Diário Oficial de Contas, em substituição ao Diário Oficial do Estado, deve observar as disposições específicas sobre cada matéria;

b) na publicação dos atos relativos à licitação para formalização de Parceria Público-Privada, devem ser observadas as diretrizes dispostas na Lei nº 11.709/2004;





c) os instrumentos disponibilizados para dar publicidade aos atos licitatórios (art. 21, I ao II da Lei nº 8.666/93 e art. 10, VI, da Lei nº 11.079/2004), devem ser utilizados de forma cumulada, buscando a maior publicidade aos atos, permitindo maior participação de interessados no certame e garantindo a efetiva fiscalização por parte da sociedade;

d) falhas na publicação do certame licitatório, que violam os princípios da publicidade e da transparência dos atos, ocasionando restrição ao caráter competitivo da licitação, conduzem a determinação ao órgão licitante para que proceda a anulação do procedimento licitatório, bem como do contrato decorrente.

65. Por todo exposto, ante as irregularidades ocorridas na divulgação do processo licitatório com ausência de publicidade e de transparência dos atos do certame, que ocasionaram restrição ao caráter competitivo do certame, é medida primordial a ser adotada por este Tribunal de Contas a **aplicação de multa** ao Sr. José Roberto Stopa, Secretário Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá, bem como a **determinação à Secretaria Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá que adote as medidas necessárias, com vistas a anular o processo licitatório de Concorrência Pública nº 001/2016, bem como do decorrente Contrato de Concessão nº 755/2016**, amparada em reiterada jurisprudência do TCU.

2.2.2 Inobservância do prazo legal mínimo entre a publicação do aviso de licitação e o recebimento das propostas

66. Alega o **representante** que não houve observância do prazo mínimo legal de 45 (quarenta e cinco) dias entre a publicação do aviso de licitação e o recebimento das propostas. Ainda, frisa que o art. 21, § 3º, da Lei nº 8.666/93 não deixa dúvidas de que o prazo mínimo entre a publicação do aviso de licitação e o recebimento das propostas conta-se a partir da última publicação, que no caso ocorreu no dia 26/10 (quarta-feira).

67. Dessa forma, ao contar o prazo a partir da última publicação, afirma que o município de Cuiabá concedeu apenas 02 (dois) dias úteis para os interessados





apresentarem suas propostas (31/10/2016), sendo desproporcional a justificativa de que a licitação foi suspensa no último dia do prazo previsto em edital para apresentação dos envelopes e que esta deveria ser retomada a partir da fase em que foi paralisada.

68. Em análise preliminar, a **equipe de auditoria** verificou que a publicação do aviso de abertura de licitação ocorreu no dia 08/01/2016, conforme Diário Oficial de Contas nº 782, para a abertura da licitação ocorrer em 22/02/2016, desta forma a contagem de prazo se iniciou em 11/01/2016 (segunda-feira) e os 45 dias seriam completados em 24/02/2016.

69. Entretanto, com a suspensão de todos os procedimentos referentes ao processo licitatório em 19/02/2016, já haviam transcorridos 40 dias da data em que se iniciou a contagem de prazo do aviso de abertura de licitação.

70. Retomada a licitação, o aviso de abertura foi publicado em 26/10/2016 (quarta-feira) informando que o prazo final para recebimento dos envelopes seria o dia 31/10/2016 e a data para abertura e julgamento dos mesmos seria o dia 1º/11/2016, ou seja, iniciada a contagem de prazo em 27/10/2016 (quinta-feira), até 31/10/2016 fez o restante dos 5 (cinco) dias de prazo, computado os 45 dias exigidos pela Lei nº 8.666/93.

71. Discordando os argumentos trazidos pela representante, os **gestores municipais** buscam afastar a ilegalidade informando que a publicação do aviso de abertura ocorreu em 08/01/2016 (DOC nº 782) para a abertura ocorrer em 22/02/2016, ou seja, explica que a contagem de prazo se iniciou em 11/01/2016 (segunda-feira) e os 45 dias seriam completados em 24/02/2016.

72. Ao considerar que não houve interrupção do prazo e sim suspensão, quando da adoção da medida cautelar ocorrida em 19/02/2016, já se tinha passado mais de 40 dias, sendo que os cinco dias restantes do prazo foram retomados em 26/10/2016 com a publicação do aviso informando que o recebimento dos envelopes seria em 31/10/2016.

73. Já a **defesa apresentada pela empresa vencedora Cuiabá Luz**, reforça





o entendimento constante em relatório preliminar de que os prazos foram suspensos com a decisão cautelar ocorrida em 19/02/2016 e não interrompidos. Dessa forma, 40 dias transcorreram entre 11/01/2016 a 19/02/2016 e 05 dias transcorreram entre 26/10/2016 a 31/10/2016, computando 45 dias legalmente exigíveis.

74. Em **análise da defesa, a equipe de auditoria** revisou o posicionamento anteriormente exposto, passando a consignar que desde o início do procedimento licitatório não houve observância ao prazo mínimo mencionado, pois entre a publicação do edital de abertura (07/01/2016 e 08/02/2016) e o termo final para recebimento das propostas (19/02/2016), decorreu apenas 40 (quarenta) dias.

75. Considerando que em 19/02/2016 houve a suspensão da licitação, por decisão deste Tribunal de Contas, revogada pelo Acórdão nº 568/2016-TP (24/10/2016), o prosseguimento do certame foi publicado em 26/10/2016, estabelecendo como prazo máximo para a entrega das propostas 31/10/2016, ou seja, conferiu apenas 05 (cinco) dias corridos para que as empresas interessadas manifestassem e apresentassem toda a documentação necessária à habilitação na concorrência, sendo que durante esse prazo foi decretado ponto facultativo (28/10 – dia do servidor público) e um fim de semana, reduzindo ainda mais o prazo para apresentação das propostas.

76. Argumenta que não há que se falar apenas em suspensão dos prazos, e continuidade na sua contagem, mas sim em reabertura com prazo inicial, uma vez que qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, conforme art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

77. Em que pese a conclusão da equipe técnica, o **Ministério Público de Contas manifesta-se de forma diversa** pelas razões que passa a expor.

78. Veja-se que ponto central para o deslinde da questão, reside no fato de saber se a cautelar adotada provocou modificação no texto original do edital capaz de alterar a formulação das propostas e reabrir o prazo inicialmente concedido.





79. É fato que tanto o Acórdão nº 80/2016 – TP, que homologou a medida cautelar adotada pelo Conselheiro Relator através do Julgamento Singular nº 123/SR/2016, como o Acórdão nº 568/2016 – TP, que julgou improcedente a representação externa e revogou o Acórdão nº 80/2016-TP, não provocaram qualquer alteração no Edital que viesse a afetar a formulação das propostas, não afrontando o disposto no art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 21. (...)

§ 4º. Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a reformulação das propostas.

80. Sobre a matéria, transcreve-se o entendimento expresso por Marçal Justen Filho:

Podem existir defeitos no instrumento convocatório. Também pode apurar-se a conveniência de alterar condições nele previstas. Essas alterações tanto podem surgir de modo espontâneo no seio da Administração como ser provocadas por manifestações de interessados. A Administração tem total liberdade para alterar as condições inseridas no instrumento convocatório (respeitada a lei, é claro). Porém, a alteração não pode frustrar a garantia do prazo mínima prevista no § 2º. Se a Administração introduzir alteração após publicado o aviso, deverá renovar-se a publicação. Se assim não fosse, haveria redução do prazo mínimo. **Admite-se, porém, a desnecessidade da nova publicação quando a alteração for secundária e irrelevante para formulação das propostas**¹⁶. (grifos nossos)

81. Veja-se, que é da diretriz extraída do artigo que se pode concluir que **não é qualquer alteração no edital que acarretará a reabertura do prazo inicial**, do contrário, resta claramente demonstrado que somente diante de modificações com o condão de alterar a formulação das propostas, é que a Administração estará obrigada a reabertura.

82. Não há maiores dificuldades para se concluir que **a ausência de alteração no edital de concorrência pública nº 001/2016 não afetou a formulação das**

¹⁶ Marçal....*constante às fls. 196/197 da obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª edição, "verbis"*:





propostas, assim não obrigando a Administração a proceder a reabertura do prazo inicialmente previsto, sendo certo que após a revogação da medida cautelar entraria no cômputo somente o prazo restante.

83. Portanto, em razão da ausência de modificação no edital de concorrência pública nº 001/2016, este **Ministério Público de Contas**, em consonância com o entendimento da equipe de auditoria, manifesta-se pela **improcedência** dos argumentos apresentados.

2.2.2 Da ausência de publicação do aviso de reabertura de sessão para abertura dos envelopes.

84. Em aditamento da representação inicial, a empresa vencedora aduz que houve abertura dos envelopes contendo a proposta comercial e os documentos de habilitação sem a publicação das datas de reabertura da sessão pública, contrariando o art. 43, § 1º, da Lei nº 8.666/93 que é expresso no sentido de que a abertura dos envelopes contendo os documentos de habilitação e as propostas deve ser realizadas em ato público previamente designado.

85. Ao analisa as alegações apresentadas, a **equipe de auditoria** afastou a irregularidade apontada ao constatar que no Aviso de Publicação de Licitação (26/10/2016)¹⁷ constou a informação de que os envelopes serão abertos e julgados em sessão pública do dia 01/11/2016.

86. Em **defesa apresentada** pela pelos gestores municipais e a empresa Consórcio Cuiabá Luz, todos arguem os termos expostos pela equipe de auditoria para afastar a irregularidade apontada.

87. Conclusivamente, a **equipe de auditoria** considerou procedente o questionamento, sob o argumento de que a publicação foi realizada somente no Diário Oficial de Contas.

¹⁷ Documento Digital – Doc. 220829/2016 – fl. 317





88. Em que pese o posicionamento da equipe de auditoria de manter o apontamento pelo fato de que a publicação tenha sido realizada somente do Diário Oficial de Contas, a qual o **Ministério Público de Contas** compartilha em todos os seus termos, conforme já manifestado na irregularidade 1, é forçoso reconhecer que este não é o objeto da presente irregularidade.

89. A impugnação da representante é justamente sobre a ausência de publicação das datas de abertura da proposta comercial e habilitação, em contrariedade do disposto no art. 43, § 1º, da Lei nº 8.666/93, irregularidade esta que, de fato, não ocorreu.

90. É certo que observando os princípios da legalidade e da publicidade que norteiam o procedimento licitatório, a abertura dos envelopes com os documentos de habilitação e propostas devem ser realizadas de forma pública a fim de garantir a transparência necessária para a realização dos atos licitatórios, conforme disposto no art. 43, § 1º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 43 (...)

§ 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

91. Conforme se depreende do aviso de abertura da licitação publicado no DOC nº 981 do dia 26/10/2016 em um único ato foi informado que, quanto as propostas a serem apresentadas pelos licitantes, seu recebimento se dará até o dia 31/10/16 e seu julgamento ocorrerá dia 01/11/16, conforme segue:





AVISO DE ABERTURA DE LICITAÇÃO

MODALIDADE: CONCORRÊNCIA Nº. 001/2016
(PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº PG 60.793/2014)

Órgão Solicitante: Secretaria Municipal de Serviços Urbanos - SMSU

Objeto: Concessão administrativa para modernização, otimização, expansão, operação e manutenção da Infraestrutura da Rede de Iluminação Pública do Município de Cuiabá, conforme especificações descritas no Termo de Referência e demais condições contidas no Edital e seus Anexos.

CONSIDERANDO, que o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, através do Acórdão nº 80/2016, suspendeu a Concorrência Pública nº 001/2016, referente ao processo Administrativo nº 60.793/2014, no último dia do prazo previsto em edital para a apresentação dos envelopes;

CONSIDERANDO, ainda, que o Pleno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, em sessão de 18 de Outubro de 2016, revogou integralmente o Acórdão nº 80/2016 e julgou totalmente improcedente a representação de natureza externa proposta contra o edital de Concorrência Pública, liberando, consequentemente, a Secretaria Municipal de Serviços Urbanos – SMSU para o prosseguimento do feito;

CONSIDERANDO, por fim, a necessidade de retomada pelo Município de Cuiabá da Concorrência Pública nº 001/2016 a partir da fase em que foi paralisada;

FAZ SABER, que o prazo final para recebimento dos envelopes será dia 31/10/2016 das 08:00 às 18:00 hs. E que a data para abertura e julgamento dos mesmos se dará em sessão pública no dia 01/11/2016 às 9:00hs no auditório da secretaria municipal de gestão - subsolo do palácio alencastro - end: praça alencastro, nº 158 - centro - Cuiabá/MT.

Fonte: DOC – Edição nº 981 - 26/10/2016

92. Portanto, divergindo do entendimento exposto pela equipe de auditoria, uma vez que o apontamento levantado pela empresa representante não contaria o disposto no art. 43, § 1º, da Lei nº 8.666/93, motivo pelo qual este **Ministério Público de Contas** se manifesta pela **improcedência** do fato apontado.

2.2.3 Da violação ao princípio da impessoalidade

93. **Afirma a representante**, que a Comissão de Licitação desclassificou a empresa Consórcio Cuiabá Luz do certame por não atender as exigências constantes nos itens 4.1.2 e 4.1.1.3, conforme Ata de Reabertura da Proposta Comercial”.

94. No entanto, invocando o princípio da celeridade, eficiência, razoabilidade e economia processual, bem como a vultuosidade da contratação, a comissão decidiu aplicar o disposto no art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93 concedendo ao licitante o prazo de 08 (oito) dias para apresentação de nova proposta comercial.

95. Aduz que o direito concedido à empresa Cuiabá Luz não foi estendido aos demais participantes, como o caso do Consórcio Infrel para reapresentação da garantia da proposta.

96. Por determinação expressa da Conselheira Relatora, tanto a





representação inicial como os seus aditamentos foram encaminhados aos interessados para defesa, no entanto, não houve manifestação sobre os fatos apontados.

97. Em **relatório conclusivo, a equipe de auditoria** entendeu não proceder a alegação de violação ao princípio da impessoalidade, eis que a decisão adotada foi fundamentada em ata, na qual fundamentou que sendo naquela fase a única participante da licitação pode-se assim dispor conforme art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93.

98. Ressalta que tal direito somente contempla aqueles licitantes aptos até aquele momento, não havendo que se falar em oportunizar tal direito para licitantes inabilitados em fase anterior.

99. Em consonância com os fundamentos apresentados pela equipe de auditoria, o **Ministério Público de Contas entende ser improcedente os fatos apresentados.**

100. De fato, a regra indicada pelo art. 48, § 3º da Lei nº 8.666/93 não pode beneficiar todos os participantes, de qualquer etapa do certame, ao mesmo tempo, pois não se aplica aos participantes já excluídos em momento anterior.

101. Tal posicionamento é consubstanciado no entendimento já pacificado pelo Tribunal de Contas da União, de que a diretriz prevista deverá ser aplicada quando todos os licitantes forem inabilitados ou quando, ultrapassada a fase de habilitação, todas as propostas forem desclassificadas:

A regra prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993 não pode ser aplicada a licitantes já excluídos em outras etapas da licitação, sendo possível sua aplicação ou aos licitantes desclassificados, ou aos licitantes inabilitados, e não a ambas as hipóteses simultaneamente ¹⁸.

102. Denota-se dos documentos juntados aos autos, que na Ata de Reabertura da Proposta Técnica da Concorrência Pública nº 001/2016, datada do dia 21/11/2016, já constava como única licitante o Consórcio Cuiabá Luz.

¹⁸ Informativo 142 do TCU





Cuiabá, 21/11/2016.

Raufrides Macedo
Presidente da Comissão Especial de Licitação

Eraldo de Oliveira
Membro da Comissão

Luiz Sávio Fernandes de Campos
Membro da Comissão

Rodrigo Ribeiro Verão
Membro da Comissão

Equipe Técnica:

José Luiz Castro Rangel
Carlúcio de Freitas Borges

Licitantes:

1 - CONSÓRCIO CUIABÁ LUZ

Secretaria do TCE | Praça Alencastro, 158 - Centro - 4º andar

Fonte: Malote Digital – Doc. 130287/2017 – pág. 39/41

103. Já na Ata de Reabertura de Proposta Comercial da Concorrência Pública nº 001/2016, datada de 22/11/2016, licitante restante teve sua proposta desclassificada pela Comissão de Licitação, momento em que foi aplicada a regra do art. 48, § 3º, da Lei de Licitações.

Desse modo, fica claro que é perfeitamente cabível a aplicação do §3º, do art. 48, da Lei n.º 8.666/93, quando todos os licitantes forem inabilitados ou, **como in casu**, quando a proposta for desclassificada, onde a Administração poderá fixar o prazo de 08 (oito) dias úteis para que aquele(s) licitante(s) desclassificado(s) **apresente nova documentação ou outras propostas esboçadas das causas referidas no art. 48, qual seja: descumprimento das exigências do ato convocatório, onde é concedido novo prazo para que os licitantes que chegaram a essa fase apresentem novas propostas, reforçada ainda pelo art. 41, §4º, da Lei de Licitações, que estabelece que “a inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes”.**

Fonte: Malote Digital – Doc. 130287/2017 – pág. 42/50

Cuiabá, 22/11/2016.

Raufrides Macedo
Presidente da Comissão Especial de Licitação

Eraldo de Oliveira
Membro da Comissão

Luiz Sávio Fernandes de Campos
Membro da Comissão

Rodrigo Ribeiro Verão
Membro da Comissão

Licitantes:

1 - CONSÓRCIO CUIABÁ LUZ

Fonte: Malote Digital – Doc. 130287/2017 – pág. 42/50





104. Diante da devida aplicação do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93, o **Ministério Público de Contas manifesta-se pela improcedência dos argumentos apresentados pela representante.**

2.2.4 Não atendimento às disposições constantes do edital quanto as garantias.

105. Em aditamento à peça inicial, **complementa a representante** que mesmo concedido prazo para reapresentação de nova proposta comercial, o Consórcio Cuiabá Luz não atendeu ao disposto no item 4.1.1.3 do edital, pois é claro em exigir do licitante uma declaração da instituição seguradora de viabilidade da contratação de seguro de risco de engenharia no valor de 100% do valor dos investimentos, em consonância com as diretrizes do Anexo XIV.

106. No entanto, o licitante apresentou uma “apólice de seguro garantia” na modalidade “garantia licitante” com limite máximo de garantia de R\$ 7.522.500,00 (sete milhões, quinhentos e vinte e dois mil e quinhentos reais), ou seja, valor correspondente a 1% do valor estimado do contrato.

107. Por determinação expressa da Conselheira Relatora, tanto a representação inicial como os seus aditamentos foram encaminhados aos interessados para defesa, no entanto, não houve manifestação sobre os fatos apontados.

108. Conclusivamente, a **equipe de auditoria** manteve o apontamento considerando procedente os argumentos da representante, uma vez que verificou-se a existência de somente 2 garantias Apólice nº 04-0775-01-0137957, que garante a licitação até o Limite Máximo de Garantia (L.M.G) de R\$ 7.552.500,00, ou seja, 1% do valor contratual, e o endosso dessa Apólice (documento nº 04-0775-01-4000051) que visa corrigir dados do objeto.

109. Argumenta que o Plano de Negócios Referencial (Anexo III), deverá conter seguros e outras garantias, quais não constam dos autos e tampouco foram apresentados pela defesa. Vejamos:





Seguros

Tipo	Cobertura
Responsabilidade Civil	Responsabilidade Civil Operações Modalidade: Empresas, Concessionárias ou não de Serviços Públicos de Produção e Distribuição de Energia Elétrica.
Auto RCF-V	Cobertura para Danos Corporais e Danos Materiais causados a terceiros por veículos utilizados na obra
Multirrisco Empresarial	Danos Materiais (incluindo Lucros Cessantes)

As premissas de seguros estão demonstradas a seguir:

Seguro	Cobertura
Garantia de Execução	8% da Contraprestação anual ao longo dos 3 primeiros anos, e após o 4º ano passa a ser 4% da Contraprestação anual.
Garantia de Proposta	1% do Valor Total Estimado do Contrato (soma real das contraprestações).
Responsabilidade Civil	R\$ 1.000.000,00
Auto RCF-V	R\$ 200.000,00
Multirrisco Empresarial	R\$ 500.000,00

Fonte: Relatório técnico de defesa – Doc. 93162/2018 – pág. 28

110. Quanto à Garantia de Execução do contrato pela concessionária (Anexo IV do Edital), aduz que a Cláusula Décima Quarta – das Garantias e Seguros (item. 14.1.) estabelece que para o fiel cumprimento das obrigações assumidas, no prazo de até 02 (dois) dias úteis antes da data de assinatura do Contrato, o Adjudicatário prestará e manterá a Garantia de Execução do Contrato, nos seguintes valores:

Ano da Concessão	Valor da Garantia
1º (primeiro) ao 3º (terceiro) anos da Concessão	8% (oito por cento) do Valor do Contrato
A partir do 4º (quarto) ano	4% (quatro por cento) do Valor do Contrato

Fonte: Relatório técnico de defesa – Doc. 931622/2018 – pág. 29

111. Ainda sobre a garantia da execução do contrato argumenta que deve conter:

Além de que, deve conter (i) Declaração da Seguradora de que conhece e aceita os termos e condições do Contrato de Concessão; (ii) Vedação ao cancelamento da Apólice de Seguro-Garantia por falta de pagamento total





ou parcial do prêmio; (iii) Confirmado o descumprimento pela Tomadora das obrigações cobertas pela Apólice de Seguro-Garantia, a Segurada terá direito de exigir da Seguradora a indenização devida, quando resultar infrutífera a notificação feita à Tomadora; (iv) Que, declarada a caducidade da Concessão, o Município de Cuiabá poderá executar a Apólice de Seguro-Garantia para ressarcimento de eventuais prejuízos; (v) As questões judiciais que se apresentarem, entre Seguradora e Segurada, serão resolvidas na jurisdição de domicílio da Segurada.

112. Quanto aos questionamentos sobre a contratação de seguros constantes no Anexo XIV, a equipe de auditoria consignou que não foram constatados nos autos os seguintes seguros que deveriam ser contratados:

1) a Concessionária deverá contratar seguro de risco de engenharia para serviços desta natureza, incluindo as coberturas para proteção dos riscos inerentes à execução de obras e das substituições de luminárias e demais equipamentos, devendo sua vigência equivaler ao prazo de execução do serviço, cobrindo a Concessionária por danos materiais. **Tal seguro deve ser no valor de 100% (cem por cento) do valor dos investimentos**, conforme PLANO DE NEGÓCIOS apresentado pela CONCESSIONÁRIA em sua Proposta Comercial. Deverão constar na apólice as seguintes coberturas adicionais:

- (i) Descumprimento dos cronogramas físicos;
- (ii) Erro de Projeto;
- (iii) Riscos do Fabricante;
- (iv) Despesas de salvamento e contenção de sinistros;
- (v) Maquinaria e equipamento;
- (vi) Danos patrimoniais;
- (vii) Avaria de máquinas;
- (viii) Despesas Extraordinárias representando um limite de 10% (dez por cento) da cobertura básica;

2) Durante o prazo da CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA deverá contratar e manter em vigor os seguintes seguros:

- a) Seguro de riscos operacionais e/ou nomeados, com cobertura mínima (...);
- b) Seguro de responsabilidade civil, com cobertura mínima de bem como seus administradores, empregados, funcionários, subcontratados, prepostos ou delegados, pelos montantes com que possam ser responsabilizados a título de danos materiais, pessoais e morais, custas processuais e quaisquer outros encargos relacionados a danos materiais, pessoais ou morais, decorrentes das atividades abrangidas pela CONCESSÃO, inclusive, mas não se limitando, a danos involuntários pessoais, mortes, danos materiais causados a terceiros e seus veículos, devendo tal seguro ser contratado com limites de indenização compatíveis com os riscos assumidos para danos a terceiros, bem como acidentes de trabalho para os empregados envolvidos, conforme legislação em vigor;





c) seguro da frota própria, garantindo cobertura por danos materiais, danos morais e danos corporais a terceiros envolvidos em acidentes; Seguro de armazenagem, com cobertura mínima de (...).

113. Em que pese a conclusão da equipe técnica, o **Ministério Público de Contas manifesta-se de forma diversa** pelas razões que passa a expor.

114. Primeiramente, o Ministério Público de Contas se restringirá a analisar estritamente os fatos apresentados pela representante, quanto aos documentos exigidos no Anexo XIV do Edital, eis que: 1) deve-se garantir ao representado o conhecimento prévios sobre os fatos apontados, para garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa; 2) constata-se que a garantia da proposta foi apresentada¹⁹ observando percentual de 1% do valor total estimado do contrato (item 2.8.1); 3) a garantia da execução do contrato, nos termos do item 6.3.1 do Edital, não foi objeto de impugnação da representante.

115. Denota-se que a proposta comercial (item 4.1 do Edital) deverá ser apresentada em 02 (dois) envelopes, sendo um deles composto de declaração da instituição seguradora, declarando a viabilidade da contratação do seguro em consonância com as Diretrizes constantes do Anexo XIV, declarando ainda, sob pena de responsabilidade, que: a) examinou o Edital, o Plano de Negócios da Licitante e sua Proposta de Preço; b) considera viável a celebração de contrato de seguro para cobrir as obrigações da futura Concessionária, nos montantes e nas condições apresentadas pela Licitante (item 4.1.1.3 do Edital).

¹⁹ Malote digital – Doc. 130290/2017 – páq. 23/25





ENVELOPE C2

4.1.1.3 A Licitante deverá apresentar, em sua Proposta Comercial, declaração de instituição seguradora, nacional ou estrangeira, emitida no papel timbrado da referida instituição e com a devida comprovação dos poderes do seu signatário, declarando a viabilidade da contratação do seguro em consonância com as Diretrizes constantes do Anexo XIV, declarando ainda, sob pena de responsabilidade, que:

4.1.1.3.1 Examinou o Edital, o Plano de Negócios da Licitante e sua Proposta de Preço;

4.1.1.3.2 Considera viável a celebração de contrato de seguro para cobrir as obrigações da futura Concessionária, nos montantes e nas condições apresentadas pela Licitante.

Fonte: Malote Digital – Doc. 220829/2016 – pág. 32

116. Segundo argumenta a representante, a análise da exigência prevista no item 4.1.1.3 do Edital deverá ser cumulada ao disposto no Anexo XIV do Edital, que a concessionária deverá contratar seguro de risco de engenharia para serviços desta natureza, incluindo as coberturas para proteção dos riscos inerentes à execução de obras e das substituições de luminárias e demais equipamentos, no valor de 100% (cem por cento) do valor dos investimentos, conforme PLANO DE NEGÓCIOS apresentado pela CONCESSIONÁRIA em sua Proposta Comercial.

Os seguros a serem contratados são os seguintes:

1) Durante a execução das atividades previstas no plano de modernização, a Concessionária deverá contratar seguro de risco de engenharia para serviços desta natureza, incluindo as coberturas para proteção dos riscos inerentes à execução de obras e das substituições de luminárias e demais equipamentos, devendo sua vigência equivaler ao prazo de execução do serviço, cobrindo a Concessionária por danos materiais.

Tal seguro deve ser no valor de 100% (cem por cento) do valor dos investimentos, conforme PLANO DE NEGÓCIOS apresentado pela CONCESSIONÁRIA em sua Proposta Comercial. Deverão constar na apólice as seguintes coberturas adicionais:

- (i) Descumprimento dos cronogramas físicos;
- (ii) Erro de Projeto;
- (iii) Riscos do Fabricante;
- (iv) Despesas de salvamento e contenção de sinistros;
- (v) Maquinaria e equipamento;
- (vi) Danos patrimoniais;
- (vii) Avaria de máquinas;
- (viii) Despesas Extraordinárias representando um limite de 10% (dez por cento) da cobertura básica;

Fonte: Malote Digital – Doc. 220829/2016 – pág. 215





117. Muito embora o Anexo XIV do Edital especifique que a contratação do seguro abrangerá risco de engenharia no valor de 100% (cem por cento) do valor dos investimentos do contrato, a exigência contida no item 4.1.1.3 do do Edital é expressa em tratar-se de declaração da seguradora quanto a “viabilidade da contratação do seguro em consonância com as Diretrizes constantes do Anexo XIV (...)”.

118. Analisando os documentos apresentados pela representante na peça de aditamento à inicial²⁰, é possível observar que cumprindo a exigência requerida no Edital, o Consórcio Cuiabá Luz apresentou endosso nº 04-0775-01-4000051²¹ à Apólice de Seguro Garantia nº 04-0775-01-0137957²², no qual consta como cláusula particular a declaração da segurador no seguinte sentido:

Endosso de seguro da Pottencial Seguradora. O documento contém o logotipo da seguradora e informações sobre a apólice endossada (04-0775-01-0137957) e a proposta (321.507). A cláusula particular da Prefeitura Municipal de Cuiabá declara a viabilidade da contratação do seguro em consonância com as diretrizes do Anexo XIV, sob pena de responsabilidade. As condições do seguro são detalhadas em dois itens: (I) conhecimento e aceitação dos termos do Edital e (II) consideração da celebração do contrato de seguro para cobrir as obrigações da futura concessionária.

Fonte: Malote Digital – Doc. 130290/2017 – pág. 25

119. Com efeito, é forçoso reconhecer que no momento da licitação bastaria a declaração da empresa seguradora quanto viabilidade da contratação do seguro em consonância com as diretrizes do Anexo XIV, pois diversamente da garantia da proposta ou da garantia do contrato, os seguros previstos no Anexo XIV serão contratados pela Concessionária para cobrir seu investimento em uma propriedade que esteja sob

²⁰ Documento Externo – Doc. 130140/2017.

²¹ Malote Digital – Doc. 130290/2017 – pág. 24

²² Malote Digital – Doc. 130287/2017 – pág. 17





construção²³, o que indiretamente poderia afetar o cumprimento das metas de execução contratual.

120. Esclarecendo melhor, a garantia da proposta, exigida na fase de habilitação de todos os licitantes, possui como objetivo principal medir a qualificação econômico-financeira dos licitantes no momento da apresentação dos documentos habilitatório, afastar possíveis “aventureiros” e induzir responsabilidade nos compromissos ajustados, que no presente caso foi realizada e apresentada na forma de seguro-garantia por meio da Apólise de Seguro Garantia nº 04-0775-01-0137957²⁴, endossada pela Apólise nº 04-0775-01-4000051²⁵, no valor de 1% (um por cento) do contrato, nos termos do art. 31, III, da Lei nº 8.666/93 e item 2.8.1 do Edital.

121. Já a garantia do contrato destina-se a assegurar à Administração Pública o pleno cumprimento do contrato, que no caso dos autos deverá ser prestada pela Concessionária em até 02 (dois) dias úteis da data da assinatura do Contrato, no valor equivalente à 8% (oito por cento) do valor contratado até o 3º (terceiro) ano da concessão e 4% (quatro por cento) do valor contratado a partir do 4º (quarto) ano da concessão, conforme art. 56, § 3º da Lei nº 8.666/93 e item 6.3.1 do Edital.

122. Veja-se que ambas as garantias não se confundem, pois cada qual possui finalidade específica, no entanto, visam resguardar a satisfação do interesse público tutelado com a realização do processo de contratação pública.

123. De outro modo, mas não menos importante, o seguro para a cobertura de riscos de engenharia é uma garantia que, a princípio, assegura o empreiteiro contra danos que podem ocorrer no processo de construção. Em verdade, reveste-se como uma transferência de riscos do empreendimento, com vistas a minimizar eventuais perdas ocorridas durante a execução da obra.

124. Nesse contexto, a exigência da contratação de tal seguro ainda na fase licitatória imputaria encargo desnecessário aos licitantes, que invariavelmente seria

²³http://www.tudosobreseguros.org.br/portal/pagina.php?l=509#porque_contratar

²⁴ Malote Digital – Doc. 130287/2017 – pág. 17

²⁵ Malote Digital – Doc. 130290/2017 – pág. 24





incluso na preço final do contrato, posto que sua vigência deveria estar adstrita ao prazo de execução da obra, conforme extrai-se do Anexo XIV do Edital:

Os seguros a serem contratados são os seguintes:

1) **Durante a execução das atividades previstas no plano de modernização**, a Concessionária deverá contratar seguro de risco de engenharia para serviços desta natureza, incluindo as coberturas para proteção dos riscos inerentes à execução de obras e das substituições de luminárias e demais equipamentos, devendo sua vigência equivaler ao prazo de execução do serviço, cobrindo a Concessionária por danos materiais. **(grifos nossos)**

125. Feitas tais considerações, é forçoso reconhecer que a declaração da empresa seguradora, constante no endosso à Apólice nº 04-0775-01-4000051²⁶, cumpre a exigência prevista no item 4.1.1.3 do Edital, motivo pelo qual o **Ministério Público de Contas** manifesta-se pela **improcedência** da presente irregularidade.

3. CONCLUSÃO

126. Diante do exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**, no uso de suas atribuições constitucionais de defesa da ordem jurídica, da democracia e do interesse público, com esboço nos artigos 127 e 130 da Constituição da República, **manifesta-se:**

a) pelo **conhecimento da Representação de Natureza Externa**, uma vez que foram atendidos todos os pressupostos de admissibilidade elencados no art. 218 do Regimento Interno do TCE/MT;

b) pela **parcial procedência da representação externa**, tendo em vista a permanência de graves falhas na publicidade dos atos decorrentes do procedimento de Concorrência Pública nº 001/2016 e, a consequente, restrição à competitividade de certame;

²⁶ Malote Digital – Doc. 130290/2017 – pág. 24





c) pela **aplicação de multa** ao **Sr. José Roberto Stopa**, Secretário Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá, em razão da prática de atos com grave infração à norma legal, ante a ocorrência da irregularidade presente no item 1, nos termos do art. 75, III, da Lei Orgânica deste Tribunal c/c art. 289, II, do Regimento Interno e art. 2º, II e VII, da Resolução nº 17/16;

d) pela **determinação à Prefeitura Municipal de Cuiabá**, com fundamento no art. 71, IX, da Constituição Federal c/c e no art. 1º, XI, da Lei Orgânica do TCE/MT, **para que adote, no prazo de 15 (quinze) dias, as providências necessárias à anulação do procedimento de Concorrência Pública nº 001/2016 e, consequentemente, do Contrato de Concessão nº 755/2016**, diante da violação insanável ao art. 21, II e III, da Lei nº 8.666/93, art. 10, IV, da Lei nº 11.079/2004 e Lei nº 12.527/11, ocasionando, inquestionavelmente, desrespeito ao princípio da publicidade e da transparência na divulgação do respectivo edital de licitação do certame e, consequentemente, configurou restrição ao caráter competitivo do certame;

e) pela **determinação à Prefeitura Municipal de Cuiabá**, para que encaminhe a este Tribunal de Contas, **no prazo de 15 (quinze) dias**, os documentos que comprovem o cumprimento da determinação imposta.

É o parecer.

Ministério Público de Contas, Cuiabá, 28 de junho de 2018.

(assinatura digital)²⁷

GUSTAVO COELHO DESCHAMPS
Procurador de Contas

²⁷ Documento firmado por assinatura digital, baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006 e Resolução Normativa Nº 9/2012 do TCE/MT.

