



PROCESSOS	22.768-4/2016 (PRINCIPAL)	20.935-0/2017 (APENSA)
ASSUNTO	REPRESENTAÇÕES DE NATUREZA EXTERNA (CONCORRÊNCIA PÚBLICA 01/2016)	
REPRESENTANTES 22.768-4/2016	ENGELUZ ILUMINAÇÃO E ELETRICIDADE LTDA – Sócio Administrador: Rodson Luiz Lopes	
20.935-0/2017	MARCELO BUSSIKI - Vereador FELIPE TANAHASHI ALVES (Wellaton) - Vereador WILSON KERO KERO – Vereador	
ÓRGÃOS REPRESENTADOS	PREFEITURA MUNICIPAL DE CUIABÁ SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS URBANOS DE CUIABÁ	
RESPONSÁVEIS 22.768-4/2016	EMANUEL PINHEIRO – Prefeito JOSÉ ROBERTO STOPA – Secretário atual (desde 25/06/2013) CONSÓRCIO CUIABÁ LUZ S.A	
20.935-0/2017	EMANUEL PINHEIRO - Prefeito JOSÉ ROBERTO STOPA – Secretário	
TERCEIROS INTERESSADOS 22.768-4/2016	MUNICÍPIO DE CUIABÁ: NESTOR FERNANDES FIDÉLIS, Procurador Geral, OAB/MT 6.006 e DANIEL ZAMPIERI BARION, Procurador Municipal, OAB/MT 7.519	
20.935-0/2017	CONSÓRCIO CUIABÁ LUZ S.A: Denunciante (FM RODRIGUES E CIA LTDA, Rep. Leg.: Marcelo Souza de Camargo Rodrigues; COBRASIN BRASILEIRA DE SINALIZAÇÃO E CONST. LTDA, Rep. Leg.: Jayme Szyflinger; SATIVA ENGENHARIA LTDA, Rep. Leg.: Mario Cezar Santos Cardoso)	
ADVOGADOS DA REPRESENTANTE ENGELUZ	JOÃO GUILHERME DUDA – OAB/PR 42.473 CARLA SALVADOR – OAB/MT 15.785 MURILO BARROS DA SILVA FREIRE – OAB/MT 8.942	
ADVOGADOS DO CONSÓRCIO CUIABÁ LUZ S.A.	MAURICÍO MAGALHÃES FARIA JÚNIOR - OAB/MT 9.839 MAURICÍO MAGALHÃES FARIA NETO - OAB/MT 15.436 JOÃO VITOR SCEDRYZK – OAB/MT 15.429 NÁDIA RIBEIRO DE FREITAS– OAB/MT 18.069	
ADVOGADAS MUNICÍPIO CUIABÁ	JULIETTE CALDAS MIGUEIS – Procuradora Geral Adjunta GEORGIA FAJURI GEBARA- OAB/MT 22.505	
RELATORA	CONSELHEIRA INTERINA JAQUELINE JACOBSEN MARQUES	

### RAZÕES DO VOTO

43. Preliminarmente, faz-se importante explicar que este processo traz **duas matérias**: o **mérito** da Representação de Natureza Externa **Principal 22.768-4/2016** e o **mérito** da Representação de Natureza Externa **Apensa 20.935-0/2017**.



## 1) DA ADMISSIBILIDADE

44. De início constato que, as **Representações Externas** acostadas nestes autos, cumprem com todos os requisitos regimentais necessários as suas **admissibilidades** e, por conseguinte, ao respectivo conhecimento das matérias.

45. À vista disso, em relação à **Representação de Natureza Externa Principal** (22.768-4/2016), **ratifico** o seu conhecimento com fundamento no artigo 224, I, "c", RITCE/MT e nos artigos 89, IV e 219, ambos da Resolução Normativa 14/2007-TP (Doc. Digital 26560/2018).

46. Com igualdade, **ratifico** o conhecimento da **Representação de Natureza Externa Apensa** (20.935-0/2017), em conformidade com o artigo 224, I, "a" da Resolução Normativa TCE-MT 14/2007, bem como com o artigo 46 da Lei Complementar 269/2007 (Doc. Digital 65587/2018).

## 2) DA CONEXÃO

47. Não há dúvida da existência de conexão entre os **Processos 22.768-4/2016 e 20.935-0/2017**, respectivamente, assistindo razão ao Ministério Público de Contas, ao sugerir, em seu Parecer 2.193/2018 (Doc. Digital 119539/2018), o apensamento dos autos, em razão da identidade na causa de pedir, ou seja, ocorrência de possíveis irregularidades detectadas na execução ou em decorrência da anulação da Concorrência Pública 01/2016, processada pela Prefeitura Municipal e pela Secretaria Municipal de Serviços Urbanos, ambas de Cuiabá.

48. Desse modo, por meio de despacho, **procedi** o apensamento das Representações Externas em epígrafe, mesmo porque ambas são de minha relatoria e as irregularidades, alegadas na **Principal**, refletiram consequências no manifestado abuso de autoridade, noticiado na Representação **Apensa** (Doc. Digital 123709/2018).

49. Apesar de o regimento interno deste Tribunal não tratar do instituto da conexão, aplica-se subsidiariamente o artigo 55, § 3º, do Novo Código de Processo Civil (artigo 62, da LC 269/2007 e artigo 144, ambos do RITCE/MT), que assim estabelece:

**Art. 55 - Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.**  
(...);



**§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles. Grifei.**

50. Assim, na minha compreensão, a prolação de decisão una é medida que atende ao princípio da celeridade processual, sendo certo, também, que a análise em conjunto evitará o risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias.

### 3) DO MÉRITO

51. O **mérito** das Representações, como sobredito, consiste na existência de possíveis irregularidades detectadas na execução ou em decorrência da anulação da Concorrência Pública 01/2016, processada pela Prefeitura Municipal e pela Secretaria Municipal de Serviços Urbanos, ambas de Cuiabá.

52. Nesse contexto, conforme já evidenciei no Relatório deste Processo, **reafirmo** que, acerca do requerimento do *Parquet* para **apensar esta Representação ao Processo 3.500-9/2016**, não foi possível, em razão de que este já foi sentenciado e, encontra-se em grau de Recurso Ordinário, proposto pelo próprio Ministério Público de Contas, pendente de julgamento. Desse modo, a **competência recursal** do Relator Conselheiro Interino Luiz Carlos Pereira (RNE 3.500-9/2016), não se confunde com a minha **competência originária**, para apreciar e julgar às Representações acima descritas, conforme **decisões exaradas pelo Tribunal Pleno** e pela **Presidência** deste Tribunal, em ambos os feitos (Doc. Digitais 187712/2017, 277599/2017 e 281461/2017 – RNE 22.768-4/2016; Doc. Digital 46142/2018 – RNE 20.935-0/2017).

53. Sendo assim, por razões didáticas, objetivando facilitar a compreensão dos autos, passo à análise, ponto a ponto, de cada Representação a seguir destacada, conforme os argumentos e documentos apresentados por cada Representante (s) e parte (s) interessada (s) nos processos.

#### 3.1) REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA PRINCIPAL: 22.768-4/2016

##### 3.1.1) PRELIMINAR: MANIFESTAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CUIABÁ – INSERÇÃO NA LIDE - QUALIDADE DE TERCEIRO INTERESSADO.

54. Antes de adentrar ao mérito desta Representação, oportuno esclarecer que, em razão de manifestação apresentada pelo **Município de Cuiabá**, subscrito pelo Procurador Dr.



Daniel Zampieri Barione, conforme consta do Protocolo 124907/2018 (Doc. Digital 41174/2018), **determinei**, mediante decisão, a sua inserção como **terceiro interessado**, nos termos do artigo 119 do NCPC (Doc. Digital 43846/2018).

### **3.1.2) DA MEDIDA CAUTELAR – IMEDIATA SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA 01/2016.**

55. A Empresa Representante, **Engeluz Iluminação e Eletricidade Ltda.**, apontou a ocorrência de várias irregularidades na execução da Concorrência Pública 01/2016 (Processo Administrativo 60.793/2014), concernente à Concessão do Sistema de Iluminação Pública do município de Cuiabá, realizada pela Prefeitura Municipal em conjunto com a Secretaria Municipal de Serviços Urbanos.

56. De acordo com os fatos narrados na inicial e na emenda correspondente (Doc. Digitais 220802/2016 e 232883/2016), as irregularidades referem-se, especialmente, à violação à publicidade do certame; inobservância do meio utilizado para o aviso de licitação ser divulgado; inobservância do prazo legal mínimo exigido entre a publicação do aviso da licitação e do recebimento das propostas; conseqüentemente, violações: ao princípio da transparência, ao caráter competitivo do certame e à seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

57. Assim, de início, a Representante requereu **medida cautelar** visando à imediata suspensão da concorrência em comento, para que a Prefeitura de Cuiabá reabrisse o prazo de apresentação das propostas e, posteriormente, com o **aditamento da inicial**, requereu a nulidade do processo licitatório, em razão de que a Administração Pública já havia concluído o certame, tendo adjudicado o objeto em favor do Consórcio Cuiabá Luz S.A., sem a prévia publicação da data de reabertura da sessão pública, persistindo na violação à publicidade.

58. Nos termos do **Julgamento Singular 114/JJM/2018** e, em sede de análise superficial, própria desta fase processual, **indeferi a medida cautelar**, em razão da ausência de perigo de dano e, cumulativamente, da inexistência do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que, já havia uma **decisão homologada** pelo plenário deste Tribunal de Contas (Acórdão 42/2017-TP, Acórdão 190/2017-TP, RNE 3.500-9/2016, Rel. Cons. Int. Luiz Carlos Pereira), a qual atingiu satisfatoriamente o pedido cautelar desejado pela Representante nestes autos (Doc. Digital 26560/2018).



59. Por consequência, **acolhi** a diligência ministerial e incluí no polo passivo desta Representação, a Prefeitura Municipal de Cuiabá, a Secretaria Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá e o Consórcio Cuiabá Luz S.A. Por fim, em cumprimento ao devido processo legal, prossegui a instrução dos autos, inclusive garantindo o contraditório e a ampla defesa.

### 3.1.3) DAS IRREGULARIDADES DETECTADAS PELA EQUIPE TÉCNICA

60. A **SECEX**, em seus Relatórios Técnicos Preliminares (1º: Doc. Digital 14279/2017 e 2º: Doc. Digital 224851/2017) e, diante da análise técnica realizada nos fatos e nos documentos apresentados pela Representante, detectou a existência de **3 irregularidades**, sendo **2** provenientes do **pedido inicial** e **1** resultante do **aditamento da inicial**.

61. De acordo com o relatório de defesa emitido, a **Equipe Técnica** considerou a ocorrência de **2 supostos achados**, quais sejam: **a) Achado 1:** a Prefeitura de Cuiabá e a SMSU, publicaram o Aviso de Licitação no DOC-TCE/MT e no Jornal da Associação dos Municípios de Mato Grosso, em desacordo com a exigência do artigo 21, II, da Lei de Licitações e, **b) Achado 2:** Inobservância, pela Prefeitura de Cuiabá e SMSU, do prazo exigido em lei, entre a publicação do aviso de licitação e a data de sessão pública para recebimento das propostas (artigo 21, §2º, II, "a" e § 3º, da Lei 8.666/93).

62. Já, em relação ao **aditamento à inicial** (Doc. Digital 130140/2017), realizado pela Representante, para que seja reconhecida a nulidade do certame, a **SECEX** pontuou que o **último Achado (3)** supostamente detectado, sobreveio em razão de que: as autoridades públicas concluíram o processo licitatório, adjudicaram o objeto em favor da licitante vencedora, sem contudo, realizar a prévia publicação da data de reabertura da sessão pública para recebimento da proposta técnica.

63. Desse modo, todas as **3 irregularidades** supracitadas foram classificadas pela SECEX (Doc. Digital 93162/2018), com o código a seguir informado:

- **GB13. Licitação. Grave: Ocorrência de irregularidades nos procedimentos licitatórios, consistente na violação do art. 21, § 2º, inciso I, alínea "b"; art. 21, § 4º e art. 3º c/c ao art. 41 da Lei 8.666/1993.**

64. **Ratifico** que os Responsáveis, devidamente citados, apresentaram suas defesas sendo o **Consórcio Cuiabá Luz S. A.**, mediante Doc. Digital 52247/2018; o **Município de**



**Cuiabá**, pelo Doc. Digital 52988/2018; e, **Defesa conjunta** do **Prefeito Municipal** e do **Secretário de Serviços Urbanos**, ambos de Cuiabá, conforme Doc. Digital 60723/2018.

65. Ressalto que, o **Município de Cuiabá**, na qualidade de terceiro interessado, apresentou justificativas acerca das irregularidades descritas nos Relatórios da SECEX, por meio da Procuradoria Geral (Procurador Geral, Dr. Nestor Fernandes Fidélis - OAB/MT 6.006 e Procurador, Dr. Daniel Zampieri Barino - OAB/MT 7.519) e, posteriormente, foi apresentada defesa conjunta pelos Responsáveis, Senhores **Emanuel Pinheiro** e **José Roberto Stopa** (Secretário da SMSU desde 25/06/2013), Prefeito e Secretário Municipal, ambos do município de Cuiabá.

66. Assim, convém esclarecer que, tanto a defesa apresentada pelo município de Cuiabá, quanto a exibida pela Prefeitura, em conjunto com a Secretaria Municipal de Serviços Urbanos, possuem as mesmas justificativas, razão pela qual analisarei-as em conjunto.

67. Consequentemente, passo à análise de cada uma das irregularidades, por tópicos, a seguir destacadas, sob o crivo dos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade:

#### **3.1.4) DAS IRREGULARIDADES RELACIONADAS A PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO DECORRER DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA 01/2016**

**Irregularidade 1:** Publicação do Edital da licitação no Diário Oficial de Contas - DOC/TCE-MT 782 e no Jornal Oficial Eletrônico dos Municípios de Mato Grosso 2.388, em detrimento à publicação no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso – DOE/MT, em desacordo com o artigo 21, da Lei 8.666/93.

**Responsáveis:** Senhores **Emanuel Pinheiro** e **José Roberto Stopa** (Secretário da SMSU desde 25/06/2013), Prefeito e Secretário Municipal, ambos do município de Cuiabá.

68. Pois bem, no que tange à apuração de responsabilidade do Senhor **Emanuel Pinheiro**, atual Prefeito de Cuiabá, como um dos Responsáveis pelas irregularidades em referência, verifico que conforme consta dos autos, a Concorrência Pública 01/2016 se deu na gestão do ex-Prefeito de Cuiabá, Senhor Mauro Mendes (mandato: 1º/01/2013 – 1º/01/2017).

69. Desse modo, não antevejo, **nos apontamentos 1 e 3**, culpabilidade do atual Gestor Senhor **Emanuel Pinheiro**, uma vez que não participou da licitação supracitada e não assinou o Contrato de Concessão Administrativa 755/2016, com o vencedor Consórcio Cuiabá Luz S.A.



70. Por outro lado, consta nos autos que o Secretário Municipal de Serviços Urbanos, Senhor **José Roberto Stopa** (Secretário da pasta desde 25/06/2013), já na gestão do atual Prefeito de Cuiabá, além de ter participado ativamente do certame, desde o início, continuou com os procedimentos administrativos decorrentes, inclusive adjudicou e homologou o objeto à vencedora, bem como assinou o contrato correspondente (fls. 50 e 51/101, Doc. Digital 214538/2017-Processo 20.935-0/2017), mesmo porque a Secretaria em referência foi o órgão solicitante para a realização da Concorrência Pública 01/2016.

71. Contudo, o exame da culpabilidade do Senhor **Emanuel Pinheiro** deverá ficar restrito à fase posterior à assinatura do Contrato de Concessão 755/2016, celebrado no dia 20/12/2016.

72. Nesse sentido, destaco o entendimento do Supremo Tribunal Federal, com a aplicação do **princípio da intranscendência subjetiva das sanções**:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONSTITUCIONAL. **ADMINISTRATIVO. FINANCEIRO.** TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. INSCRIÇÃO DE ESTADO-MEMBRO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. ATOS DECORRENTES DE GESTÕES ANTERIORES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA SUBJETIVA DAS SANÇÕES. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO COLEGIADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. O princípio da intranscendência subjetiva das sanções, consagrado pela Corte Suprema, inibe a aplicação de severas sanções às administrações por ato de gestão anterior à assunção dos deveres Públicos.** Precedentes: ACO 1.848-AgR, rel. Min. Celso Mello, Tribunal Pleno, DJe de 6/11/2014; ACO 1.612-AgR, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 12/02/2015. **2. É que, em casos como o presente, o propósito é de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade.** **3. A tomada de contas especial é medida de rigor com o ensejo de alcançar-se o reconhecimento definitivo de irregularidades, permitindo-se, só então, a inscrição do ente nos cadastros de restrição ao crédito organizados e mantidos pela União.** Precedentes: ACO 1.848-AgR, rel. Min. Celso Mello, Tribunal Pleno, DJe de 6/11/2014; AC 2.032, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 20/03/2009. **4. Agravo regimental a que se nega provimento.** (ACO 1393 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-126 DIVULG 29-06-2015 PUBLIC 30-06-2015) Grifei.

73. À vista disso, pela **irregularidade 1**, a **Representante** informou que a Concorrência Pública 01/2016 não atendeu as exigências da Lei 8.666/1993, em especial ao



artigo 21, uma vez que, a Prefeitura e o órgão licitante publicaram o Edital do processo licitatório apenas no Diário Oficial de Contas/TCE-MT e no Jornal Oficial Eletrônico dos Municípios de Mato Grosso, em detrimento à publicação perante o Diário Oficial do Estado de Mato Grosso, ou seja, junto à Imprensa Oficial do Estado de Mato Grosso – IOMAT/DOE.

74. A **SECEX**, de início, ao analisar a presente **irregularidade 1**, considerou que o Diário Oficial de Contas é instrumento de comunicação oficial de divulgação e de publicação tanto deste Tribunal, quanto das unidades fiscalizadas, sendo improcedente o presente apontamento por ausência de publicação, pela Prefeitura de Cuiabá e pela SMSU, do Edital de aviso de abertura do certame e demais atos no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso (1º: Doc. Digital 14279/2017).

75. Posteriormente, informou a ocorrência de **fato superveniente**, ou seja, o Prefeito Municipal de Cuiabá anulou a Concorrência Pública 01/2016 em questão, via **Decreto 6.286**, de 08 de junho de 2017, publicado no DOE-TCE/MT 1131, em 12/6/2017. Portanto, sugeriu o arquivamento desta Representação sem resolução de mérito, em razão da perda de objeto (2º: Doc. Digital 224851/2017).

76. O **Consórcio Cuiabá Luz**, em sede de defesa, sustentou que tal questionamento da Empresa Engeluz não prospera pois, entende que a Lei Complementar 475/2012, que instituiu o Diário Oficial Eletrônico de Contas do Estado de Mato Grosso, no âmbito deste Tribunal, prevê expressamente que a utilização desse meio substitui qualquer outra publicação.

77. Os defendentes, Senhores **Emanuel Pinheiro** e **José Roberto Stopa**, apresentaram as mesmas argumentações, ou seja, que nos termos do artigo 4º, § 2º, da Lei Complementar 475/2012, há a possibilidade da substituição do Diário Oficial do Estado-MT, pelo Diário Oficial de Contas-TCE/MT, para qualquer efeito legal.

78. Remetidos os autos ao **Ministério Público de Contas**, o Procurador Gustavo Coelho Deschamps converteu a emissão de parecer no Pedido de Diligência 42/2017, pois divergiu em parte com o posicionamento da SECEX, uma vez que, parte dos fatos relatados pela Representante demonstraram consistentes indícios de irregularidades que maculam os princípios da ampla concorrência e da publicidade, inerentes ao certame em referência.



79. A **SECEX**, em sede de **Relatório Técnico de Defesa** (Doc. Digital 93162/2018), reexaminou o presente achado e considerou improcedente a justificativa apresentada pelo Consórcio Cuiabá Luz S.A., uma vez que, nos termos do artigo 21 e incisos, da Lei de Licitações, as publicações no Diário Oficial do Estado e em jornal de grande circulação são sequenciais e não substitutivas.

80. Assim, reprovou a publicação do Edital de aviso de licitação e de outros atos realizada pela Prefeitura de Cuiabá e pela SMSU, somente no Diário Oficial de Contas em substituição ao Diário Oficial do Estado, pois, por aquele meio de divulgação, a validade envolve somente atos oficiais do próprio Tribunal de Contas, não sendo extensiva a terceiros (artigo 4º, §2º, da Lei Complementar 475/2012).

81. Portanto, a Equipe Auditora entendeu procedente a alegação da Representante que, de fato, houve violação ao princípio da legalidade e da publicidade e houve restrição à ampla competitividade, diante da complexidade (Concorrência Pública 01/2016) e do valor vultoso do objeto da presente concorrência pública (R\$ 752.250.000,00).

82. O **Ministério Público de Contas**, em seu **Parecer conclusivo 2.095/2018** (Doc. Digital 115047/2018), introdutoriamente mencionou que, apesar deste Tribunal de Contas possuir entendimento da possibilidade de substituição do DOE pelo DOC, com base na Resolução de Consulta 23/2013, esta não se aplica ao presente caso, a uma, porque inexistente lei municipal instituindo o Diário Oficial de Contas como veículo oficial de divulgação dos atos do município de Cuiabá; a duas, porque o artigo 21, da Lei de Licitações, ao se referir à publicação dos editais de licitação, na modalidade de concorrência, afastou o termo “imprensa oficial” para determinar expressamente a utilização do Diário Oficial do Estado como meio de publicação dos editais; e, a três porque a citada resolução não aborda a hipótese de aplicação da Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004).

83. Em seguida, corroborou com o entendimento conclusivo da SECEX e desconsiderou os argumentos apresentados pela defesa, em virtude de que a publicação do edital do certame, da forma realizada (DOC/TCE-MT em substituição DOE-MT), não atendeu na essência, os requisitos legais mínimos da transparência, vitais à devida publicação dos procedimentos licitatórios, em especial, diante da formação de Parceria Público-Privada de objeto tão singular, como é o presente caso.



84. O *Parquet* ressaltou que, as publicações realizadas por meio do Diário Oficial Eletrônico de Contas somente são válidas e eficazes para os atos processuais e administrativos do próprio Tribunal de Contas (artigo 1º, § 1º, da Lei Complementar 475/2012), em razão de que, não se pode permitir que este, por meio de lei complementar estadual, exija aos demais órgãos a publicação de seus atos no Diário Oficial de Contas, sob pena de ofensa ao princípio da harmonia e independência entre os poderes.

85. Informou, também, que a possibilidade ventilada na lei supracitada, dos órgãos fiscalizados utilizarem-se do DOC em substituição ao DOE, deve ser analisada 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.

86. Desse modo, o Ministério Público de Contas esclareceu a importância da referência simultânea da Lei de Licitações e da Lei 11.079/2004 (PPP) pois, estabelecem, além de algumas normas de cunho “específico”, normas de cunho “geral” as quais revelam, nestes pontos, a condição de “lei nacional” aplicável em todo o território, devendo ser de observância obrigatória a todos os entes federativos.

87. 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.

88. Nesse sentido, informou que o legislador, tanto no artigo 21, da Lei 8.666/93, quanto no artigo 10, VI, da Lei 11.079/2004 (PPP), visando assegurar a ampla publicidade dos atos licitatórios, em especial na modalidade aqui apresentada (PPP), estabeleceu instrumentos mínimos de publicidade dos atos licitatórios, quais sejam: o Diário Oficial do Estado (Lei 8.666/93); a imprensa oficial (Lei 11.079/2004); os jornais de grande circulação e a utilização de meios eletrônicos, todos eles cumulativos e obrigatórios.

89. Assim, o **Parquet de Contas** destacou a importância ao cumprimento do princípio constitucional da publicidade, visando garantir a seleção da proposta mais vantajosa ao município de Cuiabá, em virtude da magnitude de uma contratação de: *Parceria Público-*



*Privada, com prazo de vigência 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.*

90. Esclareceu, ainda, sobre o fato de que, os Responsáveis além de não realizarem a publicação do edital nos meios legalmente exigidos, **não divulgaram o edital em jornal de grande circulação**, tampouco em outros meios eletrônicos como *sites* especializados na divulgação de licitações, bem como, não realizou a 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, em flagrante violação ao artigo 10, VI da Lei 11.079/2004.

91. Consequentemente, relatou que o Gestor no dever de cuidado pela gestão pública, teria que ter adotado todos os procedimentos necessários ao fiel cumprimento do princípio constitucional da legalidade, o qual encontra-se plenamente vinculado, a fim de assegurar a lisura do certame, não se limitando ao cumprimento “pro forma”.

92. Dessa maneira, o **Ministério Público de Contas**, invocando o artigo 49 da Lei de Licitações e amparado em reiterada jurisprudência do Tribunal de Contas da União, **concluiu** pela manutenção das falhas ocorridas na publicação do certame com ausência de publicidade e de transparência, as quais ocasionaram restrição ao caráter competitivo da licitação, pela aplicação de **multa** ao Senhor **José Roberto Stopa**, Secretário Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá e pela **expedição de determinação legal** à atual gestão que, adote as medidas necessárias, com vistas a **anular a Concorrência Pública 01/2016**, semelhantemente, o **Contrato de Concessão 75/2016**, por flagrante ilegalidade.

93. No meu entendimento e, efetuando uma análise cuidadosa de todas as informações que instruem a presente Representação, é possível concluir que assiste razão as alegações da Representante acerca das irregularidades noticiadas, pois verifico de plano que, efetivamente, a concorrência em apreço, desde o seu início, esteve repleta de vícios, uma vez que foram menosprezados dispositivos legais e constitucionais e também princípios basilares que envolvem a Administração Pública.



94. Entre os princípios constitucionais insculpidos no artigo 37, *caput*, da CF/1988, destaca-se o princípio da publicidade, como um dos princípios basilares da Administração Pública, o qual visa dar maior transparência e efetividade aos atos administrativos e, mais especificamente, em relação às licitações, extinguir favoritismos, tráficos de influência e outras práticas que afrontam a moralidade e contribuem para a malversação do patrimônio público. Nesse sentido, ensina com maestria o doutrinador Mauro Roberto Gomes de Mattos, em sua obra *Licitações e seus princípios na Jurisprudência*, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 48, vejamos:

**A publicidade, portanto, passou a ser um dos elementos essenciais dos atos administrativos, tendo o condão de atribuir eficácia perante terceiros, além de manter o controle público pela comunidade.**

Como visto, foi no Brasil que o princípio da publicidade mereceu acolhida constitucional, sendo princípio assente no *caput* do art. 37, exatamente para **permitir que a sociedade fiscalize a transparência e retidão dos atos públicos.**

**Assim, transformou-se o princípio da publicidade como norma fundamental do procedimento moderno, oposto ao segredo inquisitorial que estabelece como suprema garantia da sociedade em geral, de averiguação da razoabilidade dos atos administrativos praticados.** Grifei.

95. Verifica-se, pois, que o princípio da publicidade enseja a realização do controle dos atos administrativos pela sociedade e contribui para efetivação dos demais princípios, tais como moralidade e impessoalidade.

96. A jurisprudência pátria tem sido firme, no sentido de perceber a publicidade como instrumento de controle social e não apenas como tramitação formal-burocrática, vejamos o presente entendimento no âmbito do TRF5, no Processo 9405352199, Juiz Relator Juiz Araken Mariz, Classe ac - Apelação Cível 63283,, UF: RN - Data da decisão: 15/08/1995, *DJ data: 08/09/1995, página 58946, in verbis:*

**EMENTA: 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 objetos de publicação no DOU transcende ao caráter de simples comunicação pessoal. Vai muito além,**



**dando ciência universal dos atos praticados pela Administração Pública, possibilitando e ampliando o controle do referido agir”. 4 – O fato de a autora ter se classificado em terceiro lugar no certame licitatório não retira dela a legitimidade de questionar o procedimento realizado, visto que, se constatadas as irregularidades do mesmo e a sua respectiva nulidade, outro deverá ser realizado, com nova chances a todos os licitantes, independentemente da classificação que tenha alcançado no procedimento invalidado. 5 – Apelação improvida. Grifei.**

97. A Lei 8.666/93 estabeleceu normas gerais sobre os procedimentos licitatórios, deixando o administrador público vinculado aos seus ditames. Nesse raciocínio, transcrevo o entendimento do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, Relator da ADI 2.716:

**A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso - o melhor negócio - e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. (...) Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração (...). Grifei.**

98. Desse modo, o princípio da publicidade se insere nesse meio como mais uma ferramenta na busca pela probidade administrativa e contribui para o alcance dos objetivos acima mencionados, em razão de que a ampla divulgação do processo licitatório possibilita o acesso comum de todos os interessados em participar e, conseqüentemente, contribui para aumentar o universo de propostas.

99. Ainda, nos ensinamentos do doutrinador português Luís Filipe Colaço Antunes (1990, *apud* AMARAL<sup>1</sup>, 2007, p. 19), o princípio da publicidade está intimamente ligado à viabilização do controle popular sobre os atos da administração pública e ao conceito de transparência administrativa e pode ser entendida como uma verdadeira “casa de vidro”, perfeitamente observável pelas partes envolvidas no certame, como por toda a sociedade:

**A transparência designa inicialmente a propriedade de um corpo que se deixa atravessar pela luz e permite distinguir, através da espessura, os objectos que**

<sup>1</sup>AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação e contratos administrativos: estudos, pareceres e comentários*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.



se encontram por detrás. Falar neste sentido de transparência administrativa significa que, por detrás do envelope formal da instituição, se perfilam relações concretas entre indivíduos, entre grupos, que o observador exterior está em condições de compreender. Mas a transparência é susceptível de gradação: um corpo pode ser realmente **transparente**, isto é, **límpido**, pondo a nu com nitidez os objectos que ele cobre, ou apenas **translúcido** se não permite distinguir com nitidez os objectos, ainda que seja permeável à luz; ou ainda **diáfano** se a luz que ele deixa filtrar não permite distinguir as formas dos objectos. É perceptível então, que opacidade e transparência não se excluem pura e simplesmente, antes existem entre eles graus, mediações, ou mais exactamente que se combinam segundo uma mistura variável. Grifei.

100. Portanto, na minha compreensão, a publicação, como instrumento da publicidade, não deve ser realizada como mero requisito formal para aperfeiçoamento do procedimento licitatório, mas, sobretudo, deve se revestir de conteúdo e alcance capazes de verdadeiramente noticiar a ocorrência do certame e proporcionar o seu amplo acesso aos interessados. Assim, o anúncio inicial da licitação e das informações necessárias para participação no procedimento é ponto fundamental para o bom andamento do processo.

101. Acerca da publicidade dos avisos de licitação, o legislador, no **artigo 21 da Lei de Licitações**, disciplinou com riqueza de detalhes as exigências lá dispostas, as quais transcrevo abaixo:

**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 federais ou garantidas 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.

§ 1º O aviso publicado conterà a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para:

a) concurso;



**b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";**

II - trinta dias para:

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior;

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

III - quinze dias para tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão;

IV - cinco dias úteis para convite.

§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.

§ 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 formulação das propostas. Grifei.

102. A princípio, da análise do dispositivo supracitado, extrai-se um dever legal para que o órgão licitante promova a publicação do aviso do instrumento convocatório no **Diário Oficial do Estado** e em **Jornal diário de grande circulação no Estado** e, ainda, caso haja, em **Jornal de circulação no Município** onde será realizado o objeto da licitação.

103. Assim, a disciplina do artigo acima transcrito, se reveste de importância ímpar para a efetividade dos princípios que regem a Administração Pública. Nesse sentido, reforça a essencialidade da transparência dos atos administrativos para o alcance de uma Administração proba e eficiente. Vejamos as sábias palavras de Colaço Antunes (1990, apud AMARAL, 2007, p. 19): "**Uma Administração opaca infantiliza, uma Administração transparente esclarece e tranquiliza**". Grifei.

104. Portanto, na minha compreensão, as falhas na divulgação do edital constituem uma limitação à participação dos interessados e podem gerar a declaração de nulidade de todo o procedimento licitatório, em especial na presente modalidade da Concorrência Pública 01/2016, a qual possui como objeto licitado, o Parque de iluminação Pública do município de Cuiabá, que atrai o interesse de várias empresas sediadas em todo o território nacional, com vistas à ampla competição e a seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

105. No presente caso, trata-se de licitação na modalidade Concorrência Pública, destinada à contratação de Parceria Público-Privada, por meio de concessão administrativa, com prazo de vigência de 30 anos, de valor estimado em R\$ 752.250.000,00, isto é, de



**grande vulto**, regida pela Lei Geral de Licitações, pela Lei Geral Parceria Público-Privada 11.079/2004 e pela Lei de Concessões Públicas 8.987/1995, as quais exigem a estrita observância ao princípio da publicidade e da transparência.

106. Assim, referida modalidade é adequada para contratações de grande vulto ou quando, independentemente do valor, objetiva-se a contratação para adquirir ou alienar bens imóveis, para licitações internacionais e para concessões de direito real de uso. Ressalto, ainda, que esta modalidade apresenta **maior rigor formal e exigência de divulgação por prazo mais extenso** entre seus procedimentos, comparado com as demais.

107. Necessária a definição de **grande vulto**, conforme ensinamento do nobre doutrinador Ronny Charles Lopes Torres, em sua Obra *Leis de Licitações Públicas Comentadas*, 9ª ed., Ed. JusPODIVM, 2018, p.111:

#### 2.1.4 GRANDE VULTO

**Tal delimitação serve para criar um parâmetro objetivo, o legislador mostra sua preocupação com as maiores contratações, que sofrerão regras específicas. A disposição de algumas das modalidades licitatórias em função da significância pecuniária, reservando aquelas caracterizadas por menor informalidade aos contratos de valor reduzido, já demonstra a necessidade de maior rigor no procedimento que envolva gastos ao erário. Grifei.**

108. Dessa forma, os artigos 10, VI, 11 e 12, todos da Lei 11.079/2004-PPP c/c o artigo 14, da Lei 8.987/1995-Concessões Públicas, estabelecem como se dará a publicação nessa formatação de licitação, a saber:

- Lei 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:** Grifei.

(...)

**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 Grifei.**

(...)

**Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará,**



no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: Grifei.

(...)

**Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte: Grifei.**

- Lei 8.987/1995:

**Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. Grifei.**

109. O *Parquet* apontou, também, a ausência de publicação pela Prefeitura e órgão licitante, 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 (artigo 10, VI, da Lei 11.079/2004).

110. O artigo em referência é certo ao expressar que, a publicação dos documentos necessários à validade dos demais procedimentos do certame, a serem desenvolvidos pelo órgão licitante, em especial na forma de PPP, está **condicionada à divulgação pela imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico**, isto é, todos **cumulativamente**, visando ampliar a área de competição das empresas interessadas e cumprindo com os princípios constitucionais basilares que regem toda a Administração Pública.

111. Quanto ao conceito de jornais de grande circulação, o **Tribunal de Contas da União** (Decisão 233/1996 – 1ª Câmara), já considerou irregular a publicação dos avisos em jornal que não atende aos requisitos estabelecidos no artigo 21, III, da Lei de Licitações, por não circular todos os dias da semana e também por sua circulação sequer contemplar a Capital, sede do órgão licitador. Observo que o TCU não veda a publicação em jornal de circulação local, pelo contrário, esta é obrigatória para os municípios que possuam o veículo, no entanto, **caso o jornal não seja diário e de grande circulação**, por si só, aquela publicação não satisfará os anseios de publicidade contidos na lei em referência, em especial diante de uma concorrência pública de grande vulto contemplada com modal de PPP.

112. E, também:



**Irregularidades em contratações: 1 - Publicação do edital em jornal de grande circulação no Município e não no Estado**

Em sede de tomada de contas especial, instaurada em virtude da constatação de irregularidades na utilização de recursos transferidos pela Caixa Econômica Federal ao Município de Imperatriz/MA, por força de contrato de repasse – celebrado com a finalidade de estabelecer melhoria na infraestrutura viária de acesso e mobilidade dos serviços de transporte coletivo urbano, através de drenagem pluvial superficial e profunda, e pavimentação no município –, a unidade técnica promoveu a audiência dos ex-membros da comissão permanente de licitação (CPL) da prefeitura, em razão de alguns fatos, destacando-se: a) “ausência de publicação, pelo menos uma vez, de edital de obra pública financiada com recursos federais, ou do(s) aviso(s) de adiamento da data/hora da sessão originalmente fixada nesse edital, no Diário Oficial da União (DOU)”; b) “ausência de publicação, pelo menos uma vez, do edital de licitação em jornal de grande circulação no Estado”. Os responsáveis demonstraram que o edital da Tomada de Preços n.º 13/2001-CPL foi publicado no Diário Oficial do Estado do Maranhão e no jornal ‘O Progresso’. Para a unidade técnica, não teria havido, de fato, publicação no Diário Oficial da União, conforme determina o art. 21, I, da Lei de Licitações. Além disso, o jornal ‘O Progresso’, apesar de circular na capital maranhense, não é um jornal de grande expressão ou de grande circulação no Maranhão, ainda que se possa admitir que o veículo é um jornal de grande circulação no município. Considerando que uma única licitante compareceu à sessão de abertura e julgamento da TP n.º 013/2001, o relator reconheceu que o baixo nível de interesse “tem relação com a falta de publicação do edital em jornal de grande circulação no Estado e no próprio Diário Oficial da União, único veículo que, dentre os exigidos na Lei, tem circulação em todo o território nacional”. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu julgar as contas irregulares e aplicar multa aos ex-membros da CPL. (Acórdão n.º 4016/2010-2ª Câmara, TC-003.215/2007-5, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 27.07.2010). Grifei.

113. Contribuindo para o tema, segue entendimento do Tribunal de Justiça da Bahia, *in verbis*:

**EMENTA:** A validade da licitação está adstrita a sua ampla divulgação, e sua insuficiência constitui indevida restrição à participação dos interessados, o que vicia a regularidade de todo o procedimento licitatório. Noutro giro, reza o Decreto Federal n.º 3.555/2000, em seu artigo 11, inciso I, alínea c que, para bens e serviços de valores estimados superiores a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), a publicação deve ser feita no DOU, em meio eletrônico – Internet e, também, em jornal de grande circulação regional ou nacional. Na presente hipótese, o contrato administrativo n.º 31/2017 (fls. 377/383), em sua cláusula segunda, pactuou em R\$ 1.366.000,00 (um milhão, trezentos e sessenta e seis mil reais) o valor total, a ser pago a empresa vencedora TEAM GESTÃO DE SERVIÇOS DE SEGURANÇA LTDA-ME pela Câmara Municipal de Camaçari. De todo o modo, em que pese o Decreto Municipal (fls. 341/349), não exigir a publicação em jornal de grande



**circulação em seu art. 11, prudente e legal seria o atendimento à regra adotada no Decreto Federal nº 355/2000. Impede ressaltara, a propósito, o quanto destacado pelo Procurador de Justiça, em seu parecer de fls. 658/661: “A publicidade nos procedimentos licitatórios é de relevante interesse tanto para os concorrentes, pois estes terão certeza de que a competitividade restará garantida, para a seleção da proposta mais vantajosa”. CONHECIDO E IMPROVIDO O RECURSO. (Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo 0006987-47.2017.8.05.0000, Relator: Roberto Maynard Frank, Quarta Câmara Cível (TJ-BA), Publicado em 23/11/2017). Grifei.**

114. Diante do exposto, entendo que o princípio da publicidade é essencial nos procedimentos licitatórios, pois objetiva dar transparência aos atos administrativos para o alcance de uma Administração proba e eficiente e permitir o amplo acesso dos interessados no certame, fazendo com que ocorra ampla concorrência pelo objeto licitado e, por consequência, maior possibilidade de vantagem à Administração Pública.

115. Portanto, aparentemente, a Prefeitura e o órgão licitante (SMSU) atenderam parcialmente os ditames das legislações correlatas acima descritas, pois se limitaram em publicar apenas o aviso de abertura do certame, no âmbito do Diário Oficial de Contas deste Tribunal de Contas e no Jornal da Associação dos Municípios de Mato Grosso (Diário Oficial Eletrônico dos Municípios), **meio considerado eletrônico** (artigo 48, Lei 101/2000), conforme diligência que procedi no sítio <https://diariomunicipal.org/mt/amm/publicacoes/>, na aba “normas de publicação”.

116. Transcrevo abaixo, para melhor esclarecimento sobre a publicação dos atos referentes ao certame em análise, os ensinamentos do nobre Doutrinador Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 135 e 253/255, de que:

*"permaneceu o equívoco do art. 21, inc. II, que deveria ter sido eliminado", enquanto não alterada tal imposição legal, **deverá ocorrer a publicação concomitante dos resumos dos editais** das concorrências, tomadas de preços, concursos ou leilões, no **Diário Oficial do Estado, impresso, assim como em jornal de grande circulação no Estado**, e também, se houver, **em jornal de circulação no Município ou na região**. Indiscutivelmente, **também a publicação no Diário Oficial da União** deverá ocorrer, no caso do inciso I, do mesmo artigo, "quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais", mesmo que o procedimento licitatório seja realizado pelo Município ou Estado. Grifei.*



117. Todavia, o Ministério Público de Contas, acerca da alegada inaplicabilidade da Resolução de Consulta 23/2013, asseverou que inexistente informação quanto à edição de lei municipal instituindo o Diário Oficial de Contas como veículo oficial de divulgação dos atos do Município de Cuiabá, tal como existe o item 1 da referida Resolução.

118. Pois bem. Com relação à obrigatoriedade da “publicação do resumo do edital do certame, no Diário Oficial do Estado, impresso”, desde que exista lei municipal autorizadora, **entendo** razoável e **válida** a publicação, realizada por órgão licitante, no **Diário Oficial de Contas deste Tribunal**, ainda que se trate de Concorrência Pública, pois a Resolução de Consulta 23/2013 possui força vinculante e também permitiu a publicação, no DOC, quando se tratar dessa modalidade licitatória, desde que sejam preenchidos os requisitos cumulativos da Resolução, nestes termos:

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.** Grifei.

119. Como é cediço, o artigo 21, da Lei 8.666/93, dispõe, entre outras, sobre as publicações envolvendo a modalidade licitatória de Concorrência.

120. Nesse sentido, a Prefeitura de Cuiabá, por sua vez, sustentou que, de acordo com a Lei Complementar Estadual 475/2012, artigo 4º, § 2º, a publicação no DOC substituiria qualquer outro meio de publicação oficial.

121. Ocorre que, nos termos da citada Resolução de Consulta, a eficácia do item 2 depende, cumulativamente, do cumprimento dos requisitos do item 1, quais sejam: lei municipal autorizadora e termo de adesão do órgão público.



122. Desse modo, em que pese ser viável a publicação no DOC para Concorrências Públicas, em substituição ao Diário Oficial do Estado, verifico que, conforme destacou o Ministério Público de Contas, os defendentes não demonstraram o cumprimento dos requisitos previstos no item 1, para a eficácia do item 2, da Resolução de Consulta 23/2013.

123. Sendo assim, a Prefeitura e a Secretaria Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá deixaram de veicular, **obrigatoriamente e cumulativamente**, nos termos das leis correlatas, Resolução de Consulta e doutrina, o aviso de abertura do certame e a publicação da minuta do edital e dos documentos destinados à consulta pública, no Diário Oficial do Estado e em **jornal diário de grande circulação**, em flagrante violação, inclusive, ao artigo 10, VI da Lei 11.079/2004.

124. Ressalto que, acerca do achado apontado pelo Ministério Público de Contas, em relação à ausência de publicação, igualmente, da **minuta do edital e dos documentos destinados à consulta pública**, fase obrigatória que antecede a publicação do próprio edital na realização e formalização de PPP (**artigo 10, VI da Lei 11.079/2004**), **ratifico** a falha, e entendo oportuno considerá-la, ainda que não tenha sido objeto de citação desta aos responsáveis, uma vez que se inserem nas **irregularidades relacionadas à ausência de publicidade dos atos decorrentes da concorrência**, conforme acima denotado.

125. Consequentemente, os responsáveis não cumpriram integralmente com as finalidades essenciais da licitação, quais sejam, a ampla competição e a seleção da proposta mais vantajosa ao Município de Cuiabá, em grave ofensa aos princípios norteadores da Administração Pública, em especial o da publicidade, como amplamente fundamentado em linhas pretéritas.

126. Por todo exposto, **acompanho** a manifestação ministerial, **mantenho** a presente **irregularidade 1**, em razão da ausência de publicidade do aviso de abertura do certame e demais documentos elencados no 10, VI da Lei 11.079/2004 (PPP), no modo e forma exigidos em lei, comprometendo sua transparência e ocasionando restrição ao caráter competitivo da licitação em destaque.

127. Logo, entendo pela aplicação de **multa** ao Senhor **José Roberto Stopa**, Secretário Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá, em razão da inobservância ao princípio constitucional da publicidade, face a ausência de publicação do aviso de abertura do certame



e demais documentos elencados no 10, VI da Lei 11.079/2004 (PPP), em jornais de grande circulação, nos exatos termos do artigo 21, II e III, ambos da Lei de Licitações.

128. Contudo, em relação à culpabilidade do atual Prefeito de Cuiabá, Senhor **Emanuel Pinheiro**, **afasto sua responsabilidade**, pois não participou do certame, em especial das publicações dos atos decorrentes, bem como não era o gestor responsável no período em que esta irregularidade ocorreu.

129. Ademais, constatei inclusive que, no início de sua gestão, o Senhor **Emanuel Pinheiro** (1º/01/2017), em 02/01/2017, visando garantir a transparência, legalidade, moralidade e economicidade do certame em comento, publicou o Decreto 6.216/2017, determinando à Procuradoria Geral do município, por meio de grupo de trabalho (Portaria 04/2014), a realizar estudo apurado de verificação de conformidade da parceria público privada da iluminação pública e do contrato celebrado com o Consórcio Cuiabá Luz S.A.

130. Assim, na minha compreensão tomou as providências legais que lhe competia, tanto é que, com fundamento no relatório conclusivo, acrescido do poder de autotutela que dispõe a administração pública, decidiu em anular a concorrência em referência e demais atos dela decorrentes, inclusive o Contrato 755/2016.

131. Em relação à sugestão do *Parquet* de Contas, para **expedição de determinação legal**, à atual gestão, para que adote as medidas necessárias, com vistas a **anular a Concorrência Pública 01/2016**, semelhantemente, o **Contrato de Concessão 75/2016**, por flagrante ilegalidade, não é demais lembrar que a prerrogativa do Tribunal de Contas em estabelecer prazo para o órgão ou entidade adotar as providências necessárias ao cumprimento da lei, decorre da previsão contida na Constituição Federal/88 (artigo 71, IX), reproduzida, por ordem simétrica, no artigo 47, X, da Constituição do Estado de Mato Grosso, vejamos:

**Art. 47 - O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:  
X - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade. Grifei.**

132. Nessa linha de raciocínio o Supremo Tribunal Federal, em sucessivos julgamentos tem decidido que:



**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. (MS 23.550, Rel. P/ o ac. Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-4-2002, DJ de 31/10/2001). Grifei.**

133. Transcrevo jurisprudência nesse sentido:

**EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA PREVISTA NO ART. 71, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TERMO DE SUB-ROGAÇÃO E RERRATIFICAÇÃO DERIVADO DE CONTRATO DE CONCESSÃO ANULADO. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SEGURANÇA DENEGADA. 1. De acordo com a jurisprudência do STF, "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" (MS 23.550, redator do acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 31/10/01). Assim, perfeitamente legal a atuação da Corte de Contas ao assinar prazo ao Ministério dos Transportes para garantir o exato cumprimento da lei. 2. Contrato de concessão anulado em decorrência de vícios insanáveis praticados no procedimento licitatório. Atos que não podem ser convalidados pela Administração Federal. Não pode subsistir sub-rogação se o contrato do qual derivou é inexistente. 3. Não ocorrência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A teor do art. 250, V, do RITCU, participaram do processo tanto a entidade solicitante do exame de legalidade, neste caso a ANTT, órgão competente para tanto, como a empresa interessada, a impetrante (Ecovale S.A.). 4. Segurança denegada. (MS 26.000 – Santa Catarina; Relator: Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 16/10/2012). Grifei.**

134. No meu entendimento, a realização da licitação é um ato discricionário, ou seja, cabe à Administração Pública decidir por sua abertura conforme a conveniência, a oportunidade e o interesse público. Na medida em que se decide pela realização da licitação, a Administração deve atentar-se à Lei de Licitações e Contratos para a sua instauração, o seu processamento e a sua conclusão. Portanto, o ato de realizar a licitação é ato discricionário, mas o seu processamento é ato vinculado.

135. Assim, os atos praticados pela Administração Pública podem ser por ela revistos atentando-se ao Princípio da Autotutela, ou seja, significa dizer que os atos eivados de vícios que os tornem ilegais devem, obrigatoriamente, ser anulados.



136. A jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, assim compreende em caso semelhante, vejamos:

**2. REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. REGISTRO DE PREÇOS. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO. TRANSPORTE ESCOLAR. IRREGULARIDADES. EDITAL DETERMINAÇÕES.**

O Plenário da Corte de Contas Rondoniense considerou parcialmente procedente representação formulada pelo Ministério Público de Contas, que noticiou impropriedades em edital de pregão eletrônico que pretendia registro de preços para futura e eventual contratação de serviço de transporte escolar no município de Jarú.

**A licitação foi suspensa, em decisão de antecipação de tutela, ante o indício de irregularidades.**

**Após a análise da unidade técnica e do MPC, foram confirmados defeitos no pregão eletrônico**, referentes à utilização de modalidade licitatória incorreta para o objeto a ser contratado e a ausência de orçamento detalhado em planilhas que demonstrassem a composição dos custos unitários do serviço, em descumprimento, pelo menos, à Lei n. 10.520/02 (Lei do Pregão Eletrônico), Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações).

**Diante disso, determinou-se a anulação do procedimento, e estabeleceu-se o prazo de 90 (noventa) dias para que o município de Jarú instaurasse nova licitação para contratação de serviço de transporte escolar.** (Processo 00001/18-TCE-RO). Grifei.

137. Diante dos fatos noticiados nestes autos, ressalto que a Prefeitura Municipal de Cuiabá, via **Decreto 6.286/2017**, já efetivou a **anulação da Concorrência Pública 01/2016** (Processo Administrativo 60.793/2014), em consonância com a Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal e com a doutrina administrativista, pois reconheceu vícios de legalidade que macularam toda a lisura, a transparência e a ampla concorrência do certame, conforme dito alhures.

138. Oportuna se faz a transcrição da **Súmula 473 do STF**, a qual dispõe:

**A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.** Grifei.

139. E, também:

**Súmula STF 346 - A administração pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.** Grifei.



140. Portanto, em razão dos vícios detectados pelo **Grupo de Trabalho** para avaliação de conformidade do Contrato de Concessão de Iluminação Pública do município de Cuiabá, instituído pela **Portaria 04/2017** (fls. 47/48, 50 - Doc. Digital 214538/2017-RNE 209350/2017 - Apensa), com a expedição de **Relatório conclusivo** correspondente (fls. 14/34, Doc. Digital 231841/2017, fls. 1/29, Doc. Digital 231842/2017, fls. 1/31, Doc. Digital 231843/2017 e fls. 1/11, Doc. Digital 231844/2017, todos no Processo RNE 3.500-9/2016), o Prefeito de Cuiabá Senhor **Emanuel Pinheiro**, igualmente, amparado pela Procuradoria Geral do Município, e com base nos argumentos expendidos em suas informações (**Despacho Oficial** às fls.100/104, Doc. Digital 231857/2017 – RNE Processo 3.500-9/2016), cujas teses jurídicas foram por este adotadas, legitimamente **invalidou o procedimento licitatório** em exame (e 103, Doc. Digital 214538/2017-RNE 209350/2017 – Apensa).

141. Esse também foi o entendimento do **Ministério Público de Contas**, nos autos do Processo **Representação de Natureza Externa 3.500-9/2016, Parecer 3.501/2016**, Doc. Digital 144367/2016, fls.25, o qual se encontra em grau de Recurso Ordinário, pendente de julgamento, a seguir transcrito:

(...)

**102. Em verdade, o feito trata de legítima fiscalização operacional, acerca dos aspectos de legitimidade, atribuição do Tribunal de Contas descrita nos artigos 70 da Constituição Federal e 46 da Constituição Estadual do Mato Grosso.**

**103. Definindo a fiscalização operacional, Valdecir Pascoal ensina que e nessa oportunidade que a Corte verifica o “cumprimento de metas, resultados, eficácia e eficiência de gastos públicos”, explicando, logo após, que o controle quanto a legitimidade extrapola a legalidade estrita, para observar se a aplicação dos recursos “atendeu ao interesse público e a moralidade administrativa”.**

**104. Assim, não há dúvidas de que esses temas são afetos ao Tribunal de Contas e demandam atuação do Controle Externo, na medida em que o edital, da maneira que se coloca, afronta o interesse público, a moralidade administrativa e a eficiência dos gastos públicos.**

**105. Desta forma, o Edital de Concorrência nº 1/2016 da Prefeitura de Cuiabá, realizado pela Secretaria não pode ser aproveitado, sendo necessário que este Tribunal de Contas determine ao Sr. José Roberto Stopa que, no prazo de máximo de 5 (cinco) dias, anule o certame em virtude de todos os vícios aqui explanados, com base nos poderes constitucionais desta corte, previstos no art. 71, IX, da Constituição Federal. (...) Grifei.**



142. Cumpre destacar, por fim, a **nulidade da licitação** conduz a nulidade do contrato, conforme exposto no artigo 49, § 2º, da Lei de Licitações. Já, a regra da **anulação dos contratos administrativos** está definida no artigo 59 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

**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.** Grifei.  
(...)

**Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.**

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. Grifei.

143. Como pode se observar os efeitos da anulação do contrato administrativo opera efeito *ex tunc*, assim como ocorre também na anulação dos atos administrativos. O contrato administrativo nulo não gera direitos ou obrigações entre as partes, pois a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo contratual eficaz entre os contratantes, só deixando subsistir suas consequências em relação a terceiros de boa fé.

144. Conforme leciona a doutrina de Fernanda Marinela em sua obra *Direito Administrativo*, 6.ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 475:

**O contrato administrativo, já formalizado, pode ser extinto através de:**  
(...)

**c) Anulação: o contrato deve ser extinto quando se verificar a presença de uma ilegalidade, como, por exemplo, o contrato sem o prévio procedimento licitatório. Nesse caso, a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.** Grifei.

145. Da análise dos documentos entranhados em ambas as Representações Externas (22.768-4/2016 e 20.935-0/2017) e, ainda, da análise dos documentos colacionados no Processo 3.500-9/2016, da Relatoria do Conselheiro Interino Luiz Carlos Pereira, observo que, na época da celebração do Contrato de Concessão Administrativa 755/2016, não houve



observância do artigo 9º, da Lei 11.079/2004-PPP, pois o contrato não foi assinado diretamente com o Consórcio Cuiabá Luz S.A.

146. Tanto é que, consta no contrato celebrado, a assinatura dos sócios de cada empresa que, posteriormente, passaria a compor o referido consórcio, ou seja, as Empresas FM Rodrigues & Cia Ltda. (CNPJ 48.893.226/0001-95), COBRASIN Brasileira de Sinalização e Construção Ltda. (CNPJ 38.955.662/0001-98) e SATIVA Engenharia Ltda. (CNPJ 00.148.237/0001-14), fls. 52/101, Doc. Digital 214538/2017, Processo 20.935-0/2017. Logo, celebrado em desacordo com a lei, *in verbis*:

**Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. Grifei.**

147. Em consulta ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, por meio de acesso ao sítio da Receita Federal, o Consórcio Cuiabá Luz S.A., somente foi constituído juridicamente, após a publicação do Termo de homologação e adjudicação do objeto da Concorrência Pública 01/2016, ocorrida em 14/12/2016 (fls. 50, Doc. Digital 214538/2017, Processo Apenso 20.935-0/2017).

148. Sob o regime da Lei 8.666/1993, a disciplina dos contratos de consórcio manteve-se a mesma, salvo em matéria de responsabilidade, que recebeu do legislador conformação diversa, com vistas a ampliar garantias em prol do interesse público, consoante se destaca a seguir:

**Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:**

**I – comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;**

**II – indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;**

**III – apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;**

**IV – impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;**



**V – responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.**

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º **O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.** Grifei.

149. Sendo assim:

**(...) o Poder Público tem o dever de velar pela legitimidade de seus atos e de corrigir as ilegalidades depuradas invalidando o ato ilegítimo, para que outro se pratique regularmente.** (RDA 40/324, 52/248; RT 212/164, 219/119).

**(...) se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade.** (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 73).

150. Ou seja, posto que há vários atos nulos em todo o procedimento licitatório que comprometeram sua lisura, porque praticados em desconformidade com a lei, é dever da Administração invalidá-los. Não lhe restando outra alternativa. Veja:

**(...) o princípio da legalidade tendo em vista o sistema jurídico-positivo brasileiro, exige a fiel subsunção da ação administrativa à lei, sendo defeso à Administração Pública agir *praeter legem* ou *contra legem*, podendo atuar apenas *secundum legem*.** (ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. 2 .ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21). Grifei.

**A Administração, portanto, somente pode agir dentro do Direito e com expressa autorização dele.** (USTÁRROZ, op. cit., p. 125).

151. Sendo assim, com a devida vênia à opinião ministerial, **deixo de expedir a determinação legal** à atual gestão quanto à adoção das medidas necessárias, com vistas a **anular a Concorrência Pública 01/2016**, em razão de que a mesma já **encontra-se anulada** por meio do **Decreto Municipal 6.286/2017**, em plena vigência por decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, no Processo, que afastou a liminar que havia suspenso o aludido Decreto, conforme consta no andamento processual do Agravo de Instrumento **1012254-15.2017.8.11.000-PJe**, em trâmite na 2ª Câmara de Direito Público e Coletivo, tendo como Relator o Exmo. Des. Luiz Carlos da Costa, proposto pelo Município de Cuiabá.

**Irregularidade 3:** Da ausência de publicação do aviso de reabertura de sessão para recebimento e abertura dos envelopes das propostas comerciais, em desacordo com o artigo 43, § 1º da Lei 8.666/93.



**Responsáveis:** Senhores Emanuel Pinheiro e José Roberto Stopa (Secretário da SMSU desde 25/06/2013), Prefeito e Secretário Municipal, ambos do município de Cuiabá.

152. Para a presente irregularidade, ressalto que, da mesma forma declarada na irregularidade 1, o exame da culpabilidade do Senhor **Emanuel Pinheiro**, ficará restrito à fase posterior a assinatura do Contrato de Concessão 755/2016, celebrado no dia 20/12/2016, em razão da aplicação do **princípio da intranscendência subjetiva das sanções**, a fim de verificar eventual conduta omissiva ou comissiva deste.

153. Portanto, em relação ao apontamento em referência, a **Representante** por meio de **petição de aditamento** (Doc. Digital 232883/2016), protocolizada em 20/12/2016, noticiou que após a retomada do certame, a Prefeitura Municipal de Cuiabá adjudicou o objeto do certame em favor do Consórcio Cuiabá Luz, contudo não realizou a publicação do aviso de reabertura da sessão pública para a abertura dos envelopes, persistindo a violação à publicidade. Por fim, requereu a nulidade da concorrência em apreço, por ilegalidades detectadas desde o início do procedimento licitatório.

154. De início, a **SECEX** informou que na própria petição de aditamento, consta o referido aviso que foi publicado no dia 26/10/2016, noticiando que os envelopes seriam recebidos, abertos e julgados em sessão pública dos dias 31/10/2016 e 01/11/2016, respectivamente (fls. 317, Doc. Digital 220829/2016). Portanto, não assiste razão à alegação da Engeliz.

155. Em conclusão, a SECEX opinou pelo indeferimento da medida cautelar para anulação do certame, em razão da perda de objeto, uma vez que o procedimento licitatório já foi finalizado e concluído pela Administração Municipal (fls. 335, Doc. Digital 220829/2019) e, no mérito, pela improcedência desta Representação, sendo esse posicionamento ratificado pelo Secretário de Controle Externo (Doc. Digital 17958/2017).

156. O **Consórcio Cuiabá Luz S.A.**, alegou que constou especificado no aviso de publicação de licitação que os envelopes seriam abertos e julgados em sessão pública do dia 01/11/2016. Desta forma, improcede o apontamento, pois a publicação do aviso foi comprovada nestes autos.



157. Já, o **Prefeito Municipal** e o **Secretário** ratificaram, em sede de defesa, que a própria Representante trouxe aos autos a comprovação da publicação realizada pelo órgão licitante. Assim, improcedente a irregularidade em análise.

158. Remetidos os autos ao **Ministério Público de Contas**, este converteu a emissão de parecer no **Pedido de Diligência 42/2017**, divergiu em parte com a SECEX e solicitou o prosseguimento do feito.

159. A **SECEX**, em sede de **Relatório Técnico de Defesa**, confirmou a presença nos autos do aviso de reabertura da sessão publicado no DOC 981 de 26/10/2016, todavia **manteve o apontamento**, em razão de que a publicação não foi realizada no Diário Oficial do Estado, se limitando ao Diário Oficial de Contas, persistindo a violação à publicidade, o que maculou todo o procedimento da Concorrência Pública 01/2016.

160. Por fim, o **Ministério Público de Contas**, concordou com a posição técnica acerca de que a publicação foi feita de modo e local oficial diverso do que impõe a lei, contudo o cerne do apontamento, gira em torno da ausência da publicação das datas de abertura da proposta comercial e habilitação, em desacordo com o artigo 43, § 1º da Lei 8.666/93, que deveria ter sido realizado de maneira pública o mais transparente possível, visando garantir alisura de todo o certame.

161. No entanto, concluiu pela **improcedência desta irregularidade**, em razão de que, em um único ato, a Prefeitura de Cuiabá publicou o aviso correspondente, informando as datas de apresentação e recebimento das propostas para o dia 31/10/2016, e julgamento das mesmas para o dia 01/11/2016 (fls. 23, Doc. Digital 115047/2018).

162. No meu entendimento e de acordo com o artigo 43, § 1º da Lei de Licitações, a informação da Representante não deve prosperar. Observo que consta dos autos a publicação das datas para o recebimento dos envelopes com as propostas, para a abertura e, conseqüentemente julgamento das mesmas.

163. Portanto, o órgão licitante, realizou sim a publicação, ainda que parcialmente ao arripio da lei, em razão da ausência de divulgação dos atos do certame, em jornais de grande circulação (artigo 21, II e III, Lei 8.666/93 c/c artigo 10, VI, Lei 11.079/2004-PPP), conforme delineados em linhas pretéritas.



164. As datas anunciadas se deram, respectivamente, em 31/10/2016, das 8:00 às 18:00hs, para o recebimento dos envelopes contendo as propostas e, 01/11/2016 às 9:00hs, para abertura e julgamento, ambas ocorridas no auditório da Secretária Municipal de Gestão de Cuiabá (fls. 317, Doc. Digital 220829/2016).

165. Diante do exposto, **coaduno** com a opinião ministerial e **afasto a irregularidade 3**, em relação à ausência de publicação pela autoridade administrativa, uma vez que realizado e juntado nestes autos pela própria Representante.

### 3.1.5) DA IRREGULARIDADE PELA INOBSERVÂNCIA DE PRAZO LEGAL

**Irregularidade 2:** Inobservância do prazo legal mínimo entre a publicação do aviso de abertura da licitação e do recebimento das propostas (artigo 21, § 3º, da Lei 8.666/93).

**Responsáveis:** Senhores **Emanuel Pinheiro** e **José Roberto Stopa** (Secretário da SMSU desde 25/06/2013), Prefeito e Secretário Municipal, ambos do município de Cuiabá.

166. De início, **ratifico** o meu posicionamento quato ao exame da culpabilidade do Senhor **Emanuel Pinheiro**, pois ficará restrito à fase posterior a assinatura do Contrato de Concessão 755/2016, celebrado no dia 20/12/2016, em face da aplicação do **princípio da intranscendência subjetiva das sanções**, a fim de verificar eventual conduta omissiva ou comissiva deste.

167. No que diz respeito a **irregularidade 2**, a **Representante** noticiou que houve o descumprimento, pelos Responsáveis, do prazo legal mínimo de 45 dias entre a publicação do aviso da concorrência pública, que se deu nos dias 07/01/2016 (DOC/TCE-MT 782) e 08/01/2016 (Jornal Oficial Eletrônico dos Municípios de MT 2.388), respectivamente e, o recebimento das propostas, cujo prazo máximo de entrega foi estabelecido para o dia 19/02/2016, em dissonância com o que estabelece o artigo 21, § 3º, da Lei 8.666/93.

168. Informou, também, que, no dia para o recebimento dos envelopes das licitantes interessadas (19/02/2016), o órgão anunciou a suspensão no prosseguimento do certame, em razão de deferimento de medida cautelar, emitida por este Tribunal de Contas (Acórdão 80/2016-TP, Processo 3.500-9/2016).

169. Desse modo, passado mais de 8 meses de suspensão do certame, no dia 26/10/2016, foi anunciada a retomada no prosseguimento do processo licitatório, por meio da Secretaria de Serviços Urbanos de Cuiabá, em virtude da revogação do acórdão supracitado,



pelo Acórdão 568/2016-TP, assinalando o dia 31/10/2016 como prazo final para recebimento dos envelopes.

170. Assim, a Representante considerou desproporcional e ilegal o prazo exíguo concedido pelo órgão, mesmo porque, foi dado num período de vários feriados e pontos facultativos, com datas conflitantes no âmbito estadual e municipal, inviabilizando os licitantes interessados, se organizarem e entregarem a tempo, toda documentação exigida no edital.

171. Por fim, comunicou que protocolou junto à Comissão de Licitação, pedido de prorrogação de prazo para apresentação das propostas, sob pena de arguição de nulidade na condução do certame. Contudo, não logrou êxito, visto que a comissão prosseguiu na condução normal da concorrência e deu como resposta ao seu requerimento que: *a empresa impugnante havia decaído do direito de impugnação, sem análise do mérito.*

172. Instada a se manifestar, inicialmente, a **Equipe Técnica** informou que quando houve a suspensão da concorrência supracitada, por este Tribunal de Contas, na data de 19/02/2016, mediante a homologação de deferimento de medida cautelar, por meio do Acórdão 80/2016-TP, já haviam transcorridos 40 dias desde a publicação do edital (08/01/2016). Assim, faltariam apenas 5 dias para o cumprimento do disposto no artigo 21, da Lei de Licitações.

173. Dessa forma, com a publicação do Acórdão 568/2016-TP no dia 18/10/2016, o qual julgou improcedente a Representação de Natureza Externa 3.500-9/2016 e revogou o acórdão supracitado, a Prefeitura de Cuiabá retomou o certame, publicando o aviso de abertura em 26/10/2016, informando como prazo final para recebimento dos envelopes, o dia 31/10/2016, e para a data de abertura o dia 01/11/2016.

174. Portanto, a **SECEX** concluiu que a Prefeitura de Cuiabá e a SMSU cumpriram o prazo legal, uma vez que considerou o prazo decorrido em janeiro e fevereiro de 2016 (40 dias), da publicação do edital, acrescido do prazo de 5 dias (início em 27/10/16 a 31/10/16), da publicação retomando o certame, totalizando os 45 dias exigidos na Lei 8.666/93. Assim, considerou **improcedente** o presente apontamento.

175. Num segundo momento, conforme relatado acima (**2º**: Doc. Digital 224851/2017), a **SECEX** sugeriu o arquivamento desta Representação sem resolução de mérito, em razão da perda de objeto, uma vez que a Concorrência Pública 01/2016, nesse



interim, foi anulada, via Decreto Municipal 6.286/2017, pelo Prefeito de Cuiabá, Senhor Emanuel Pinheiro.

176. O **Consórcio Cuiabá Luz S.A.** alegou que, para a contagem do prazo, foi considerada a suspensão do procedimento licitatório, ocorrida por determinação deste Tribunal de Contas. Sendo assim, ressaltou que a Equipe Auditora, acertadamente, considerou os 40 dias transcorridos de 11/01/2016 até 19/02/2016 (data da suspensão), acrescidos dos 5 dias, transcorridos de 26/10/2016 a 31/10/2016, totalizando o prazo legal de 45 dias. Logo, a pretensão da Representante não deve prosperar.

177. Já, o atual **Prefeito Municipal de Cuiabá**, em conjunto com o **Secretário de Serviços Urbanos**, informou que a publicação do aviso de abertura ocorreu em 08/01/2016 (DOC /TCE-MT 782) para que a mesma ocorresse em 22/02/2016, ou seja, esclareceram que a contagem de prazo se iniciou em 11/01/2016 (segunda-feira) e os 45 dias, exigidos em lei, foram completados em 24/02/2016. Portanto, para os efeitos de contagem, consideraram a suspensão do prazo e não a interrupção.

178. O **Ministério Público de Contas**, inicialmente, discordou da opinião técnica e informou que as irregularidades noticiadas pela Representante macularam todo o processo licitatório, opinando pelo prosseguimento do feito.

179. Após análise das defesas, a **SECEX** revisou seu posicionamento inicial e **concluiu** pela **manutenção** da irregularidade, em virtude de que, desde o início do procedimento licitatório, não houve observância ao prazo mínimo legal, 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), decorreram apenas 40 dias.

180. Informou, ainda, que não se tratou de suspensão ou continuidade de contagem de prazo, mas sim, de que quando ocorrer modificação no procedimento licitatório, exige-se a divulgação pela mesma forma que se deu no texto original. Logo, concluiu que deveria ser reaberto o prazo inicialmente estabelecido, conforme estabelece o artigo 21, § 4º, da Lei 8.666/93.

181. Em seguida, o **Ministério Público de Contas** e, novamente em dissonância com o posicionamento conclusivo da SECEX, entendeu que não é qualquer alteração no edital que acarreta a reabertura do prazo inicial. À vista disso, manifestou-se pela **improcedência** do



apontamento, pois logo após a revogação da medida cautelar que suspendeu o presente certame (Acórdão 568/2016-TP), começaria o cômputo somente do prazo restante. Assim, não há que se falar em reabertura de prazo.

182. No meu entendimento, vejo que assiste razão à manifestação ministerial, uma vez que, de fato, tanto o Acórdão 80/2016 – TP (Julgamento Singular 123/SR/2016) que homologou a medida cautelar, adotada a época, pelo Conselheiro Relator Sérgio Ricardo, como o Acórdão 568/2016 – TP, o qual julgou improcedente a Representação de Natureza Externa 3.500-9/2016, não promoveram qualquer alteração no Edital da Concorrência Pública 01/2016, que viessem a atingir a formulação das propostas das empresas licitantes.

183. Então, não deve prosperar o pedido da Representante na reabertura de prazo inicialmente previsto pela Administração Pública Municipal, em razão de que, permanecendo inalterado os termos do edital da concorrência, não houve prejuízo e não afetou a formulação das propostas.

184. Na minha compreensão, o edital, também chamado de instrumento convocatório é o documento que contém todas as informações da licitação. É no edital que as empresas interessadas podem esclarecer todas as dúvidas relativas ao certame, como por exemplo, detalhes sobre o objeto a ser contratado, data, horário e local da abertura das sessões.

185. Também são contidos no edital a documentação necessária, modalidade e tipo de licitação que será realizada, fala sobre os prazos para abertura da licitação e apresentação das propostas. Desse modo, quando o edital é publicado, o processo licitatório está oficialmente aberto.

186. No presente caso, observo que a Concorrência Pública 01/2016 foi anunciada publicamente em 08/01/2016, tendo como último dia para o recebimento dos envelopes a data de 19/02/2016 e, respectiva abertura em 22/02/2016 (fls. 8/9, Doc. Digital 220829/2016).

187. A Representação de Natureza Externa 3.500-9/2016, da Relatoria do Conselheiro Luiz Carlos Pereira, foi protocolizada neste Tribunal de Contas, pela licitante Global Light Construções Ltda., em 18/02/2016 (Doc. Digital 22077/2016), isto é, um dia antes de findar o prazo para o recebimento dos envelopes, sendo que, a medida cautelar correspondente, só foi homologada em 01/03/2016 (Acórdão 80/2016-TP, Doc. Digital 35151/2016), a qual suspendeu o prosseguimento do certame.



188. Assim, com a revogação da suspensão da licitação, por meio da emissão do Acórdão 568/2016-TP (18/10/2016), o qual julgou improcedente a Representação acima descrita, passado o período de quase 8 meses, o certame prosseguiu o seu curso normal, não havendo em que se falar em retificação, supressão e/ou alteração do edital inicialmente publicado, muito menos em reabertura de prazo.

189. Desse modo, não vislumbrei prejuízo para a Representante, no que se refere à suposta “nova formulação” de proposta, argumentando não ter prazo hábil/adequado ou razoável para readequação, mesmo porque não houve alteração no teor do edital inicialmente publicado em 08/01/2016.

190. Logo, **concluo** que, para impor a necessidade de republicação do edital é necessário que haja uma modificação em qualquer parte do edital, que, de fato, interfira na forma de conseguir a habilitação ou a elaboração das condições de disputar o certame, seja na proposta comercial ou na proposta de técnica, se esta for exigida. Assim, não sendo o ocorrido nestes autos, **coaduno** com o Ministério Público de Contas e **afasto** a presente irregularidade.

191. A fim de robustecer meu livre convencimento, colaciono julgados do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

Observe fielmente as disposições contidas no § 4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/1993, c/c o artigo 20 do Decreto nº 5.450/2005, que exigem a divulgação, pelo mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, de qualquer modificação no edital, com a decorrente reabertura do prazo inicialmente estabelecido, salvo as situações que, inquestionavelmente, não afetarem a formulação das propostas. **Acórdão 502/2008 Plenário.**

Divulgue, no caso de modificação de condições estabelecidas em edital licitatório que afetem a formulação da proposta, a alteração pelo mesmo instrumento de publicação do texto original, reabrindo o prazo inicialmente estabelecido, nos termos do art. 20 do Decreto n.º 5.450/2005 e do art. 21, § 4º, da Lei no 8.666/1993. **Acórdão 503/2009 Plenário.**

### 3.1.5) OUTRAS ALEGAÇÕES DA REPRESENTANTE

192. Assim, para os **dois últimos tópicos**, a seguir relatados e analisados por mim, confirmo, em consonância com Equipe Técnica e Ministério Público de Contas, que **não houve manifestação pelos defendentes e interessados.**



193. Desse modo, trago a seguir as manifestações técnica e ministerial, conseqüentemente, o meu livre convencimento das razões que levaram ao resultado do meu voto, constante na parte dispositiva logo à frente.

**Irregularidade 4:** Da violação ao princípio da impessoalidade. Não reabertura de prazo para os demais licitantes (artigo 48, § 3º, Lei 8.666/93).

**Responsáveis:** Senhores **Emanuel Pinheiro** e **José Roberto Stopa** (Secretário da SMSU desde 25/06/2013), Prefeito e Secretário Municipal, ambos do município de Cuiabá.

194. Igualmente, ainda que não havendo defesa apresentada pelos Responsáveis, para o presente tópico, **ratifico** o meu posicionamento quanto ao exame da culpabilidade do Senhor **Emanuel Pinheiro**, o qual ficará restrito à fase posterior a assinatura do Contrato de Concessão 755/2016, celebrado no dia 20/12/2016, em face da aplicação do **princípio da intranscendência subjetiva das sanções**, a fim de verificar eventual conduta omissiva ou comissiva deste.

195. A **Representante** alegou que a Comissão de Licitação desclassificou o 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.

196. Assim, informou, também que a Comissão aplicou o artigo 48, § 3º da Lei 8.666/93 e concedeu 8 dias de prazo para o consórcio apresentar nova proposta e que esse prazo não foi concedido para os demais participantes, como por exemplo para o Consórcio Infrel.

197. A **SECEX**, em análise dos fatos noticiados, não acolheu as justificativas da Representante, em razão de que a Ata do órgão licitante fundamentou sua decisão, pois naquela fase do certame, o Consórcio Cuiabá Luz era o único participante (fls. 39/41, Doc. Digital 130287/2017). Dessa maneira, a autoridade administrativa concedeu o prazo previsto no dispositivo supracitado.

198. Igualmente, o **Ministério Público de Contas**, em consonância com a opinião técnica, **entendeu improcedente** os fatos narrados, em razão de que: *Tal posicionamento é consubstanciado no entendimento já pacificado pelo TCU, 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 – Informativo 142 do TCU.*



199. No meu entendimento, **coaduno** com a opinião técnica e ministerial, em razão de que a Ata do órgão licitante constante nos autos não deixa dúvidas de que, naquela fase do certame, só havia o Consórcio Cuiabá Luz classificado, isto é, um único licitante a ser beneficiado com o prazo legalmente concedido, a fim de readequação de sua proposta nos termos do ato vinculatório (edital).

200. Nesse raciocínio, transcrevo a seguir o **Acórdão 3.520/2013 do Tribunal de Contas da União**, o qual é pacífico ao afirmar acerca da impossibilidade de reabertura de prazo para os demais licitantes, quando já definido apenas um em prosseguir no certame, *in verbis*:

**O TCU julgou o argumento improcedente, uma vez que "há duas situações distintas: a primeira quando todos os licitantes são inabilitados e o prazo é reaberto para que todos eles apresentem novos documentos de habilitação e a segunda quando, ultrapassada a fase de habilitação, todas as propostas são desclassificadas e, nessa hipótese, é concedido novo prazo para que os licitantes que chegaram a essa fase apresentem novas propostas". Essa distinção entre as duas fases, que não devem ser confundidas, é reforçada 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". Citou, ainda, o Acórdão nº 2.048/206 – Plenário, no qual o Relator entendeu que "a aplicação do §3º do art. 48 pressupõe a desclassificação de todas as propostas ou a inabilitação de todos os licitantes (...). Portanto, se um único licitante preencher os requisitos estabelecidos no edital, não se deve admitir o saneamento dos vícios por parte dos demais". (TCU, Acórdão nº 3.520/2013, 2ª Câmara, Relator Ministro Aroldo Cedraz, DOU de 21/06/2013). Grifei.**

201. Conforme leciona o doutrinador Ronny Charles Lopes de Torres em sua obra *Leis de Licitações Públicas Comentadas*, 9ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2018, p. 620:

#### **4.57.1 REABERTURA DE PRAZO E O TIPO MELHOR TÉCNICA**

**Esse posicionamento também se aplica a outras situações, pelo conceito de que a regra do § 3º não deve ser aplicada em relação a licitantes anteriormente já excluídos do certame.**

**É o caso, por exemplo, de uma licitação do tipo melhor técnica, em que uma parte dos licitantes tenha sido desclassificada quando de suas propostas técnicas e, prosseguindo o certame com os concorrentes restantes, tenham sido estes últimos desclassificados quando da posterior análise da proposta de preços. Decidindo a Administração, em função dos vícios de todas as propostas de preços apresentadas, pela possibilidade de renovação descrita neste § 3º, a convocação dos licitantes deve se restringir aos participantes da última fase, *in casu*, aqueles desclassificados anteriormente, quando da apresentação das**



**propostas técnicas, por não terem atingindo a valorização mínima exigida no edital. (...). Grifei.**

202. Nessa acepção, resta prejudicada a alegação da Representante. Logo **improcedente** a presente **irregularidade 4**.

**Irregularidade 5:** Não atendimento às disposições constantes no edital, em relação as garantias apresentadas na proposta do Consórcio Cuiabá Luz (Concorrência Pública 01/2016 - item 4.1.1.3 do Edital, anexo XIV).

**Responsáveis:** Senhores **Emanuel Pinheiro** e **José Roberto Stopa** (Secretário da SMSU desde 25/06/2013), Prefeito e Secretário Municipal, ambos do município de Cuiabá.

203. A princípio e ainda que não tenha sido apresentada defesa, pelos Responsáveis, para a presente irregularidade, também **ratifico** o meu posicionamento quanto ao exame da culpabilidade do Senhor **Emanuel Pinheiro**, o qual ficará restrito à fase posterior a assinatura do Contrato de Concessão 755/2016, celebrado no dia 20/12/2016, em face da aplicação do **princípio da intranscendência subjetiva das sanções**, a fim de verificar eventual conduta omissiva ou comissiva deste.

204. Em complemento, a **Representante** relatou que, mesmo com a concessão do prazo de 8 dias para o Consórcio Cuiabá Luz, a fim de se readequar aos itens acima descritos, persistiu a inobservância ao instrumento editalício, pois apresentou uma apólice de seguro-garantia no valor correspondente a 1%, do valor estimado do contrato (R\$ 7.522.500,00), item 4.1.1.3 do edital, anexo XIV.

205. A **SECEX** verificou que o Plano de Negócio Referencial, Anexo XIV, do Edital, exigia seguros e outras garantias da licitante, porém só confirmou a presença de 2 garantias apresentadas pelo consórcio, quais sejam, Apólice 04-0775-01-0137957, a qual 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 04-0775-01-4000051) com vistas a corrigir dados do objeto. Portanto, **manteve o apontamento**.

206. Já, o **Ministério Público de Contas** manifestou-se contrariando o entendimento técnico, com a conclusão em destaque abaixo:

(...)

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

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 04-0775-01-0137957, 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.

**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.**

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.

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.

Nesse contexto, a exigência da contratação de tal seguro ainda na fase licitatória imputaria encargo desnecessário aos licitantes, que invariavelmente seria incluso no 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)**.

Feitas tais considerações, é forçoso reconhecer que a declaração da empresa seguradora, constante no endosso à Apólise nº 04-0775-01-4000051, 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.(...).

207. Na minha compreensão, pode ser exigida prestação de garantia para participação em licitações públicas, desde que prevista no ato convocatório. Não pode o valor



dessa garantia exceder a 1% do custo estimado da contratação, conforme dispõe o artigo 31, III, da Lei de Licitações, c/c o artigo 11, I, da Lei 11.079/2004.

208. No presente caso, a exigência contida no item 4.1.1.3 do Edital é expressa em tratar-se de declaração da seguradora quanto à: *viabilidade da contratação do seguro em consonância com as Diretrizes constantes do Anexo XIV (...)*. Assim, pelos documentos apresentados pela própria Representante (fls. 25, Doc. Digital 130140/2017), o Consórcio Cuiabá Luz apresentou endosso 04-0775-01-4000051 à Apólise de Seguro Garantia 04-0775-01-013795722, no qual consta, como cláusula particular, a declaração da seguradora (fls. 24 e 17, ambas no Doc. Digital 130140/2017).

209. Por oportuno, faço a transcrição abaixo de 2 acórdãos do Tribunal de Contas da União com a mesma lógica acerca do tema em comento, vejamos:

**O mesmo entendimento acerca da inexistência de problemas tenho com respeito a quarta exigência (exigência de garantia de 1% do valor do objeto para participação no certame), já que o requisito, além de ser compatível com a necessidade de assegurar a consistência das propostas e de estar sendo utilizado em uma licitação de grande porte, na modalidade concorrência, está expressamente previsto no inciso III do art. 31 da Lei no 8.666/1993.** (TCU - Acórdão 1908/2008 – Plenário, Voto do Ministro Relator) Grifei.

**Exija garantia de proposta dentro do limite de 1% do valor estimado da contratação, em observância ao art. 31, inciso III, da Lei no 8.666/1993.** (TCU - Acórdão 1672/2006 – Plenário, Voto do Ministro Relator) Grifei.

210. E, ainda, colaciono jurisprudência deste Tribunal de Contas, acerca do tema:

**Licitação. Parceria Público-Privada. Qualificação econômico-financeira. Índice de liquidez geral. 1.** No caso de concessão por meio de Parceria Público- Privada (PPP), é cabível a adoção do índice de liquidez geral igual a 1,5, para efeito de comprovação de boa situação financeira da licitante, desde que se apresente justificativas técnicas de sua necessidade em devido processo administrativo, tendo em vista que se trata de contratação com um longo prazo de duração e um alto custo de investimento. **2. Em PPPs e concessões públicas, a adoção de um índice de liquidez geral superior àqueles usualmente utilizados em licitações comuns, que giram em torno de 1,0, em obediência à norma do art. 31, § 5º, da Lei nº 8.666/93, não caracteriza irregularidade e nem restringe a competitividade do respectivo certame, tendo em vista que é meio eficiente para demonstração da capacidade econômica e da sustentabilidade financeira do licitante, necessárias para o cumprimento do objeto da parceria/concessão (art. 2º, III, Lei nº 8.987/1995 c/c art. 4º, VII, Lei nº 11.079/2004).** (Representação de Natureza Externa. Relator: Conselheiro Sérgio Ricardo. Acórdão nº 568/2016-TP. Julgado em 18/10/2016. Publicado no DOC/TCE-MT em 25/10/2016.



Processo nº 3.500-9/2016). Boletim de Jurisprudência Consolidado/TCE-MT, Edição fevereiro de 2014 a julho de 2018. Grifei.

211. Desse modo, a garantia da proposta, em sede de habilitação, objetiva tão somente a medir a qualificação econômica-financeira das empresas licitantes, na finalidade, precípua, de evitar a habilitação de possíveis “interessadas aventureiras” no certame, sem condições, verdadeiramente plausíveis, em assumir a responsabilidade do compromisso a ser firmado em futura contratação com a Administração Pública Municipal.

212. Na presente concorrência pública e de acordo com a manifestação ministerial, observo que a licitante vencedora: Consórcio Cuiabá Luiz, cumpriu com a exigência de garantia mínima, estabelecida no item 4.1.1.3 do Edital (fls. 17 e 24, Doc. Digital 130287/2017), pois a garantia de sua proposta se deu por meio de seguro-garantia (Apólice 04-0775-01-0137957, endossada pela Apólise 04-0775-01-4000051). Isto posto, em **consonância** com o *Parquet* de Contas, **considero improcedente esta irregularidade 5.**

### **3.2) REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA APENSA: 20.935-0/2017**

#### **3.2.1) PRELIMINAR: PEDIDO DA EMPRESA CUIABÁ LUZ S.A., PARA COMPOR A LIDE COMO TERCEIRA INTERESSADA.**

213. Antes de adentrar ao mérito desta Representação, **defiro** o pedido requerido pela **Empresa Cuiabá Luz S.A.**, elaborado desde o dia 07/07/2017, conforme consta no Protocolo 216984/2017 (Doc. Digital 217988/2017), **admitindo-a** como **terceira interessada** no presente processo (artigo 119 do CPC), em razão de que a solicitação supracitada, encontra-se pendente de análise, conforme observado pelo douto Representante do *Parquet* de Contas, em seu Parecer 2.193/2018 (fls. 2 e 6, parágrafos 3 e 26, respectivamente, Doc. Digital 119539/2018).

214. Pois bem. Passo à análise de mérito.

#### **3.2.2) MÉRITO:**

##### **3.2.2.1) DO ABUSO DE AUTORIDADE – ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO - DA OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.**



215. Conforme exposição dos fatos delimitados na inicial, o cerne do inconformismo relatados pelos **Vereadores**, membros da Comissão de Fiscalização e Acompanhamento da Execução Orçamentária da Câmara de Cuiabá, se deu na possível ocorrência de abuso de autoridade, denunciado pela Empresa **Cuiabá Luz S.A.**, vencedora da **Concorrência Pública 01/2016**, que, após a assinatura do **Contrato 755/2016** (20/12/2016), tendo como objeto a concessão administrativa da Rede de Iluminação Pública do município de Cuiabá, teve o procedimento licitatório anulado unilateralmente pelo Prefeito, Senhor **Emanuel Pinheiro**, por meio do **Decreto 6.286/2017 (08/06/2017)**, sem contudo, oportunizar o direito ao contraditório e à ampla defesa (fls. 47/48 – Doc. Digital 214538/2017).

216. A **SECEX**, após análise dos fatos e da documentação apresentada pelos Representantes e pela Empresa denunciante, confirmou a subsistência da impropriedade alegada e, tipificou a irregularidade sob a classificação **1.GB13, Licitação**, de natureza grave, a seguir transcrita com a indicação dos Responsáveis:

- **Responsáveis:** Senhor **José Roberto Stopa**, Secretário Municipal de Serviços Urbanos em solidariedade com o Senhor **Emanuel Pinheiro**, Prefeito Municipal de Cuiabá:

**1.GB 13. Licitação Grave 13. Ocorrência de irregularidades nos procedimentos licitatórios** (Lei 8.666/1993; Lei 10.520/2002; legislação específica do ente).

**1.1.** Anulação de processo licitatório sem oportunizar ao contratante o direito do contraditório e ampla defesa.

217. Assim, a Equipe Técnica entendeu que, tanto o **Prefeito Municipal**, quanto o **Secretário de Serviços Urbanos**, antes de procederem a anulação do certame e dos atos decorrentes, em especial do Contrato de Concessão 755/2016, deveriam notificar a Empresa Contratada para o regular exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo o primeiro, em razão da responsabilidade decorrente da culpa *in vigilando* e *in elegendo* e, o segundo, em razão de ter assinado o contrato supracitado com a Empresa vencedora.

218. Desse modo, a SECEX concluiu que, ainda que a Administração Pública tenha a prerrogativa (poder/dever), de revogar ou anular seus próprios atos, não se pode excluir o direito da Empresa, vencedora do certame, de ser notificada para a efetivação dos direitos garantidos constitucionalmente (art. 5º, LV, CF/88) e legalmente (art. 49, § 3º, da Lei 8.666/93).



**3.2.3) DEFESA CONJUNTA: SR. EMANUEL PINHEIRO, PREFEITO MUNICIPAL DE CUIABÁ e SR. JOSÉ ROBERTO STOPA, SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SERVIÇOS URBANOS DE CUIABÁ** (Doc. Digital 98332/2018).

219. Validamente citados, os **Responsáveis** apresentaram **defesa conjunta**, por intermédio da **Procuradoria Geral do Município de Cuiabá** (Procuradora Geral Adjunta, Dra. Juliette Caldas Migueis e Procuradora Municipal, Dra. Georgia Fajuri Gebara – OAB/MT 22.505) e relataram que o Gestor agiu dentro da legalidade ao proceder a anulação do processo licitatório, uma vez que foi motivado por meio do relatório conclusivo do Grupo de Trabalho para avaliação de conformidade do Contrato de Concessão 755/2016, instituído pela Portaria 04/2017 (02/03/2017), o qual apontou uma série de vícios e de irregularidades.

220. Argumentaram, também, que o próprio Tribunal de Contas, nos autos da **Representação de Natureza Externa 3.500-9/2016**, da Relatoria do **Conselheiro Interino Luiz Carlos Pereira**, detectou vários achados, desde a fase interna da concorrência supracitada, determinando a suspensão de quaisquer atos administrativos decorrentes dela e, via de consequência, do contrato já celebrado com a denunciante em referência.

221. Desse modo, diante das irregularidades apontadas pelos órgãos de controle, o Prefeito Municipal se utilizou do exercício regular do poder de Autotutela da Administração Pública e expediu o Decreto 6.286/2017, procedendo a anulação do certame supracitado, a fim de resguardar o interesse público. Assim, ressaltaram que não se trata de discricionariedade, mas de dever legal de anular ato jurídico viciado.

222. Na oportunidade, transcreveram algumas jurisprudências e a Súmula 473 do STF, a qual orienta que a Administração Pública deve anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos.

223. Asseveraram, ainda, que foi oportunizado o “contraditório diferido” à Contratante, conforme consta do despacho do Procurador-Geral do Município de Cuiabá, Senhor Nestor Fernandes Fidélis, emitido em **04/07/2017** (fls. 18, Doc. Digital 98332/2018), como no presente caso de anulação de licitação por graves vícios, uma vez que o artigo 49, § 3º, da Lei 8.666/93, não menciona o momento em que este deva ocorrer. Portanto, logo após a edição do decreto em comento, o município de Cuiabá notificou-a da decisão que anulou a Concorrência Pública 01/2016.



224. Por fim, manifestaram que a Contratante não teve prejuízo, uma vez que foi notificada para se defender amplamente e, que quando da edição do decreto em referência, os atos executórios do contrato encontravam-se suspensos. Logo, descabido qualquer pedido de pagamento, à título de indenização, pelo poder público a mesma, nos termos do artigo 49, § 1º, da Lei de Licitações, bem como de imposição de sanção aos Responsáveis.

225. Ao analisar os argumentos da defesa, a **SECEX**, conclusivamente, opinou pela manutenção do apontamento, em razão de que a Prefeitura Municipal de Cuiabá concedeu o direito do contraditório e da ampla defesa ao Consórcio Cuiabá Luz S.A., depois da anulação da Concorrência Pública 01/2016, ao arrepio da legislação vigente (Doc. Digital 98332/2018).

226. O **Ministério Público de Contas**, por sua vez, consignou que a anulação do certame em questão já vem sendo questionada nas mais diversas searas, tanto é que, este Tribunal de Contas determinou a suspensão de todos os atos que lhe fossem decorrentes, uma vez que foi detectada a ocorrência de várias irregularidades, tais como as já relatadas acima, **item 3.1) Representação Externa Principal**.

227. Ressaltou, também, que apesar de o município de Cuiabá ter oportunizado o contraditório diferido à Contratante, não se coaduna com o entendimento deste Tribunal. Assim, afastou os argumentos da defesa e opinou pela manutenção da irregularidade, em razão de que o exercício do contraditório e da ampla defesa, da forma concedida, não se aplica nas hipóteses de anulação de licitação.

228. Assim sendo, em consonância parcial com a SECEX, manifestou pela procedência desta Representação, pela aplicação de multa ao Prefeito Municipal, pela não aplicação de sanção ao Secretário de Serviços Urbanos, uma vez que este não possui competência para anular procedimento licitatório e, ainda, pela expedição de determinação legal.

229. Pois bem. No meu entendimento, o abuso de autoridade alegado pela terceira interessada nestes autos, decorre do fato de que, logo após ter sido declarada vencedora na Concorrência Pública 01/2016, com a consequente assinatura do Contrato de Concessão 755/2016, foi realizada a anulação de todo o certame, de maneira unilateral e irregular pelo Prefeito Municipal de Cuiabá, via decreto, sem que se tenha oportunizado o contraditório e a ampla defesa, em desrespeito ao artigo 49, § 3º, da Lei 8.666/93, vejamos:



**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.**

(...)

§ 1º - A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

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

§ 3º - **No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.** Grifei.

230. O Prefeito de Cuiabá, em suas justificativas, declarou que a anulação da Concorrência Pública 01/2016, bem como, de todos os atos dela decorrentes inclusive, o Contrato Administrativo 755/2016, se deu com fundamento no artigo 49 da Lei 8.666/1993 c/c a Súmula 473 do STF, uma vez que foi constatado erro da própria Administração Pública.

231. Assim, o ato administrativo questionado nesta Representação, anulou a contratação com a terceira interessada sem que esta tomasse conhecimento do processo, violando o devido processo legal, porquanto suprimidos direitos constitucionalmente garantidos.

232. Da análise da peça inicial, constatei verdadeiramente que, o Senhor Emanuel Pinheiro anulou a Concorrência Pública 01/2016 e publicou o **Decreto 6.286/2017**, perante o **DOC-TCE/MT, Ano 6, edição 1131, página 40/41, no dia 12/06/2017** (fls. 47/48, Doc. Digital 214588/2017).

233. Logo, indiscutível que o Prefeito de Cuiabá, ao anular o procedimento licitatório, com fundamento no poder-dever de autotutela prescrito à Administração Pública e, ainda, vinculado ao Relatório Final emitido pelo Grupo de Trabalho (Portaria 04/2017, fls. 103, Doc. Digital 214538/2017), para avaliação de verificação de (in) conformidade do processo de Concorrência Pública 01/2016, empregou o expediente que entendeu mais adequado ao presente caso.

234. De acordo com o renomado doutrinador **Rony Charles Lopes de Torres**, em sua obra *Leis de Licitações Públicas Comentadas*, 9ª ed., Ed. Juspodivm, 2018, p. 626, assim discorre acerca da anulação de licitação:



**A anulação consiste no desfazimento do ato em razão de sua ilegalidade. Assim, a anulação pressupõe desrespeito à legalidade e pode ser feita pela Administração ou pelo próprio Judiciário, antes ou depois da assinatura do contrato, sendo que, neste último caso, induz à nulidade do instrumento contratual.**

**Constatado o vício, em regra, surge o dever de invalidação do ato praticado (exceto, nas hipóteses em que cabível a convalidação):**

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ART. 49 DA LEI 8.666/93. 1. A Administração Pública constatando vícios de qualquer natureza em procedimento licitatório tem o dever de anulá-lo, em homenagem aos princípios da legalidade, moralidade e da impessoalidade. 2. Marçal Justen: "Revelado o vício de nulidade, o ato administrativo deve ser desfeito. Tratando-se de anulação, o obrigatório desfazimento não pode ser impedido por direito adquirido. Como se reconhece de modo pacífico, ato administrativo inválido não gera direito adquirido" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 6ª ed. Dialética, pp. 465/467). 3. Recurso improvido. (STJ-REsp 686220/RS – Rel. Ministro JOSÉ DELGADO (1105) – Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: DJ 04/04/2005. p. 214) Grifei.**

235. Por consequência, a razão da ilegalidade do contrato, é a razão da ilegalidade da licitação, sendo esta a única razão para anulação do certame pois, a nulidade da licitação conduz a nulidade do contrato, conforme expressa o próprio artigo 49, § 20º da Lei de Licitações.

236. Entretanto, nos casos de anulação de licitação, bem como de todos os atos dela decorrentes, em especial de contrato já celebrado com a Prefeitura de Cuiabá, ainda que, resultante do poder-dever de autotutela, não se pode afastar o cumprimento ao exercício do contraditório e da ampla defesa garantido à Contratante.

237. À vista disso, transcrevo abaixo julgado do **Superior Tribunal de Justiça** que entende ser obrigatória a obediência aos institutos constitucionais supracitados, *in verbis*:

**EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. LICITAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Não há que se falar em omissão no julgado impugnado se este, apesar de deixar fazer menção expressa ao argumento levantado pela parte, adota posicionamento contrário à tese por ela exposta. 2. A licitação pública caracteriza-se como um procedimento administrativo que possui dupla finalidade, sendo a primeira a de escolher a proposta mais vantajosa para a Administração e a segunda, a de estabelecer a igualdade entre os participantes. 3. A possibilidade de anulação do procedimento licitatório após celebrado o contrato administrativo não suscita maiores dúvidas, porquanto a**



própria Lei 8.666/93 dispõe que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato dele decorrente. 4. Não observadas as regras legais que regula tal procedimento, de modo a causar prejuízo à Administração Pública ou a qualquer das partes, impõe-se o reconhecimento da nulidade. 5. A exegese do § 3º, do art. 49, da Lei 8.666/93, mostra que a redação do mesmo é dirigido à autoridade administrativa e não à judiciária. 6. Recursos conhecidos, porém desprovidos. (STJ-REsp 447814/SP – Rel. Ministro JOSÉ DELGADO (1105) – Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação/Fonte DJ 10/03/2003 p. 112) Grifei.

238. No meu entendimento, a justificativa apresentada pela defesa de que foi oportunizado o exercício do contraditório à contratada, dito "diferido", não deve prosperar pois, diverso da lei correlata e da jurisprudência dominante, mesmo porque o **despacho do município de Cuiabá** (fls. 18, Doc. Digital 98332/2018), notificou o Consórcio vencedor do certame, na mesma ocasião, para **dar-lhe ciência e defender-se**, há **exatos 24 dias** após a edição do decreto que anulou a Concorrência Pública 01/2016.

239. Portanto, não há como admitir que o Gestor, não cumpra com a garantia legal, que é também constitucional (artigo 5º, LV, CF/88), procedendo na anulação do procedimento licitatório sem prévia oitiva daqueles que foram para ele convocados e que, mediante a realização de despesas específicas, dele participaram com a finalidade de estabelecerem, no futuro, uma parceria com a Administração Pública, consubstanciada na execução de uma obra, na prestação de um serviço, no fornecimento de um bem, entre outros.

240. A expectativa gerada pelo procedimento instaurado, por iniciativa da própria Administração Pública, não pode ser desfeito por despacho simples e sem motivação, a exclusivo critério do Gestor, com a invocação de uma suposta supremacia de interesse público sobre o interesse privado.

241. Considero, assim, necessário se dar à parte interessada, sob pena de nulidade do ato, prévio conhecimento dos motivos ensejadores para a referida anulação, oportunizando-se à mesma o direito de questionar as razões invocadas e até mesmo o direito, se for o caso, de produzir provas que se prestem a descaracterizar as razões sustentadas para a invalidação do certame pela Administração Pública.

242. Ratifico, no âmbito do **Superior Tribunal de Justiça**, exige-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa sejam observados e garantidos aos licitantes independentemente da fase em que se encontra a licitação:



**Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – ANULAÇÃO – AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO – IMPOSSIBILIDADE.** A anulação ou revogação de processo licitatório deve ser precedida de oportunidade de defesa, exigindo-se plena justificação, sob pena de ferimento às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Recursos providos. (STJ, RMS 9738/RJ, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, 1 T.; j. 20.04.1999, p. DJe 07.06.1999).

**Ementa: LICITAÇÃO – REVOGAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ASSECURATÓRIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – INADMISSIBILIDADE.** A Autoridade administrativa somente pode revogar o procedimento licitatório após a apuração dos fatos motivadores de sua decisão, em procedimento assecuratório do contraditório e da ampla defesa por parte dos licitantes, nos moldes do art. 49, § 3º da Lei nº 8.666/93. Súmula: CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO. Número do processo: 1.0000.00.176341-6/000, (1) – Relator: ORLANDO CARVALHO, Data do Julgamento: 02/05/2000, Data da Publicação: 12/05/2000. Grifei.

243. Destaco, também, decisões já proferidas no âmbito do **Tribunal de Contas da União** que, quando da anulação de processo licitatório já concluído pelo Poder Público e com o objeto adjudicado pela licitante vencedora, deve ser garantido o contraditório e a ampla defesa, vejamos:

**Acórdão TCU 1230/2008 – Plenário**

Enunciado: **Assegure, antes de proceder a anulação de processos licitatórios, o estabelecimento do contraditório e da ampla defesa aos licitantes, conforme previsto no art. 49, § 3º, da Lei nº 8.666/1993.**

**Acórdão TCU 455/2017 – Plenário**

Enunciado: **Constatado fato superveniente a motivar o desfazimento do processo licitatório por inconveniência e/ou inoportunidade, a Administração deve comunicar aos licitantes a intenção de revogação, oferecendo-lhes direito ao contraditório e à ampla defesa prévios, em prazo razoável.**

1. A revogação de certame licitatório, seja nas modalidades previstas na Lei 8.666/1993 seja na modalidade pregão, **deve observar os seguintes requisitos:** a) fato superveniente que tenha transfigurado o procedimento em inconveniente ou inoportuno; b) motivação; e c) **contraditório e ampla defesa prévios, conforme dispõem o art. 49, caput, e § 3º, da Lei 8.666/1993 c/c art. 9º da Lei 10.520/2002.**

2. Constatada a ocorrência de fato superveniente capaz de suportar o desfazimento do processo licitatório por inconveniência e/ou inoportunidade, a Administração deve comunicar aos licitantes a intenção de revogação, oferecendo-lhes direito ao contraditório e à ampla defesa prévios, em prazo razoável, para que defendam a licitação deflagrada e/ou demonstrem que não cabe o pretendido desfazimento, antes de a Administração tomar a decisão de forma motivada.



3. O ordenamento jurídico impõe à Administração o dever-poder de julgar e responder as impugnações direcionadas a instrumento convocatório de certame. (Data da sessão: 15/03/2017, Relator: Marcos Bemquerer). Grifei.

244. Por oportuno, colaciono orientação contida no Relatório do Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti, **Acórdão TCU 1041/2010 – Plenário**, nos seguintes termos:

(...)

Ora, a revogação e a anulação põem fim à licitação e permitem que a Administração possa promover nova licitação ou, eventualmente, proceder à contratação direta do objeto licitado com terceiro, frustrando a expectativa do antigo adjudicatário. Desse modo, caso tenha ocorrido a adjudicação, parece-nos que a revogação ou a anulação da licitação somente poderá ser efetivada se tiver sido assegurado ao adjudicatário direito de contraditório e ampla defesa, ainda que o motivo invocado para qualquer das duas medidas não seja imputável a mencionado adjudicatário. Caso contrário, ou seja, caso não tenha ocorrido a adjudicação do objeto da licitação, não há que se falar em descumprimento do princípio do contraditório e da ampla defesa.”

(...)

Somente, portanto, com a homologação da licitação e consequente adjudicação impõe-se a observância do princípio do contraditório se, em decorrência de razões de interesse público fundadas em fato superveniente devidamente comprovado, a Administração resolver revogar ou anular a licitação. Grifei.

245. Na mesma esteira de raciocínio é a manifestação do Ministro Relator Ubiratan Aguiar no Relatório do **Acórdão TCU 111/2007-P**, senão vejamos:

**2. Somente após a homologação do resultado e consequente adjudicação do objeto da licitação impõe-se a observância do princípio do contraditório se, em decorrência de razões de interesse público fundadas em fato superveniente devidamente comprovado, a Administração resolver revogá-la (Lei 8.666/93, art. 49, parágrafo 3º).** Grifei.

246. E ainda:

**Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. ANULAÇÃO. SUPOSTA ILEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOBSERVÂNCIA. ATO ABUSIVO. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA CONFIRMADA. I – A licitação como qualquer outro procedimento administrativo, é suscetível de anulação em caso de ilegalidade, e revogação por conveniência e oportunidade, devendo a Administração Pública assegurar aos interessados o contraditório e a ampla defesa, para depois proferir sua decisão devidamente fundamentada indicando os motivos que levaram à anulação ou revogação da licitação. II-A Constituição da República impõem à Administração Pública a observância do princípio da legalidade, conferindo-lhe o poder de rever seus próprios atos (autotutela) e, ao mesmo tempo, confere aos litigantes, em processo judicial ou**



**administrativo, o contraditório e a ampla defesa.** (TJ-MG, Reexame Necessário-Cv REEX 1061113000762201 MG (TJ-MG), Data de Publicação: 22/08/2014). Grifei.

247. No caso em análise, verifico que o processo licitatório foi concluído pela Prefeitura de Cuiabá, tendo sido, inclusive, homologado, adjudicado, celebrado e publicado o contrato correspondente com a terceira interessada nesta Representação (fls. 50, 52/101, Doc. Digital 227984/2017 e Processo 35009/2016, fls. 1, Doc Digital 110364/201717).

248. Desse modo, diante dos fatos e dos documentos constantes desta Representação, **coaduno** com o entendimento técnico e ministerial que o Prefeito, **Senhor Emanuel Pinheiro**, anulou a Concorrência Pública 01/2016, depois da assinatura e publicação do contrato supracitado, sem oportunizar à Contratada o contraditório e a ampla defesa.

249. Assim sendo, reafirmo a posição do Ilustre Representante do *Parquet*, em seu parecer, que este Tribunal de Contas já estabeleceu em caso análogo o mesmo posicionamento, *in verbis*:

**11.3) Licitação. Anulação/revogação de certame homologado e adjudicado. Observância ao contraditório e ampla defesa.**  
**Antes da adoção de eventual ato de anulação ou revogação de processo licitatório já homologado e adjudicado, a Administração deve assegurar o direito de os adjudicatários se manifestarem, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, da CF/1988 e do art. 49, § 3º, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que a anulação ou revogação de processo licitatório, em decorrência do dever de autotutela da Administração Pública, não dispensa a observância às garantias fundamentais inerentes a esses princípios.** (Representação de Natureza Externa. Relator: Conselheiro Substituto Luiz Carlos Pereira. Acórdão 14/2017-PC. Julgado em 24/10/2017. Publicado no DOC/TCEMT em 07/11/2017. Processo 22.374-3/2016). Grifei.

250. Assim, mesmo quando a anulação é processada pela própria Administração Pública deve ser instaurado procedimento administrativo, sendo garantidos a ampla defesa e o contraditório à contratada, pois a anulação do contrato poderá causar prejuízo à parte e/ou a terceiros.

251. Na minha compreensão inexistente, qualquer limite, por menor que seja, à aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório nos casos de anulação do processo administrativo, devendo a contratada, neste caso, ser intimada para se manifestar,



previamente pois, é esse, acertadamente, o entendimento que mais se adéqua aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, em especial o da legalidade.

252. Diante do exposto, **julgo** estar configurada a presente **irregularidade 1.GB 13**. Licitação, de **natureza grave**, atribuída à Prefeitura Municipal de Cuiabá e à Secretária Municipal de Serviços Urbanos, referente à anulação da Concorrência Pública 01/2016, após o ato de celebração do Contrato 755/2016, sem que antes fosse outorgado o contraditório e a ampla defesa à Empresa Cuiabá Luz S. A., em contraposição ao comando do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal e à regra prescrita no artigo 49, § 3º, da Lei 8.666/93.

253. Portanto, a culpabilidade pela ocorrência da irregularidade supracitada recairá sobre o **atual Prefeito de Cuiabá**, Senhor **Emanuel Pinheiro**, pois foi a autoridade que assinou o **Decreto Municipal 6.286/2017**, para anular a Concorrência Pública 01/2016 iniciada na gestão do ex-Prefeito, Senhor Mauro Mendes, em razão do exercício do poder de autotutela da administração pública.

254. Assim, do mesmo modo, **coaduno** com o entendimento do Ministério Público de Contas, **mantenho** a presente irregularidade, contudo entendo razoável **afastar** a aplicação de multa ao **Senhor Emanuel Pinheiro**, atual Prefeito, pois este **tomou as providências legais que lhe competia**.

255. Outrossim, **isento** o **Senhor José Roberto Stopa**, Secretário Municipal, de responsabilidade para imposição de sanção, em virtude de que não possui competência para anular procedimento licitatório mediante Decreto do Executivo.

256. Por fim, pela expedição de **recomendação** à Prefeitura Municipal de Cuiabá que, em seus processos licitatórios homologados, adjudicados ou após assinatura do contrato administrativo correspondente, garantida à contratada, antes de proceder a eventuais atos de anulação ou de revogação de certames, o cumprimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

#### **4) DA REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA 35009/2016 E DO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO CONSÓRCIO CUIABÁ LUZ S.A., NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO**

257. Antes de concluir o meu voto, para ambas as Representações acima destacadas, as quais envolveram a ocorrência de possíveis irregularidades detectadas na



execução ou em decorrência da anulação da Concorrência Pública 01/2016, processada pela Prefeitura Municipal e pela Secretaria Municipal de Serviços Urbanos, ambas de Cuiabá, entendo conveniente pontuar as irregularidades objeto de discussão na **RNE 3.500-9/2016**, de Relatoria do Conselheiro Interino Luiz Carlos Pereira, a qual encontra-se em fase recursal (MPC), pendente de julgamento, bem como informar sobre o andamento processual da **Ação Judicial** proposta pelo Consórcio Cuiabá Luz S.A., o qual pleiteou liminar com efeito suspensivo ao Decreto Municipal 6.286/2017 assinado pelo Senhor Emanuel Pinheiro, atual Prefeito de Cuiabá.

258. Pois bem. As irregularidades ocorridas no Edital da Concorrência Pública 01/2016 e apontadas pelo Ministério Público de Contas, por ocasião da interposição de **Recurso Ordinário com pedido de concessão de medida cautelar**, objetivando suspender os efeitos do **Acórdão 568/2016-TP**, que julgou improcedente a **RNE 3.500-9/2016**, proposta pela empresa Global Ligth Construções Ltda., em desfavor da Prefeitura Municipal de Cuiabá e da Secretaria de Serviços Urbanos de Cuiabá, referem-se:

259. **I)** a exigência de 1.5 de Índice de Liquidez Corrente não é usual, não foi administrativamente justificada no processo licitatório, é desproporcional e fere a ampla concorrência; **II)** a previsão de pagamento da conta energia da iluminação pública tem o condão de acarretar a ineficiência da execução do objeto da PPP e configura desequilibrada divisão dos riscos; **III)** a supressão do sistema de Telegestão, inicialmente previsto no Chamamento Público para Manifestação de Interesse 01/2015, consubstancia violação ao princípio da eficiência e foi realizada sem justificativa administrativa nos autos do processo licitatório; **IV)** há ausência de transparência das decisões tomadas, com estudos genéricos e superficiais, inexistindo oposição da fundamentação das opções de modelagem da PPP, no processo administrativo licitatório; **V)** houve desequilíbrio na distribuição dos riscos entre as partes, uma vez que, além de o pagamento da energia elétrica ter ficado apenas a cargo da Administração, “somente há previsão de reequilíbrio econômico em favor da Concessionária”; **VI)** houve violação à regra legal do compartilhamento das Receitas Acessórias decorrentes da exploração do objeto do Contrato; e, por fim, **VII)** houve violação aos princípios da eficiência e da economicidade na forma editalícia fixada para a remuneração mensal do parceiro privado.



260. Logo, a decisão singular que deferiu a medida cautelar pretendida pelo *Parquet* de Contas, no processo supracitado e emitida pelo Relator Conselheiro Interino Luiz Carlos Pereira (Decisão 075/LCP/2017), difere dos apontamentos verificados no presente voto.

261. Semelhantemente, cumpre-me esclarecer que, logo após a publicação do Decreto do Executivo Municipal 6.286/2017, o **Consórcio Cuiabá Luz S/A.**, impetrou **Mandado de Segurança 1018232-44.2017.8.11.0041**, perante o Juízo da 2ª Vara Especializada da Fazenda Pública de Cuiabá, cujo pedido inicial visava a suspensão da anulação da Concorrência Pública 01/2016 e Contrato 755/2016, via decreto expedido pelo atual Prefeito de Cuiabá, Senhor Emanuel Pinheiro. Desse modo, a impetrante, por meio de decisão liminar, expedida pelo Juiz Márcio Aparecido Guedes em 21/07/2016, logrou êxito no deferimento de sua pretensão.

262. Contudo, o **município de Cuiabá** agravou da decisão em referência e, conseguiu a reforma desta, por meio de **Recurso de Agravo de Instrumento 1012254-15.2017.8.11.000-PJe**, em trâmite na 2ª Câmara de direito Público e Coletivo do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, tendo como Relator o Exmo. Des. Luiz Carlos da Costa. Assim, o **Decreto Municipal 6.286/2017 encontra-se em plena vigência**, isto é, a **Concorrência Pública 01/2016 e o Contrato de Concessão 755/2016 estão anulados** para todos os efeitos de direito.

263. Isto posto, entendo que o acolhimento deste voto pelo Tribunal Pleno, **não acarretará descumprimento de decisão judicial**, mesmo porque, já consta nos autos do referido Recurso de Agravo de Instrumento do Município de Cuiabá, parecer do Procurador de Justiça, Dr. Paulo Ferreira Rocha, opinando favorável ao provimento do mesmo (05/07/2018).

## 5) DO DISPOSITIVO

### VOTO

264. **1)** Ante o exposto, **ACOLHO parcialmente o Parecer Ministerial 2.065/2018**, da autoria do Procurador de Contas Gustavo Coelho Deschamps e apresento **VOTO** no sentido de:



265. **1.1) CONHECER e JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente **Representação de Natureza Externa Principal 22.768-4/2016**, nos termos do artigo 226, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas;

266. **1.2) aplicar MULTA** ao **Senhor José Roberto Stopa**, Secretário Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá, em razão, no valor de **6 UPFs/MT**, pela ocorrência da **irregularidade 1. GB13, Licitação, de natureza grave**, com fulcro nos artigos 75, III, da Lei Complementar 269/2007 e 286, II, do Regimento Interno c/c artigo 3º, II, “a”, da Resolução Normativa TCE-MT 17/2016-TP, em razão da inobservância do princípio da publicidade nos atos oriundos da Concorrência Pública 01/2016, em contrariedade à Constituição Federal/88, ao artigo 21 e 61, parágrafo único, ambos da Lei 8.666/93 e aos artigos 10, VI, 11 e 12, todos da Lei 11.079/2004 c/c o artigo 14, da Lei 8.987/1995, comprometendo sua transparência e ocasionando restrição ao caráter competitivo da licitação;

267. **1.3) ISENTAR** de responsabilidade o Senhor **Emanuel Pinheiro**, atual Prefeito de Cuiabá, acerca das **irregularidades 1 e 3**, ambas classificadas como **GB13, Licitação, de natureza grave**, pois este não participou do certame (Concorrência Pública 01/2016), em especial das publicações dos atos decorrentes, bem como não era o gestor responsável no período em que estas ocorreram. Assim, averigui que tomou providências que lhe competiam, desde o início de sua gestão (2017), expedindo o Decreto Municipal 6.286/2017, o qual encontra-se em plena vigência, para todos os efeitos de direito, que anulou a Concorrência Pública 01/2016 e o Contrato de Concessão 755/2016.

268. **2)** Semelhantemente, diante do exposto, **ACOLHO** o **Parecer Ministerial 2.193/2018**, da autoria do Procurador de Contas Gustavo Coelho Deschamps e **VOTO** no sentido de:

269. **2.1) CONHECER e JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente **Representação de Natureza Externa Apensa 20.935-0/2017**, nos termos do artigo 226, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas;

270. **2.2) RECOMENDAR** à Prefeitura Municipal de Cuiabá que, em seus processos licitatórios homologados, adjudicados ou após assinatura do contrato administrativo correspondente, garanta à contratada, antes de proceder a eventuais atos de anulação ou de



revogação de certames, o cumprimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;

271. **2.3) ISENTAR** de responsabilidade o Senhor **José Roberto Stopa**, Secretário Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá, em razão de que este não possui competência para anular procedimento licitatório;

272. É como voto.

Cuiabá, 5 de dezembro de 2018.

(assinatura digital)

**Jaqueline Jacobsen Marques**

Conselheira Interina

Relatora

(Portaria 125/2017, DOC 1199, de 15/09/2017)