



PROCESSO	35009/2016 (AUTOS DIGITAIS)
ASSUNTO	RECURSO ORDINÁRIO cc MEDIDA CAUTELAR em REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA
RECORRENTE	MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO
RECORRIDO	SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO DE CUIABÁ SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS URBANOS DE CUIABÁ
RESPONSÁVEIS	RAFAEL DE OLIVEIRA COTRIM DIAS Secretário – SMG JOSÉ ROBERTO STOPA Gestor SMSU ANA PAULA VILLAÇA DE LOURENÇO Ex-Gestora SMG
LITISCONSORTES	CONSÓRCIO CUIABÁ LUZ
RELATOR	CONSELHEIRO INTERINO LUIZ CARLOS PEREIRA

DECISÃO SINGULAR

Trata-se de Recurso Ordinário com pedido de concessão de medida cautelar para suspender todos os procedimentos licitatórios referentes ao Edital n.º 001/2016, interposto pelo Ministério Público de Contas, em face do Acórdão **568/2016-TP**, que julgou improcedente a Representação de Natureza Externa, proposta pela empresa Global Ligth Construções Ltda, em face da Prefeitura Municipal de Cuiabá, da Secretaria de Serviços Urbanos de Cuiabá e da Secretaria Municipal de Gestão de Cuiabá, por irregularidades ocorridas no citado Edital.

O **Recorrente** alega, em apertada síntese, que: (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 n.º. 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.

Sob esses fundamentos, o **Recorrente** postula pela concessão da medida cautelar para suspender todos os procedimentos licitatórios referentes ao Edital nº 001/2016, cujo o objeto é a Concessão Administrativa para modernização, otimização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da Rede de Iluminação Pública Municipal, por meio de Parceria Público Privada.

No mérito, o **Recorrente** pugna pelo provimento do Recurso para que seja determinada a anulação do certame deflagrado através do Edital nº 01/2016 por parte da Prefeitura de Cuiabá e, caso outro seja lançado, sejam determinadas modificações em seu corpo, de modo que: (i) sejam retiradas menções à necessidade de comprovação de liquidez geral e liquidez corrente das licitantes, por meio de índices superiores a 1,5%; (ii) seja imputada responsabilidade pelo pagamento da conta de energia da iluminação pública à concessionária/empresa vencedora do certame; (iii) seja adotada a telegestão ou outro modelo de controle que propicie a mesma economia; (iv) seja inserida no edital cláusula que assegure o reequilíbrio econômico-financeiro a favor do Poder Concedente caso as despesas de manutenção previstas no item 3.1.3.3.3 sejam inferiores ao estimado; (v) seja devidamente fundamentada a escolha da modelagem da PPP, sob os aspectos da eficiência, efetividade e economicidade; (vi) seja detalhada a forma de compartilhamento das receitas acessórias decorrentes da exploração de objeto do contrato, de forma equilibrada; (vii) seja refeito os parâmetros para o cálculo da contraprestação mensal efetiva, de forma a estimular a melhoria da qualidade e a eficiência dos serviços de iluminação pública.

O então **Conselheiro Interno Moises Maciel** conheceu do Recurso Ordinário, em 06/12/2016, determinou a intimação dos Recorridos para apresentarem



esclarecimentos acerca do andamento da licitação e, em sequência, encaminhou os autos para manifestação da Secretaria de Controle Externo, quanto ao pedido da tutela cautelar, sem, contudo, emitir qualquer juízo decisório acerca desse pleito ministerial.

O **Secretário Municipal de Gestão** à época encaminhou esclarecimentos preliminares (Protocolo 229881/2016), em 12/12/2016, informando que a partir da publicação do Acórdão 568/2016-TP ora recorrido, a Municipalidade divulgou o Aviso de Abertura da Concorrência Pública nº 01/2016, publicada no DOE/TCE/MT nº 981 de 25/10/2016, tendo a sessão sido aberta em 01/11/2016, na qual compareceram para credenciamento o Consórcio INFREL, representado pelas empresas ELGLOBAL Construtora Ltda, NEON Construções Elétricas Ltda, TRICON Construtora e Incorporadora Ltda, e o Consórcio CUIABÁ LUZ, composto pelas empresas FM Rodrigues e Cia, COBRASIN Brasileira e SATIVA Engenharia.

Esclareceu, ainda, que o Consórcio Cuiabá Luz foi habilitado e declarado licitante vencedor, em 06/12/2016 e que, em 12/12/2016, o Termo de Homologação da Concorrência Pública nº 001/2016 foi assinado e encaminhado para publicação.

A **Secex de Obras e Serviços de Engenharia** emitiu Relatório Técnico, em 31/01/2017 (Doc. Digital nº 12902/2017), opinando pela concessão da cautelar, suspendendo-se a contratação do objeto da Concorrência nº 01/2016, pela citação dos interessados para que, querendo, apresentem suas contrarrazões recursais e, ao final, pela notificação do atual Prefeito Municipal de Cuiabá, para que tome conhecimento dos autos.

Retornados os autos, sob o entendimento de que a concessão de pedido cautelar ministerial *inaudita altera pars* era desproporcional, emiti a **Decisão Singular 023/LCP/2017**, publicada em 02/02/2017, intimando os gestores da Secretaria Municipal de Gestão de Cuiabá e da Secretaria Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá, para apresentarem documentos, notificando os Recorridos e o Consórcio Luz Ltda, esse na qualidade de litisconsorte, para se manifestarem acerca do pedido cautelar ministerial, e, por fim, notificando o atual prefeito Municipal de Cuiabá, Sr. Emanuel Pinheiro, para fins de ciência do andamento do presente Recurso e prestação de esclarecimento, se assim entendesse pertinente, tudo no prazo de 05 dias.



O **Consórcio Cuiabá Luz** apresentou informações, destacando que a contratação ocorreu conforme exige a Lei, dentro de parâmetros claramente estabelecidos e justificados no próprio Edital, e solicitou ao final que não seja concedida a medida cautelar, para que, no mérito, seja o Recurso Ordinário julgado improcedente.

Os **Secretários Municipais intimados** aviaram pedido de prorrogação de prazo para cumprimento da requisição de documentos e informações, o qual foi deferido por este Relator, nos termos da Decisão constante no Doc. Digital nº. 58882/2017. Informaram ainda, que não foi dada Ordem de Serviço para a empresa contratada (Contrato nº 755/2016), assinado em 20/12/2016.

À seu turno, a **Controladoria Geral do Município de Cuiabá** peticionou nos autos (Protocolo 59188/2017), solicitando a juntada de CD contendo os seguintes documentos e informações: **(I)** cópia do Chamamento Público para Manifestação de Interesse nº. 01/2015, publicado no DOC 534 de 23/12/2014; **(II)** cópia integral do Processo Licitatório da Concorrência Pública 01/2016, em especial os documentos relativos à fase interna; **(III)** cópia do Contrato nº. 755/2016, assinado em 20/12/2016; **(IV)** cópia dos Contratos de Prestação de Serviços de Manutenção/Reparo da rede de iluminação pública municipal, anteriormente vigente, incluídos eventuais Termos Aditivos celebrados e relatório financeiro da execução contratual (pagamentos efetuados por credor); e o **(V)** relatório contendo informação, por ano e de forma discriminada, da receita pública oriunda de Contribuição de Iluminação Pública, referente aos últimos 05 anos.

Transcorrido o prazo, os Recorridos não se manifestaram acerca do pedido ministerial de antecipação dos efeitos da tutela recursal, conforme certidão aposta pela Gerência de Diligenciados.

É o relatório.

Decido.

De proêmio, entendo adequado e pertinente enfatizar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.510-DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, reconheceu a competência dos Tribunais de Contas para expedir medidas cautelares. Confira-se:



“O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável.” (DJU de 19/03/2004, p. 18, Tribunal Pleno)

De acordo com o entendimento ventilado pela Ministra Ellen Gracie, a produção de medidas cautelares é inerente ao exercício das atribuições imputadas aos Tribunais de Contas pela CF/1988, sendo-lhe um instrumento válido e, muitas vezes, até mesmo indispensável, para evitar a frustração de sua atuação.

Na ocasião do voto do julgado em cotejo, o Ministro Cezar Peluso salientou que “é melhor prevenir do que remediar” e o Ministro Celso de Mello teceu os seguintes comentários que antecederam sua posição:

“É que esse procedimento mostra-se consentâneo com a própria natureza da tutela cautelar, cujo deferimento, pelo Tribunal de Contas, sem a audiência da parte contrária, muitas vezes se justifica em situação de urgência ou de possível frustração da deliberação final dessa mesma Corte de Contas, com risco de grave comprometimento para o interesse público (...). Essa visão do tema tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário, que, embora exposto a propósito do processo judicial, traduz lição que se mostra inteiramente aplicável aos procedimentos administrativos, notadamente àqueles instaurados perante o Tribunal de Contas, considerando-se, para esse efeito, os princípios e diretrizes que regem a teoria geral do processo (...). Daí a possibilidade, ainda que excepcional, de concessão, sem audiência da parte contrária, de medidas cautelares, por deliberação do Tribunal de Contas, sempre que necessárias à neutralização imediata de situações de lesividade, atual ou iminente, ao interesse público (...). A sumariedade do conhecimento inicial nessas medidas não se confunde, porém, com puro arbítrio do julgador.”

Fixada a competência cautelar deste Tribunal de Contas, passo ao exame dos efeitos deste Recurso e do pedido ministerial de “cautelar” para que sejam suspensos todos os atos decorrentes da Concorrência 001/2016, sob exame.

O presente Recurso, **interposto em 09/11/2016**, já conta com decisão o



recebendo no seu duplo efeito.

Conforme se colhe da **Decisão** prolatada pelo então Conselheiro Interino Moises Maciel (doc. Digital 218354/2016) **datada de 06/12/2016, ao admitir o presente Recurso Ordinário, o então Relator o recebeu no seu duplo efeito**, a despeito de consignar o sobrestamento da análise do pedido de antecipação da tutela recursal, pleiteado pelo Ministério Público de Contas, Recorrente.

Dessa decisão, na mesma data (06/12/2016), foram intimados o então Prefeito de Cuiabá, Sr. Mauro Mendes (Ofício 1120/2016/GCIMM), o então Secretário Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá, Sr. José Roberto Stopa (Ofício 1121/2016/GCIMM) e o então Secretário Municipal de Gestão de Cuiabá, Sr. Eroaldo de Oliveira (Ofício 1122/2016/GCIMM), sem que quaisquer destes tenha interposto, tempestivamente, Recurso contra ela.

Nos termos do inciso I, artigo 272, do Regimento Interno deste Tribunal, via de regra, o Recurso Ordinário será recebido no seu duplo efeito, devolutivo e suspensivo, ressalvado o caso quando interposto contra determinação de medidas cautelares, “hipóteses em que será recebido apenas no efeito devolutivo”.

O vertente Recurso volta-se contra acórdão que julgou improcedente Representação Interna e não contra Acórdão que determinou cautelarmente atos comissivos ou omissivos.

Desse modo, ratifico o juízo de seu recebimento no duplo efeito, devolutivo e suspensivo, o que, por si só, tem o condão de restaurar a liminar originalmente concedida por meio do Julgamento Singular nº. 123/SR/2016 e homologada por meio do Acórdão 80/2016-TP, deste Tribunal.

De fato, não havendo qualquer ressalva pela lei, quanto ao recebimento do Recurso Ordinário no efeito suspensivo, não cabe ao Relator, na qualidade de juiz do feito, e não de Legislador, por sua própria vontade suprimi-lo, sob pena de violação ao princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Como bem preleciona Nelson Nery¹, “o efeito suspensivo imanente aos

¹ NERY Jr., Néelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. 3. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 376. v. 1.



meios impugnativos da atividade jurisdicional, pode ser conceituado como "uma qualidade do recurso que adia a produção dos efeitos da decisão impugnada assim que interposto o recurso, qualidade essa que perdura até que transite em julgado a decisão sobre o recurso".

Barbosa Moreira afirmava que a expressão "efeito suspensivo recursal" que "é no mínimo inapropriada, uma vez que, **mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, por sua mera recorribilidade, já tem os seus possíveis efeitos suspensos, ou seja, independentemente de recurso interposto, haverá no mínimo o efeito suspensivo até que escoe o prazo para interposição do recurso**²".

O fato de a suspensão ser efeito da mera recorribilidade impede a ocorrência de situações absurdas, uma vez que se assim não fosse, teríamos decisões que, após serem publicadas, gerariam seu efeito respectivo, retirando toda e qualquer utilidade do efeito suspensivo do recurso interposto.

O efeito suspensivo já é preexistente, desde a prolação do acórdão recorrido e de sua publicação e intimação das partes. Dentro do prazo recursal, que no caso do presente Recurso Ordinário é de quinze dias (artigo 270, RITCMT), contados de sua publicação da decisão, o acórdão recorrido tem os seus efeitos contidos e não pode ser executado, já que lhe falta um dos requisitos primordiais, próprio do títulos executivos judicial ou extrajudicial, que é a exigibilidade, tanto que, neste Tribunal, acórdãos que imponham multas e ordens de ressarcimento ao erário tão somente são enviados ao Núcleo de Controle de Sanções, para posterior cobrança judicial em caso de inadimplemento voluntário, quando de seu trânsito em julgado (artigo 21, XVI³, cc artigos 292 e 293, do RITCEMT).

Recebido, pois, o Recurso Ordinário no seu natural efeito suspensivo, restaurou-se a proteção ao erário e ao Estado de Direito liminarmente tutelado, uma vez que se foram vislumbrados num primeiro momento os requisitos autorizadores para tanto, não se devendo presumir que eles tenham simplesmente desaparecido por ocasião do acórdão recorrido, ainda mais quando devam ser necessariamente reapreciados em sede

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 122-123.

³ Art. 21. Compete ao Presidente do Tribunal, além de outras atribuições previstas em lei:

XVI. Encaminhar os processos atingidos pela irrecorribilidade que contenham aplicação de multa e/ou determinação de restituição de recursos aos cofres públicos para cobrança judicial;



recursal.

Trata-se de considerar que os eventuais fundamentos do acórdão recorrido, revogatório da liminar, encontrar-se-iam em posição conflitante com o princípio constitucional do Duplo Grau de Jurisdição, assegurado, *in casu*, pela Lei Orgânica e Regimento deste Tribunal, segundo o qual os acórdãos originariamente proferidos podem ser reexaminados em sede recursal⁴.

Quando o Relator profere decisão revogatória da liminar anteriormente concedida, não está decidindo definitivamente a questão, de forma que mesmo não mais vislumbrando os requisitos autorizadores para a sua concessão, tal fato não deve ser considerado como inexistente até que o Tribunal, em sede recursal, assim decida.

Ovídio Baptista da Silva⁵ traz os seguintes ensinamentos sobre a matéria discutida:

As liminares devem perdurar eficazes, mesmo que a sentença cautelar de mérito julgue improcedente a ação; assim como, em princípio, deve a medida decretada, ou confirmada, na sentença cautelar final, conservar-se eficaz, mesmo que a sentença do processo principal decida contra a parte que obtivera a proteção cautelar, também não pode deixar o direito litigioso sem qualquer proteção assegurativa durante a tramitação dos recursos, em muitos casos extremamente demorada, de tal modo que a reforma da sentença, nos graus superiores de jurisdição, poderia deparar-se com uma situação de prejuízo irremediável ao direito somente agora reconhecido em grau de recurso.

Mutatis mutandis, do mesmo entendimento perfilha a jurisprudência em casos:

⁴ Analogamente, neste sentido: É o **efeito suspensivo dos recursos que realiza o princípio do duplo grau de jurisdição na sua plenitude**. Esse princípio todas as legislações o adotam (apresentava-se a Turquia como exceção, porém os poucos elementos disponíveis sobre a legislação daquele país já apontam no sentido contrário). Ele recomenda, por razões de sobra conhecidas, o reexame das decisões judiciais por órgãos superiores aos que as proferiram (ou, ao menos, diferentes destes, como ocorre nos juizados especiais, onde, de acordo com o art. 41, § 1º, da Lei nº 9.099, de 26.9.95, das sentenças ali proferidas admite-se recurso para um colegiado).

O efeito suspensivo assegura o princípio do duplo grau na sua inteireza, pois, quando ele incidem **a decisão recorrida não surte eficácia jurídica até que o órgão recursal a aprecie**. E do julgamento do recurso decorrerá outra decisão. Em virtude dela, o ato recorrido subsistirá, todas as vezes em que não se julgar o mérito do recurso, ou desaparecerá, substituído por outro, mesmo que meramente confirmatório. (BERMUDES. Sergio. Considerações sobre o Efeito Suspensivo dos recursos Cíveis. Revista da EMERJ, v. 3, n.11, 2000).

⁵ Curso de Processo Civil, vol. III, pág. 123.



Sentença que julga simultaneamente lides principais e cautelar, reunidas pela conexão, revogando liminar que fora concedida na última delas, pela qual o agravante entrara na posse de um veículo, alvo das demandas apelação por ele interposta recebida no duplo efeito posterior decisão que, acolhendo pedido da agravada, determinou que se expedisse mandado para a entrega a mesma do aludido veículo - inadmissibilidade determinação judicial descabida, de vez que **o duplo efeito atribuído ao recurso obsta que tal sentença produza os seus normais efeitos, entre os quais aquele alusivo à revogação da liminar** - validade do recebimento do apelo nos efeitos devolutivo e suspensivo, por estar em conformidade com a orientação emanada de ponto de vista da jurisprudência, inclusive deste colegiado - decisório reformado - agravo de instrumento provido.

(Agravo de Instrumento - 160482200 - São Mateus do Sul - Juiz Duarte Medeiros - Quinta Câmara Cível - Julg: 30/08/00 - Ac.: 11159 - Public.: 15/09/00).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CAUTELAR CONEXA A ORDINÁRIA DE INEXGIBILIDADE DE DÉBITO - RECURSO CONTRA DESPACHO QUE RECEBEU A APELAÇÃO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO - JULGAMENTO SIMULTÂNEO - APELAÇÃO ÚNICA - DUPLO EFEITO - RESTAURAÇÃO DOS EFEITOS DA LIMINAR REVOGADA.

A apelação interposta de sentença que julgou conjuntamente ações conexas deve, segundo a corrente jurisprudencial dominante, ser recebida em ambos os efeitos, ainda que, quanto a uma das demandas, a lei processual imponha restrição ao recebimento do recurso nos dois efeitos. Para a concessão do efeito suspensivo, nos casos em que a lei o dispensa da apelação, devem ser levados em conta os riscos advindos de uma decisão pendente de recurso (não definitiva), e, também, a necessidade de se impedir que o tempo do processo prejudique a parte que tem razão (inteligência do art. 588 do CPC). **A atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto contra sentença que revogou liminar concedida em medida cautelar implicará na restauração dos efeitos da liminar.**

(TJMG. 100790306201510011 MG 1.0079.03.062015-1/001, Publicação30/04/2008, Julgamento27 de Março de 2008).

Em conclusão, verifico que a **retomada do curso do processo licitatório**, mediante a publicação oficial do Aviso de Abertura da Concorrência Pública nº 01/2016, **ocorreu na mesma data da publicação do acórdão recorrido (25/10/2016)**, época em que, como bem esclareceu a doutrina acima citada **“mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, por sua mera recorribilidade, já tinha os seus possíveis efeitos suspensos”**.

Mais grave ainda, verifico que, mesmo após a interposição do



presente Recurso e a prolação de decisão deste Tribunal o admitindo com efeito suspensivo (doc. digital 218354/2016), temerariamente, a Municipalidade, ciente da interposição do Recurso e de seu recebimento no duplo efeito, prosseguiu com a realização do certame, vindo à habilitar e declarar o Consórcio Luz vencedor, na mesma data em que cientificado da decisão de admissibilidade do Recurso, 06/12/2016 (docs. digitais 218381/2016, 218383/2016, e 218385/2016) e vindo, posteriormente, a assinar o Termo de Homologação da Concorrência Pública nº 001/2016 e assinar o Contrato de PPP, em **verdadeira execução provisória ilícita e temerária do acórdão recorrido**.

A par dessa realidade processual, ínsita ao natural efeito suspensivo dos Recursos Ordinários perante este Tribunal, as razões recursais ministeriais sinalizam a presença de riscos eminentes de violação à princípios constitucionais e administrativos, bem como ao erário, que demonstram, *a priori*, de um lado, a aparente desproporcionalidade, antieconomicidade e lesividade da excecutoriedade provisória do acórdão recorrido, mediante a consecução de atos que puseram em marcha a celebração e execução contratual da PPP e; de outro lado, a adequação, a necessidade e a razoabilidade, não apenas do recebimento do Recurso com efeito suspensivo, mas também da expedição de medida acautelatória mais pertinentes ao atual estado das coisas, em legítimo exercício do poder geral de cautela em sede recursal.

Assim, ainda que se defendesse que o presente Recurso trata-se de Recurso Ordinário dotado de efeito exclusivamente devolutivo, o que não é o caso dos autos, mas apenas *ad argumentandum*, relevantes são as fundamentações recursais que passo a enfrentar [fumus boni iuris], e aparente é a existência de risco de dano grave ou de difícil reparação ao erário [periculum in mora]”, conforme passo a expor.

Consigno, contudo, que a presente manifestação limita-se tão somente ao exame dos requisitos autorizantes da cautelar pleiteada, sob pena de invasão à matéria de mérito em momento inapropriado.

De todo o arrazoado ministerial, nesta seara de cognição estritamente sumária, avultam relevantes as fundamentações expedidas acerca da(o) **(I)** a supressão do sistema de telegestão, inicialmente previsto no Chamamento Público para Manifestação de Interesse nº. 01/2015; **(II)** o desequilíbrio na distribuição dos riscos



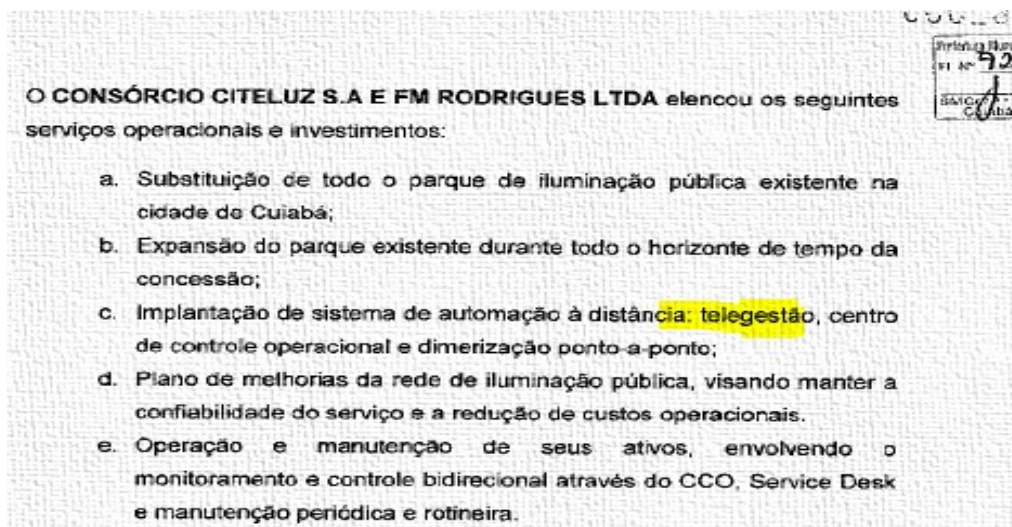
objetivos entre as partes; e, por fim, (III) a violação à regra legal do compartilhamento das Receitas Acessórias decorrentes da exploração do objeto do Contrato.

Segundo o acórdão recorrido, a **supressão editalícia do sistema de telegestão** seria legal e legítima, na medida em que, conforme expressamente consignou, "(...) não há legislação que exija a telegestão".

Ocorre que as razões recursais e as demais peças processuais dos autos dão conta de que o **sistema de telegestão** faz parte do modelo técnico proposto nos autos do Chamamento Público para Manifestação de Interesse nº. 001/2015, que foi avaliado e escolhido pela Comissão Especial, por meio da Nota Técnica nº. 01/2015/Comissão Especial/Portaria GP nº. 003/2015, e que foi aprovado pelo Comitê Gestor do Programa PPP/Cuiabá, para servir de base para a formulação do Edital da Concorrência, prevendo tal sistema.

Colho da mencionada Nota Técnica que ambos os estudos de viabilidade propostos pelas empresas participantes previam o **sistema de telegestão**. Confira-se:

O estudo apresentado pelo **CONSÓRCIO CITELUZ LTDA E FM RODRIGUES**



(...)



A modelagem técnica apresentada por este consórcio prevê também a telegestão de 20% dos pontos de iluminação a serem substituídos e instalados. Sendo feita a interligação de todos os pontos com uma Central de Comando e Controle, o projeto prevê uma comunicação bidirecional ponto-a-ponto a qual poderá ser feita através de tecnologias como Radiofrequência, Arquitetura de rede do tipo "Mesh", IP(Internet Protocol) e PLC(Power Line Communications). A justificativa apresentada para o uso de tal recurso foi de que será possível prever defeitos em qualquer um dos pontos interligados, captar os dados técnicos do mesmo, tal como potência da lâmpada utilizada, localização exata do ponto defeituoso, comando à distância de on/off e dimerização, medição de potência elétrica, além do gerenciamento e monitoramento do sistema como um todo. Todo o sistema será monitorado e gerenciado através do CCO a ser construído, o qual irá conter também o servidor de telegestão e a central de monitoramento. Segundo o projeto, a concessionária deverá disponibilizar área para o funcionamento e instalação do CCO e Service Desk, os quais serão projetados para funcionar 24 horas por dia, 7 dias por semana.

(...)

O **CONSÓRCIO ENGELUZ LTDA E CONSTRUTORA NHAMBIQUARAS**

elencou os seguintes serviços operacionais e investimentos:

4

- a. Substituição de todo o parque de iluminação pública existente na cidade de Cuiabá de forma acelerada;
- b. Preparo e instalação parcial de sistema de telegestão;
- c. Instalação de sistema de dimerização independente;
- d. Implantação de iluminação ornamental e social em parques, praças, monumentos, locais históricos e especiais;
- e. Operação e manutenção de seus ativos, envolvendo o monitoramento e controle bidirecional através do CCO, Service Desk e manutenção periódica e rotineira.

(...)



Para o controle do parque de iluminação, foi proposto um sistema de telegestão primeiramente atendendo a totalidade do parque de iluminação, sendo em seguida, devido à deliberações da comissão de análise, ajustado para se moldar conforme cenário econômico apresentado. Para isso, foi considerado para fins de projeto, a utilização do sistema de telegestão apenas na região central do município, totalizando uma parcela de 25% dos pontos de luz. O restante dos pontos serão monitorados através de rondas, serviços de rotina e serviços de atendimento ao consumidor. O método de comunicação também se dará a partir de Radio-Frequência, rede elétrica ou conexão via TCP/IP.

5

De acordo com a defesa ofertada à época do julgamento da Representação (Protocolo 123277/2016), a **supressão da telegestão** teria sido feita pelo Comitê Gestor, conforme Ata de Reunião nº. 02/2015, para em contrapartida reduzir o tempo de modernização de todo o sistema de iluminação pública para três anos e acrescentar 3.000 pontos de iluminação para suprir demanda reprimida. Confira-se os integrais termos da defesa abaixo:

Portanto, em vez de se despendere quase 10% do valor a ser investido em cinco anos com a modernização de todo o parque de iluminação pública para LED, o Comitê Gestor de PPP, na Ata de Reunião nº 02/2015, decidiu pela exclusão da telegestão do escopo da PPP de

32



Iluminação Pública, mantendo o projeto com a modernização de 100% dos pontos da rede para LED, iluminação artística, centro de controle operacional, monitoramento e controle dos ativos, desk service, consultoria especializada e manutenção rotineira e periódica dos ativos, sendo que o edital de licitação substituiu o investimento inicialmente previsto para a telegestão na redução do prazo para modernização de todo o sistema de 05 (cinco) anos para 03 (três) anos.

Basta ver que, no item 2.1.1.5 do Anexo II do Edital em análise, o Poder Público suprimiu a telegestão, mas em contrapartida beneficiou o interesse público ao reduzir para três anos a modernização de todo o sistema de iluminação pública e, ainda, acrescentar 3.000 para suprir a demanda reprimida na cidade.



Ocorre que, *prima facie*, a supressão não encontra em tais argumentos respaldo. **A uma**, porque o Comitê Gestor não excluiu expressamente a telegestão, mas, ao contrário, aprovou a realização da concorrência pública, por meio de PPP, com a imposição do dever de que o edital fosse formulado com as informações contidas nos estudos e projetos apresentados pelos consórcios devidamente habilitados, e conformidade com a Nota Técnica nº. 001/2015.

A seu turno, a referida Nota Técnica havia avaliado e escolhido o modelo técnico proposto pelo Consórcio Engeluz Ltda e Construtora Nhambiquaras, o qual previa a telegestão, conforme já demonstrado pelos *prints* acima.

Ainda que se entenda que o Comitê Gestor tenha optado por substituir o modelo técnico do consórcio Engeluz, avaliado e escolhido pela Comissão Técnica Especial, pelo modelo técnico do consórcio Citeluz, a **telegestão** não poderia ser tida como suprimida, pois neste modelo técnico também consta expressa previsão do **sistema de telegestão**, conforme já demonstrado pelos *prints* acima.

Ademais, a alegada substituição do **sistema de telegestão** por novos 3000 pontos de iluminação e por 100% de modernização do Parque de Iluminação não aparenta encontrar indícios de veracidade, uma vez que na modelagem de ambos projetos já havia tal previsão, e isso com o **sistema de telegestão** incluído. A respeito, confirmam-se:

O estudo apresentado pelo CONSÓRCIO CITELUZ LTDA E FM RODRIGUES

(...)

O projeto prevê que todos os pontos de luz da rede atual de iluminação pública de Cuiabá sejam substituídos pela tecnologia LED ou superior durante os primeiros 5 anos de concessão. Após isso, haverá um segundo ciclo de renovação dos materiais que acontecerá no ano 13 do projeto. Também foi previsto a execução de 1000 pontos de iluminação ornamental durante os primeiros 5 anos da concessão, além de demanda reprimida e melhorias de

3

pontos escuros com a execução de 3000 novos pontos nos primeiros 5 anos. Foram previstas duas fases de trocas de luminárias, com substituição de 40% dos pontos no ANO 1, 30% no ANO 2 e 30% no ANO 3. O mesmo cronograma se repetirá a partir do ANO 13. A implantação do sistema de telegestão será realizada durante os 3 primeiros anos da concessão. A economia de energia prevista pelo projeto será de até 48% após a modernização num período de 5 anos. O custo de energia foi retirado da concessão. O tempo total da



(...)

O estudo apresentado pelo CONSÓRCIO ENGELUZ LTDA e CONSTRUTORA

Em relação ao cronograma físico-financeiro e ao horizonte de planejamento, a estimativa de prazo para modernização do sistema foi de 3 anos, sendo no 1º ano 25% dos pontos modernizados, no 2º ano, 60% e no 3º ano, 100% de modernização. Também foi considerada a adição de 3.000 pontos à rede atual, referente ao atendimento da demanda reprimida, os quais serão instalados ao longo dos 3 anos de modernização previstos. A partir do 4º ano, foi previsto um crescimento vegetativo de 0,5% até o último ano de vigência da concessão. Assim como apresentado pelo consórcio anterior, este projeto também prevê o reinvestimento em novos equipamentos a partir do 13º ano, incluindo luminárias e equipamentos de telegestão. A implantação do sistema de telegestão bem como a implantação do CCO seria realizada no primeiro ano da concessão. Não foram apresentados dados concretos em relação à economia de energia proveniente do uso de tecnologias tais como o LED, a telegestão e a dimerização. O tempo de exploração da concessão considerado no estudo é de 25 anos, no qual são completados os dois ciclos de investimentos e troca dos equipamentos do parque de iluminação.

Desse modo, nesta seara de cognição sumária, tenho por plausível que a **supressão desse sistema** não apenas tem o condão de violar o **princípio da eficiência**, tal qual alegado pelo Recorrente, uma vez que tecnicamente identificado como o sistema mais apropriado de controle do parque de iluminação, como também o da **legalidade**, uma vez que a escolha da modelagem trata-se de discricionariedade técnica, que torna o ato de escolha um ato tipicamente vinculado, ainda porque aplica-se ao caso a teoria dos motivos determinantes⁶, de modo que externada pelo Comitê Gestor as condicionantes e

⁶ ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DETERMINANTES. INCONGRUÊNCIA. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ.

1. Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que os motivos embaixadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade.

2. “Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato



modelagens de confecção do Edital, este somente poderia ser confeccionado com base nas modelagens por ele aprovadas e escolhidas a partir da PMI, o que, inclusive, é preconizado pelo artigo 21, da Lei Federal 8987/95, e pelos artigos 8º e 12, da Lei Municipal 5761/2013 cc inciso I, do artigo 10 da Lei Federal 11.079/2004.

Ademais, a supressão editalícia do sistema de telegestão (quer na modelagem técnica do Consórcio Engeluz e Citeluz) tem, ainda, o condão de violar o **princípio da economicidade** e o da **vedação ao locupletamento ilícito**, uma vez que ela, ao que aparentam os autos, não foi paralela e proporcionalmente acompanhada da redução da contraprestação mensal do parceiro privado, estimada nos estudos técnicos e, assim, prevista no edital.

Se confirmada essa hipótese quando da análise meritória do vertente Recurso, estaremos diante de evidente prática de sobrepreço, ensejadora de dano ao erário, que demandará medida corretiva preventiva de recomposição do custo da PPP, da própria remuneração do Concessionário, pois a supressão de item tecnicamente orçado, avaliado e escolhido sem a dedução de seu valor, quando da elaboração do Edital, interfere de forma significativa nos custos e no desenvolvimento de todo o objeto da PPP.

Não bastassem esses relevantes fundamentos aventados nas razões recursais, por si só já suficientes para a concessão de medida cautelar obstativa de todos os atos decorrentes da Concorrência sob exame, há, ainda, indícios de que houve **previsão editalícia desproporcional de distribuição de riscos entre as partes**.

De acordo com as razões recursais não há fundamentação técnica para as regras de repartição de riscos, tal como previsto no Edital, e não há previsão de reequilíbrio econômico-financeiro em favor da Administração caso as perdas de bens afetos ao parque de iluminação, decorrentes acidentes, vandalismo ou furtos, sejam inferiores aos quantitativos previstos na cláusula editalícia 3.1.3.3, mas tão somente de reequilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária, caso superiores. Confira-se o teor da mencionada cláusula:

e o resultado nele contido” (MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011).



3.1.3.3.3 Acidentes, vandalismo ou furtos

Para casos decorrentes de acidentes, vandalismos ou furtos, a Concessionária deverá arcar com as despesas de manutenção, conforme os seguintes os critérios anuais:

- Luminárias – até 167 luminárias do Sistema de Iluminação Pública por ano;
- Cabos – até 78.778 metros de cabos do Sistema de Iluminação Pública por ano;
- Postes – até 38 postes da Concessionária por ano.

Quando as despesas superarem estes quantitativos, a Concessionária deverá arcar com estes custos e, depois, poderá requerer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato à ARSEC.

O acórdão recorrido entendeu que tal achado não configurava uma irregularidade, assentado na premissa de que “em nenhum dos itens apontados houve descumprimento legal, regulamentar ou principiológico”, mas que “(...) os questionamentos apresentados, derivam de uma compreensão de um “dever ser”, ou seja, um estudo utilizado para apresentar um modelo contratual “mais adequado”, e com benefícios maiores para o Poder Concedente”.

Embora entenda a ausência de previsão contratual ou editalícia não prejudica a aplicação do restabelecimento do equilíbrio, pois sua origem não é contratual, e sim constitucional (artigo 37, inciso XXI, CF/88), entendo relevantes e plausíveis o argumento de que a decisão não foi pautada em dados técnicos justificadores da eleição da faixa de quantitativo do risco coberto pelo custo da PPP, tanto que, sobre essa matéria, a TR anexa ao Edital apresenta **cláusulas contrárias entre si**, conforme se extrai do cotejo comparativo entre o teor da cláusula 3.1.3.3.3 e o teor da cláusula 29.1.4, alínea “n”. Confira-se essa última:

29.1.4. A Concessionária é integral e exclusivamente responsável pelos seguintes riscos, não havendo possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato:

(...)

n) o perecimento, destruição, roubo, furto, vandalismo, perda ou quaisquer outros tipos de danos causados aos bens vinculados à Concessão, responsabilidade que não será reduzida ou excluída em virtude da fiscalização do Poder Concedente;



Como bem adverte Kleber Luiz Zanchin⁷, sob a observância do artigo 423 do Código Civil⁸, aplicável à Administração como regra de interpretação, “o Poder Público, assim como qualquer outro contratante, deve dedicar-se à clareza e coerência de suas minutas, sob pena de vê-las interpretadas contra si”.

Ora, a aparente definição incoerente e infundada da repartição dos riscos pelo perecimento e perda dos bens afetos à PPP macula não apenas a legalidade do certame, mas também a transparência, a segurança jurídica da execução contratual e o controle externo, interno e social dos eventuais futuros aditivos em razão desses fatos.

Por fim, destaco que o custo decorrente de vandalismos foi considerado quando da composição do valor dos investimentos necessários no sistema de iluminação pública, objeto do contrato da PPP, conforme depreende-se de tabela descritiva contida no item 7 da TR anexa ao Edital sob exame. Confira-se:

CAPEX (R\$ mil)	Primeiro Ciclo			Segundo Ciclo			Terceiro Ciclo			Total (30 anos)
	Ano 1	Ano 2	Ano 3	Ano 13	Ano 14	Ano 15	Ano 25	Ano 26	Ano 27	
Transposição Tecnológica	34.140	21.164	20.839	28.868	17.908	17.633	28.888	17.908	17.633	206.747
Demanda Reprimida	2.352	3.780	3.780	0	0	0	0	0	0	17.474
Remodelamento	1.343	1.343	1.343	0	0	0	0	0	0	4.030
Embelezamento	1.103	1.103	1.103	1.103	1.103	1.103	1.103	1.103	1.103	16.541
Plano de Melhoria	1.664	0	0	0	0	0	0	0	0	1.664
CCO e estrutura operacional	1.050	0	0	0	0	0	0	0	0	1.050
Vandalismo	218	216	214	193	191	189	176	174	172	5.687
Material de manutenção	738	400	346	745	284	284	418	418	381	11.098
Veículos	1.482	0	0	0	0	0	0	0	0	4.282
Estrutura	275	0	0	0	0	0	0	0	0	1.415
Total	44.385	28.006	27.625	30.629	19.496	19.219	30.585	19.604	19.299	270.569

Pode-se verificar que apesar de haver previsão de custo do “vandalismo” para formação da base de cálculo da contraprestação mensal, não há dados técnicos, nos

⁷ Zanchin. Kleber Luiz. Contratos Públicos e Direito Privado. Interpretação, Princípios e Inadimplemento. Almedina, 2016.

⁸ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.



autos, de que a quantidade de 167 luminárias, de 78.778 metros de cabos e de 39 postes correspondem orçamentariamente aos valores acima propostos, bem como de que os valores anuais sejam razoáveis.

Ademais, não se pode olvidar que nas PPPs deve haver compartilhamento objetivo de riscos e, aparentemente, ao menos nesta análise sumária, o compartilhamento de risco, por exemplo, da depredação e/ou perda das luminárias sinaliza não ter respeitado esse princípio, uma vez que, se considerada válida a cláusula editalícia 3.1.3.3.3, a Concessionária assumiria baixíssimo risco de gestão desse ativo, considerando que teria assumido o risco de recuperação de apenas 167 luminárias, num parque de iluminação pública que, segundo dados constantes da Ata de Reunião nº 02/20158 do Comitê Gestor do Programa PPP/Cuiabáé composto por 67.618 pontos luminosos.

Isso implica em dizer, que a Parceira Privada assumiria um risco de apenas 0,25% de perda/depredação das luminárias, enquanto que ao Poder Concedente remanesceria a responsabilidade pelo risco de 99,75% dessas perdas/depredação.

Some-se a isso a constatação de que em nenhum dos documentos constantes dos autos constam dados históricos, quantitativos e qualitativos, acerca do controle físico-financeiro da perda ou depreciação dos bens públicos afetos à iluminação pública, sobre a responsabilidade da Municipalidade, em especial, daqueles bens mencionados na citada cláusula editalícia 3.1.3.3.3. (luminárias, cabos e postes).

A assunção de um risco aparentemente tão baixo e tecnicamente injustificado pelo Parceiro Privado ensejaria, *a priori*, na possibilidade de desencadeamento de sucessivos pedidos de reequilíbrios econômico-financeiros, em especial se o histórico e tendência de ocorrência desses sinistros (vandalismo, furto, acidentes) forem expressivos e não tiverem sido considerados no estudo técnico, como *prima facie* entrevejo não terem sido.

Outra tese recursal relevante e plausível, caracterizadora da fumaça do bom direito, refere-se à alegada **violação à regra legal do compartilhamento das Receitas Acessórias** decorrentes da exploração do objeto do Contrato.



Como se sabe, as chamadas receitas acessórias, complementares ou alternativas consubstanciam importante instrumento de garantia da modicidade tarifárias nas concessões administrativas comuns, regidas pela Lei Federal 8987/95:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital da licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, **com vistas a favorecer a modicidade das tarifas**, observando o disposto no art. 17 desta Lei.

Conforme posicionamento técnico do Tribunal de Conta da União, não há normativo que determine o quanto dessas receitas deve ser revertido para a modicidade tarifária, cabendo destacar uma das considerações da unidade técnica contidas no Acórdão 393/2002 que versa sobre concessões de rodovias:

Importa refletir sobre o fato de que, caso haja obtenção de receitas alternativas, estas certamente beneficiarão os usuários com a redução de tarifas, então é razoável que parte dessas receitas seja destinada à concessionária, sob pena de que a captação desses recursos torne-se desinteressante para esta última. Ora, se a obtenção dessas acessórias não trazer nenhum ganho para as concessionárias e, portanto, não for buscada no mercado, conseqüentemente não haverá redução na tarifa de pedágio, isto é, estará sendo inibida uma fonte de recursos que tornaria possível a redução das tarifas.

Sobre o tema também, percuientes são as ponderações tecidas por Cristiane Machado⁹:

(...)

- 1) o art. 11 da Lei nº 8.987/95 determina que as receitas extraordinárias devem ser empregadas em prol da modicidade tarifária, que é um dos requisitos para a adequada prestação dos serviços públicos delegados;
- 2) é dever do Poder Concedente incentivar a produção de receitas extraordinárias pelas delegatárias de serviços públicos;
- 3) **este incentivo**, pela natureza das atividades a empreender, deve vir sob a **forma de repartição de ganhos entre o delegatário e a modicidade tarifária**;

⁹ MACHADO, Cristiane Lucidi. Receitas Alternativas, Complementares, Acessórias e de Projetos Especiais nas Concessões de Serviços Públicos: Exegese do art. 11 da Lei nº 8.987/95. R. de Dir Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, n.7, p.97- 107, jul./set. 2004.



4) cabe à agência reguladora dar efetividade à norma do art. 11 da Lei nº 8.987/95, definindo o percentual das receitas extraordinárias que será destinado respectivamente ao delegatário e à modicidade das tarifas e o procedimento a empreender para fazê-lo;
(...)

Como se infere dos dispositivos, precedentes e da doutrina acima transcritos, as receitas acessórias são típicos instrumentos de atração do investimento privado em serviços públicos tarifados, **legalmente vocacionadas à “favorecer a modicidade das tarifas”**.

Com efeito, o inciso V, do artigo 6º, da Lei das PPPs (Lei federal 11079/2004) estabelece um rol aberto de formas de contraprestação da Administração nos contratos de PPP, prevendo “outros meios admitidos em lei”, que não aqueles expressamente nela consignados (ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais).

Ocorre que a admissibilidade de receitas acessórias, como forma de contraprestação da Administração nos contratos de PPP, não pode refulgir às características e à finalidade legalmente instituídas acerca dessa forma de remuneração do setor privado investidor, sob pena de não se podê-la ter como um meio de contraprestação “admitido em lei”.

Assim, **nos contratos de PPP Administrativa**, a contraprestação por meio **receitas acessórias**, dada a não incidência do princípio da modicidade tarifária, parece só encontrar razoabilidade e vantajosidade para a Administração Pública **se repercutir no regime remuneratório contraprestacional da PPP**, em favor da Administração, como bem preconiza o parágrafo único, do citado artigo 11, da Lei Geral das Concessões e Permissões:

Art. 11. (...)

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo **serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato**.



Por oportuno, destaco semelhante conclusão exarada por Rafael Wallbach Schwind¹⁰, acerca do tema:

Nas concessões administrativas, conforme destacado, não há cobrança de tarifas. **Desse modo, as receitas marginais poderão ser aplicadas para a redução da própria contraprestação assumida pelo parceiro público. Isso pode ocorrer tanto (i) com o compartilhamento dos lucros auferidos com atividade geradoras de receitas marginais quanto (ii) com a simples previsão de que a obtenção de receitas marginais estará inserida na remuneração do parceiro-privado, integrando a equação econômico-financeira da contratação.**

Nota-se que, em ambos os cenários, o parceiro privado será incentivado a buscar receitas marginais e, simultaneamente, haverá benefícios ao parceiro público. Isso porque haverá um compartilhamento dos resultados, que será explícito na hipótese “i”, e implícito na hipótese “ii”.

Nesse sentido, por exemplo, a PPP para serviços de transbordo, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos da Região Metropolitana de Belo Horizonte e Colar Metropolitano, estabeleceu previsão de receitas acessórias, que seriam compartilhadas na proporção de 30% para o Estado (**rebatidas no valor da contraprestação**) e 70% para o parceiro privado (cláusula 22.1 da minuta do contrato. Caso o montante das receitas acessórias ultrapasse 30% das receitas totais da SPE por dois anos consecutivos, há previsão de reequilíbrio do contrato a favor do poder concedente (anexo III, cláusula 3.2).

Ao que se avulta da PMI, da TR e das cláusulas editalícias, tais características e finalidade legal das receitas acessórias não foi considerada e a forma de compartilhamento estatuída no Anexo 3 do Edital não consegue demonstrar que o percentual de compartilhamento dessas receitas com o Poder Concedente traga o **“inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato”**, (parágrafo único, artigo 11), uma vez que dele se extrai que houve “dificuldade em estimar tais receitas considerando o longo prazo de vigência do Contrato”.

O compartilhamento das receitas acessórias com o Poder Concedente,

¹⁰ SCHWIND. Rafael Wallbach. Remuneração do Concessionário: Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas. Editora Fórum. 2010. P. 291.



sob a forma de abatimentos no valor da contraprestação mensal, é ato administrativo vinculado que não pode ser mitigado em razão da maior ou menor receita auferida pelo Parceiro-Privado com essas fontes de recursos, sob pena, como já explanado de desvirtuamento da finalidade legal do instituto e risco de desequilíbrio econômico-financeiro não apenas inicial, mas ao longo de toda ou grande parte da execução contratual.

Ao contrário, de forma diametralmente oposta à toda essa lógica jurídica e econômico-financeira das receitas acessórias, a fórmula de compartilhamento das Receitas Acessórias, constante no Anexo 3 da Minuta do Contrato, somente prevê a ocorrência desse compartilhamento **se** a Concessionária auferir receitas acessórias mensais superiores a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões). Confira-se:

Parte da soma de todas as Receitas Acessórias deverá ser compartilhada com o PODER CONCEDENTE e será revertida para o PODER CONCEDENTE, sob a forma de abatimentos no valor da Contraprestação Mensal. Este compartilhamento de Receitas Acessórias deverá mitigar o risco de lucros extraordinários com a CONCESSÃO, dada a dificuldade em estimar tais receitas considerando o longo prazo de vigência do Contrato.

A Concessionária deverá compartilhar mensalmente as Receitas Acessórias com o Poder Concedente da seguinte maneira:

$$RA = (\sum_1^k RACk - R\$ 15 \text{ milhões}) * CO$$

Onde,

- RA = Valor de Receita Acessória mensal a ser compartilhada
- RAC = Receitas Acessórias mensais auferidas pela Concessionária nos termos do Contrato de Concessão
- CO = Percentual de compartilhamento de Receitas Acessórias com o Poder Concedente

$$CO = \begin{cases} 15\% \text{ se } \sum RACk > R\$15 \text{ milhões} \\ \text{zero se } \sum RACk \leq R\$ 15 \text{ milhões} \end{cases}$$

Ademais, a fixação dessa fórmula no Anexo 3 da Minuta do Contrato, com estipulação de proporção fixa de 15% de compartilhamento das receitas, apresenta-se contrária ao disposto no item 26.2.8, da TR anexa ao Edital, que estabelece que “a



proporção do compartilhamento das Receitas Acessórias terá por referência os quesitos demonstrados no estudo de que trata o subitem 26.2.3, sendo ajustada em cada caso entre o Poder Concedente, por intermédio do Comitê Gestor, e a Concessionária”.

Por derradeiro, importante destacar que a discussão em comento ganha especial relevância quando situada à luz da discussão judicial travada no STF, nos autos da RE 666404, com Repercussão Geral reconhecida, a respeito da inclusão, ou não, do custo das despesas com instalação, manutenção, investimentos em melhorias e na ampliação da iluminação pública, no conceito de custeio do serviço de iluminação pública, previsto no art. 149-A, da CF/88.

Admitindo-se que tais despesas estejam incluídas no conceito de serviços de iluminação pública, os reflexos não apenas serão sobre a legalidade do custeamento de tais serviços com a COSIP (Contribuição de Iluminação Pública), mas também sobre a própria composição da base de cálculo desse tributo, de modo que qualquer antieconomicidade no contrato de PPP repercutirá no bolso do cidadão-consumidor-contribuinte.

Verifico que para além da plausibilidade nos argumentos expostos nas razões recursais, se encontram atendidos os pressupostos do *periculum in mora*, dado que as plausíveis ilegalidades do certame, caso confirmadas no mérito, tem o condão, a par do que estabelece o §2º, do artigo 49, da Lei de Licitações, de induzir à nulidade do Contrato, ainda que ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Dessa forma tem-se que as nulidades nos procedimentos licitatórios por vícios de legalidade: 1) operam retroativamente; 2) contaminam os contratos ou ajustes deles decorrentes; 3) não geram direito a indenização ou a restituição em favor do contratado, salvos nas hipóteses em que este logre comprovar sua boa-fé; 3) atribuem o ônus prova da boa-fé cabe ao contratado.

Assim, quanto mais atos decorrentes da Concorrência sob exame forem sendo praticados, mais atos serão suscetíveis de anulação, gerando insegurança jurídica na relação estabelecida.



Corroborando para a concessão da antecipação do efeitos da tutela recursal, ausente no caso o *periculum in mora in verso*, **a uma**, porque, conforme informação prestada nos autos, ainda não foi expedida a ordem de serviços ao consórcio Luz Cuiabá. **A duas**, porque compulsando o Portal da Transparência da Prefeitura de Cuiabá entrevi a celebração de Termo Aditivo ao Contrato nº. 7731/2012, que tem por objeto, contratação de empresa especializada para a execução de serviços de gestão de sistemas e obras de engenharia elétrica com serviços de manutenção e ampliação no município de Cuiabá, prorrogando sua vigência até 02/05/2017, de modo que o Município não ficará desprovido dos serviços essenciais de manutenção e ampliação dos serviços de iluminação pública. **A três**, porque os efeitos decorrentes desta cautelar poderão, sem prejuízo, ser suspensos ou cassados a qualquer tempo, bem como serão objetos de reanálise e análise meritória dos fatos subjacentes E, **por fim**, porque, caso improvido o Recurso ao final, poderá ser expedida a competente ordem de serviço para desencadeamento da execução contratual.

Cumprido, por fim, aclarar que, por ora, deixo de enfrentar o juízo acerca da(o) alegada(o): **(I)** não usualidade, desproporcionalidade e ausência de justificativa técnica da exigência de 1.5 de Índice de Liquidez Corrente; **(II)** risco à eficiência da execução do objeto da PPP, ante à previsão de pagamento da conta energia da iluminação pública pelo Poder Concedente; **(III)** ausência de fundamentação das opções de modelagem da PPP, no processo administrativo licitatório; **(IV)** violação aos princípios da eficiência e da economicidade na fórmula editalícia da remuneração mensal do parceiro privado, sob o seguro entendimento de que as mesmas merecem aprofundada análise técnica após eventuais contrarrazões ofertadas pelos Recorridos, bem como porque as irregularidades por ora enfrentadas dão suficiente lastro para a adoção da presente medida cautelar, dada à grave violação à ordem legal e aos contundentes indícios de risco de dano ao erário.

Desse modo, *prima facie*, justificada a concessão da medida cautelar recursal, a fim de evitar o perigo de consumação de eventual desequilíbrio econômico-financeiro inicial no contrato da PPP, de utilização irregular de bens públicos para auferição de receitas acessórias sem clara e fundamentada regra de compartilhamento dessas e sem a intermediação do Comitê Gestor, de ineficiência do sistema de controle



do parque de iluminação pública, do pagamento de contraprestação mensal com supressão do fornecimento do sistema de telegestão, mas sem a supressão do valor estimado do custo desse sistema, e do perigo de superveniência de pedido de reequilíbrio econômico-financeiro com base em distribuição não objetiva e clara dos riscos.

As medidas cautelares são utilizadas em casos de **urgência**, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito. No caso em análise, verifico que a envergadura do empreendimento sugere a necessidade de cautela por parte da Administração Pública.

Diante o exposto, com fulcro no artigo 272 cc art. 82 da Lei Complementar nº 269/2007, c/c arts. 89, *caput* e incisos I, IV, VIII, XIII e XV; 297, *caput* e inciso II; e 298, incisos III e IV do Regimento Interno desta Corte de Contas, ratifico o recebimento do presente Recurso com efeito suspensivo dotado da força cautelar pleiteada, para o fim de:

- I. **DETERMINAR à SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO DE CUIABÁ**, na pessoa de seu gestor, o Sr. Rafael de Oliveira Cotrim Dias, **à SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS URBANOS DE CUIABÁ**, na pessoa de seu gestor José Roberto Stopa, e **à PREFEITURA MUNICIPAL DE CUIABÁ**, na pessoa de seu gestor, o Sr. Emanuel Pinheiro, que, de modo a aferir o atendimento aos princípios da legalidade, finalidade, eficiência e economicidade, e sob pena de responsabilidade solidária junto a esta Corte de Contas, se **ABSTENHA DE DAR PROSSEGUIMENTO AOS ATOS ADMINISTRATIVOS DECORRENTES DA CONCORRÊNCIA 001/2016, DE EMITIR ORDEM DE SERVIÇO PARA A EMPRESA CONSÓRCIO LUZ LTDA**, ou, caso já emitida em data anterior à presente decisão, **SE ABSTENHA PRATICAR OU PERMITIR QUE SE PRATIQUE(M) QUAISQUER NOVOS ATOS INERENTES À EXECUÇÃO DO CONTRATO Nº 755/2016, DECORRENTE DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA 001/2016**, que tem por objeto a



concessão administrativa para modernização, otimização, expansão, operação e manutenção da Infraestrutura da Rede de Iluminação Pública do Município de Cuiabá/MT, sob pena de multa diária no importe de 20 UPFs-MT, com fulcro no poder geral de cautela e no inciso II, do artigo 2º da Resolução Normativa 17/2016/TCEMT;

- II. **INTIMAR**, com fulcro no artigo 257, III, do Regimento Interno, com urgência, o **CONSÓRCIO CUIABÁ LUZ**, na pessoa de seu procurador legalmente habilitado nos autos, Dr. Maurício Magalhães, para que se abstenha de **PRATICAR QUALQUER ATO INERENTE À EXECUÇÃO DO CONTRATO Nº 755/2016, DECORRENTE DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA 001/2016**;

- III. **INTIMAR**, com fulcro no artigo 257, III, do Regimento Interno, com urgência, o **CONSÓRCIO CUIABÁ LUZ**, na pessoa de seu procurador legalmente habilitado nos autos, Dr. Maurício Magalhães, a **SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO DE CUIABÁ**, na pessoa de seu gestor, o Sr. Rafael de Oliveira Cotrim Dias, à **SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS URBANOS DE CUIABÁ**, na pessoa de seu gestor José Roberto Stopa, e à **PREFEITURA MUNICIPAL DE CUIABÁ**, na pessoa de seu gestor, o Sr. Emanuel Pinheiro, acerca do inteiro teor desta decisão, para cumprimento imediato da vertente decisão;

- IV. **NOTIFICAR**, o **CONSÓRCIO CUIABÁ LUZ**, na pessoa de seu procurador legalmente habilitado nos autos, Dr. Maurício Magalhães, a **SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO DE CUIABÁ**, na pessoa de seu gestor, o Sr. Rafael de Oliveira Cotrim Dias, à **SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS URBANOS DE CUIABÁ**, na pessoa de seu gestor José Roberto Stopa, e à **PREFEITURA MUNICIPAL DE CUIABÁ**, na pessoa



de seu gestor, o Sr. Emanuel Pinheiro, de que, com fundamento em interpretação sistemática do artigo 302¹¹ cc artigo 280¹² do RITCMT, **após homologada a medida cautelar pelo Tribunal Pleno, será dada oportunidade de manifestação aos RECORRIDOS e ao LITISCONSORTE, para que, em querendo, apresentem suas contrarrazões**, no prazo de 15 dias, a contar da ciência da notificação;

- V. Ainda no exercício do **poder geral de cautela**, determino a expedição de **Ofício à ANEEL** para que, ciente desta decisão, forneça à essa Relatoria cópia do **Relatório Conclusivo do resultado das negociações com o Município de Cuiabá, e o cronograma de implementação da transferência do sistema de iluminação pública** então registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS **pela ENERGISA ao Município de Cuiabá** conforme artigos 218, caput e §§, da Resolução Normativa 414/2010 cc redação dada pela Resolução Normativa 479/2012/ANEEL;
- VI. Também, no exercício do **poder geral de cautela**, diante da informação constante no Anexo 3 do Contrato de PPP nº. 755/2016 acerca da dificuldade da Comissão e do Comitê Gestor “em estimar” as receitas acessórias, determino a expedição de **Ofício à ANEEL e à ENERGISA** para que, cientes desta decisão, forneçam à essa Relatoria **informações metodológicas, técnicas, econômicas e financeiras, e/ou cópia de Notas Técnicas, acerca das receitas acessórias auferidas pela Concessionária Energiza**, nos últimos 05 anos anteriores à efetivação da transferência do sistema de

¹¹ Art. 302-A. Após homologada a medida cautelar pelo Tribunal Pleno, será dada oportunidade de manifestação aos interessados sobre o incidente específico, com a possibilidade de juntada de documentos, no prazo de 5 dias.

Parágrafo único. Caso seja apresentada manifestação, no prazo de 15 dias o relator poderá se retratar, submetendo a decisão ao Tribunal Pleno para homologação. (Inclusão do caput do artigo 302-A, bem como do seu parágrafo único pela Resolução Normativa nº 32/2014)

¹² Art. 280. Interposto o recurso pelo representante do Ministério Público de Contas, serão notificados os demais interessados, se houver, para se manifestarem no prazo recursal, dispensando nova manifestação do recorrente.



iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS pela Energisa MT ao Município de Cuiabá, a que alude o artigo 218 da RN 414/2010/ANEEL, acompanhada de Nota de Esclarecimento acerca da similaridade ou não de parte dos serviços anteriormente prestados pela ENERGISA-MT/CEMAT em relação ao objeto do Contrato de PPP nº. 755/2016 (cópia anexa), celebrado entre o Município de Cuiabá e o Consórcio Cuiabá Luz Ltda;

VII. EXPEÇA-SE, para tanto, o necessário, nos termos regimentais;

VIII. DÊ-SE PRIORIDADE DE TRAMITAÇÃO a este processo, na forma do que prescreve o inciso IV, do artigo 138, do RITCMT;

IX. OFICIEM-SE e PUBLIQUE-SE;

X. Após a adoção das providências ora determinadas, os autos deverão ser remetidos imediatamente ao Ministério Público de Contas, para manifestação no prazo de 03 (três) dias, a fim de que a medida cautelar seja, em sequência, submetida à apreciação do Tribunal Pleno (art. 89, XIII do RITCE-MT).

Gabinete do Relator, Cuiabá-MT, 08 de fevereiro de 2017.

LUIZ CARLOS PEREIRA¹³

Conselheiro Interino

(Portaria 009/2017, DOC TCE/MT de 24/01/2017)

¹³ Documento assinado por assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006