



<b>PROCESSO</b>	<b>35009/2016 (AUTOS DIGITAIS)</b>
<b>ASSUNTO</b>	<b>RECURSO ORDINÁRIO</b>
<b>RECORRENTE</b>	<b>MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO</b>
<b>RECORRIDO</b>	<b>SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO DE CUIABÁ</b> <b>SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS URBANOS DE CUIABÁ</b>
<b>REPRESENTANTE</b>	<b>GLOBAL LIGHT CONSTRUÇÕES LTDA</b>
<b>RESPONSÁVEIS</b>	<b>RAFAEL DE OLIVEIRA COTRIM DIAS Secretário - SMG</b> <b>JOSÉ ROBERTO STOPA Gestor SMSU</b> <b>ANA PAULA VILLAÇA DE LOURENÇO - ex-Gestora SMG</b>
<b>LITISCONSORTES</b>	<b>CONSÓRCIO CUIABÁ LUZ</b>
<b>ADVOGADOS</b>	<b>MAURÍCIO MAGALHÃES FARIA JÚNIOR – OAB/MT 9.839</b> <b>MAURÍCIO MAGALHÃES FARIA NETO – OAB/MT 15.436</b> <b>NÁDIA RIBEIRO DE FREITAS – OAB/MT 18.069</b> <b>MURILO BARROS DA SILVA FREIRE – OAB/MT 8.942</b> <b>DARLÂ MARTINS VARGAS – OAB/MT 5.300-B</b> <b>CARLA SALVADOR – OAB/MT 15.785</b>
<b>RELATOR</b>	<b>CONSELHEIRO SUBSTITUTO LUIZ CARLOS PEREIRA</b>

## RAZÕES DE VOTO MÉRITO

No mérito, a anulação administrativa da Concorrência e do contrato de PPP sob exame, promovida pela Municipalidade de Cuiabá, foi administrativamente declarada tendo como fundamento e motivação, dentre outros fatos apurados pelo Grupo de Trabalho da PGM-Cuiabá, constituído pela Portaria n. 04/2017, a ratificação, pelo atual gestor municipal, Sr. Emanuel Pinheiro, dos entendimentos técnico e ministerial de que as cláusulas editalícias questionadas nessa seara recursal são nulas, o que importaria, em tese, em tornar incontroversa a matéria tratada nos autos, nos termos do artigo 356, I<sup>1</sup> c/c inciso III do artigo 374<sup>2</sup>, ambos do CPC c/c artigo 144 do RITCEMT.

Todavia, a empresa Cuiabá Luz S.A, terceira legitimamente

<sup>1</sup> Artigo 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

<sup>2</sup> Artigo 374. Não dependem de prova os fatos: (...)

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;





interessada e afetada pelas decisões deste Tribunal sob o caso, em suas contrarrazões, defende a legalidade dessa Concorrência e do Contrato n. 755/2016 dela decorrente, pelo que não se pode afastar a manifestação de mérito deste Tribunal.

Essa conclusão é ainda robustecida pelo entendimento que reiteradamente tenho manifestado<sup>3</sup>, inclusive, em consonância com a posição do TCU<sup>4</sup>, de que nem o cumprimento de cautelar satisfativa e nem a superveniente revogação ou anulação do ato objeto da cautelar implicam necessariamente em perda superveniente do objeto dos processos de fiscalização perante este Tribunal de Contas, quer porque o interesse de agir é verificado quando da formulação do pedido cautelar, quer por causa da especificidade dos processos de controle externo relacionados à fiscalização dos atos de gestão, os quais detêm natureza objetiva e, por isso, cumpre anotar que, entre as diversas competências e atribuições das Cortes de Contas estabelecidas na Constituição Federal, encontra-se a função corretiva (inciso IX, do artigo 71, da Constituição Federal)<sup>5</sup>.

A função corretiva possui natureza pedagógica-prescritiva, cuja finalidade é contribuir para o aprimoramento da gestão pública por meio de

<sup>3</sup> Representação Externa n. 147672/2016.

<sup>4</sup> O mero cumprimento posterior de determinação exarada pelo Tribunal, por parte da unidade jurisdicionada, não prejudica medida expedida pelo TCU por perda de objeto, tampouco elide a responsabilidade dos agentes públicos que deverão ser ouvidos em audiência acerca de indícios de prática de atos administrativos que configuram grave infração à norma legal de natureza financeira e operacional Acórdão 2350/2009 Plenário (Sumário). Ainda, conforme se colhe de trecho do voto do Ministro José Múcio Monteiro “(...) Apesar da revogação, os fatos apontados pelas representantes devem ser examinados, visto que poderiam levar à aplicação de sanções. No entanto, após o exame das provas trazidas aos autos, concluo pela procedência parcial das representações, sem aplicação de multas, pelas razões que exponho a seguir, acrescentando que o procedimento de elaboração do termo de referência adotado pela Caixa deve ser corrigido imediatamente, sob pena de responsabilização dos gestores nas próximas aquisições similares. (...) Boa parte dos fatos apontados pelos licitantes decorreu da inadequação dessas cotações e da elaboração falha do termo de referência contendo as especificações, mas a licitação acabou sendo revogada, em 5/6/2014. Por essas razões, tendo em vista que tais impropriedades foram trazidas ao conhecimento desta Corte e confirmadas, e que a licitação só foi revogada após as oitivas, opto por considerar parcialmente procedentes as representações e expedir as comunicações necessárias a fim de evitar a repetição dos erros verificados, deixando de propor sanções em face da clara precaução tomada pelos gestores ao não darem prosseguimento ao certame. Diante do exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que submeto ao Plenário. (original não destacado). (TCU. Acórdão n.º 2383/2014, Plenário, do Processo n.º 022.991/2013-1).

<sup>5</sup> Artigo 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil).





emissão de determinações e recomendações, fixação de prazo para adoção de providências, sustação de atos irregulares e adoção de medidas cautelares.

Ademais, a continuidade do trâmite de processos de fiscalização, de auditoria e/ou de contas em hipóteses de anulação de certames analisados no bojo destes processos constitui importante medida para se evitar tentativas de burla ao controle externo, evitando-se que com a anulação se subtraia a matéria da apreciação deste Tribunal para que, em sequência, se publique novo ato com o mesmo teor de questionável legalidade.

Passo, portanto, ao exame das irregularidades licitatória e contratuais com base nas quais o Recorrente postula o provimento do presente Recurso com vistas a reformar o Acórdão n. 568/2016-TP.

**1) DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE LIQUIDEZ GERAL E LIQUIDEZ CORRENTE DAS LICITANTES, POR MEIO DE ÍNDICES SUPERIORES A 1,5%: VIOLAÇÃO AO ARTIGO 31, § 5º, DA LEI 8.666/93 (IRREGULARIDADE GB18<sup>6</sup>)**

A efetiva exigência do índice sob exame é incontroversa, posto que não refutada por quaisquer das partes e verificável por simples leitura do teor das cláusulas 5.1 e seguintes do Edital de Concorrência n. 001/2016. Confira-se:

**5.1 DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO**

**5.1.3.2 Qualificação econômico-financeira:**

(i) Apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, sendo que, do balanço patrimonial apresentado, deverão ser extraídos os índices Econômico-Financeiros e de Estrutura de Capital a seguir mencionados para comprovar a capacidade econômico-financeira da Proponente:

<sup>6</sup> GB 18. Licitação Grave. Ocorrência de irregularidades relativas às exigências de qualificação econômico-financeira das licitantes (artigo 31 da Lei 8.666/1993) – Item 5.1.3.2 do Edital n.º 001/2016 - "comprovação de liquidez geral e liquidez corrente das licitantes, exigindo índices superiores a 1,5, contrariando o fixado no artigo 31, § 5º da Lei 8666/93".





Índices Financeiros:

LG = LIQUIDEZ GERAL:  $(AC + RLP) / (PC + ELP) = > 1,5$

LC = LIQUIDEZ CORRENTE:  $AC / PC = > 1,5$

EG = ENDIVIDAMENTO GERAL:  $PC + PNC / AT = < 0,50$

A complexidade do objeto da Concorrência adotada pelo acórdão recorrido como fator apto a justificar a escolha administrativa de exigência de índices de liquidez geral e corrente iguais ou superior a 1,5, não se sustenta no caso, pois o que se questiona não é apenas o fato de se tratar de um índice não usualmente exigido pelo mercado, como também a ausência da devida justificativa técnica no processo administrativo da Concorrência em questão, objeto esse específico da insurgência recursal do MPC.

Ademais, nem mesmo a prova de que se trata de um índice usualmente exigido pelo mercado restou confirmada nos autos quando da prolação do acórdão ora recorrido. O que, por si só, já autorizaria a reforma do mesmo.

Em suas contrarrazões, a Recorrida colaciona um único caso de exigência desse índice. Trata-se do Pregão Presencial n. 171/2013-SERMALI, realizado em 2013 pela Prefeitura Municipal de São José dos Pinhais (Protocolo n. 168610/2017, doc. digital n. 186106/2017, p. 313pdf). Todavia, o objeto desse não guarda qualquer similitude com o caso sob exame, como também não guardam os mencionados nas jurisprudências colacionadas nas aludidas contrarrazões recursais.

Nesse ponto, como bem destacou a Secex em seu Relatório técnico Recursal (doc. digital n. 7558/2018), “a contratação paranaense se referia a um Registro de Preços para a contratação de até 40.000 (quarenta mil) horas técnicas para a execução de serviços de Tecnologia da Informação (TI)”.

Em contrapartida, a Secex colaciona 04 casos análogos à Concorrência sob exame em que não exigiu índices de liquidez iguais ou superiores a 1,5. Tratam-se das PPPs de iluminação pública dos Municípios de





São Paulo/SP, de Maceió/AL, de Vitória/ES e de Uberaba-MG.

No que pertine ao cumprimento da exigência de justificativa técnica nos autos do processo, o Acórdão recorrido entendeu que esse dever foi observado pela Prefeitura mediante a mera menção ao montante da contraprestação pecuniária do Poder Público no primeiro ciclo da concessão (três primeiros anos), no valor total de R\$ 63.750.000,00, constante no Anexo III do Edital - Plano de Negócios Referencial para a PPP de Iluminação Pública de Cuiabá. Entendo que não o é.

O valor de um empreendimento não caracteriza por si só o elemento complexidade.

Ademais, como visto, outras PPPs referentes ao mesmo objeto, em valores até mesmo mais vultosos, foram licitadas com exigência de índice em percentual inferior. Ademais, a formalização da justificação no processo administrativo do certame, como bem elucida a **Súmula n. 289 do TCU, olvidada pelo acórdão recorrido**, deve conter, no mínimo: **(I)** parâmetros atualizados de mercado; **(II)** demonstração da correlação do índice contábil de capacidade financeira com as características do objeto licitado; **(III)** demonstração de que a fórmula de cálculo a que se chegou ao valor do índice a ser exigido não incluiu a rentabilidade e a lucratividade entre suas funções de cálculo. Confira-se:

**Súmula 289 TCU:**

A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade.

A própria referência doutrinária citada no voto do acórdão recorrido revela que não o é. Confira-se o trecho do acórdão recorrido acerca desse ponto:

Nesta escolha, a exigência de índices contábeis deve estar devidamente justificada no processo que instrui a licitação.





Jessé Torres Pereira Júnior<sup>4</sup> discorre sobre o tema esclarecendo que:

“A escolha dos índices de aferição da situação financeira dos habilitantes deverá estar **exposta e fundamentada no processo administrativo da licitação**, do qual resultará o texto do edital”.

Este apenas refletirá o exame e consequente definição de natureza técnica, transmitindo à Comissão elementos bastantes para o julgamento objetivo da matéria. **As razões da escolha (incluindo menção às fontes de consulta, sobretudo revistas especializadas) devem guardar nexos causal com a índole do objeto e o grau de dificuldade ou complexidade de sua execução**, a fim de que se cumpra o mandamento constitucional de serem formuladas tão somente exigências necessárias a garantir o cumprimento das obrigações que se venham a avençar.

Dos autos não se observa qualquer critério razoável, de cunho técnico, que indique tal necessidade.

Não há formalização de estudo ou de levantamento administrativo realizado pela Municipalidade com algumas empresas do setor que demonstrasse um quantitativo razoável dessas empresas que possuísem à época um índice de liquidez geral e corrente igual ou superior a 1,5, de modo a comprovar formalmente nos autos da contratação que o patamar eleito não teria o condão de ocasionar o afunilamento do universo de participantes.

Muito menos ainda há pesquisa administrativa nesse sentido quando considerada a exigência editalícia cumulativa de comprovação de patrimônio líquido mínimo de R\$ 75.225.000,00 (setenta e cinco milhões, duzentos e vinte e cinco mil reais), equivalente a 10% (dez por cento) do valor estimado do contrato (item iii, da cláusula 5.1.3.2 do Edital), para se detectar segura e razoavelmente que não houvesse apenas uma empresa pesquisada plenamente apta a participar do certame isoladamente.

Por fim, a irrisignação da Recorrida a que se garanta o devido respeito à discricionariedade do Gestor, na forma como vindicada nas contrarrazões, não se aplica ao caso, pois não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade.





Como já mostrado, a exigência formulada é incompatível com a prática da administração pública e com a realidade de mercado, não tendo sido apresentada na defesa à época da prolação do acórdão, e nem pela empresa ora Recorrida, e nem consta dos autos do processo administrativo referente à licitação qualquer justificativa para a adoção dos índices ora questionados, como exige o artigo 31, § 5º, da Lei 8.666/1993 (grifou-se):

Artigo 31 (...)

(...)

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e **devidamente justificados no processo administrativo da licitação** que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Diante do exposto, acolho as razões recursais, para, neste ponto, prover o recurso e reformar o Acórdão recorrido na parte em que julgou legal e razoável a exigência de índices de liquidez geral e corrente iguais ou superior a 1,5, considerando, assim, a **cláusula 5.1.3.2 do Edital n.º 001/2016** manifestamente ilegal, por ofensa ao artigo 31 e 38 da Lei 8666/93, aos artigos 11 e 12 da Lei das PPPs (Lei n. 11.079/2004), e à Súmula 289 do TCU.

Ainda, reformar o Acórdão recorrido para incluir a expedição de **determinação** à atual gestão da Prefeitura Municipal de Cuiabá para que promova os devidos estudos, de forma a verificar e justificar formalmente os patamares razoáveis à apuração dos índices econômico-financeiros em processos de contratação pública.

O reconhecimento da ilegalidade da cláusula 5.1.3.2 do Edital n.º 001/2016, dado o grave comprometimento da ampla concorrência licitatória, induz à anulação do processo de licitação, a qual, por sua vez, induz à nulidade do contrato administrativo, conforme prescrito pelo artigo 49, § 2º da Lei Fede-





ral n.º 8.666/93 c/c o artigo 3º, §1º da Lei n.º 11.079/2004<sup>7</sup> c/c o artigo 35, V da Lei n.º 8.987/95<sup>8</sup>.

Deixo, contudo, de declarar a nulidade contratual, posto que essa declaração já foi realizada pela própria autoridade administrativa competente, a teor do que prescreve o citado artigo 49 da Lei n.º 8666/93.

Anoto, todavia, conforme ressaltado no voto preliminar, que a anulação contratual, ao que se colhe dos autos, não acarretou a paralisação dos serviços públicos, pós, como já discutido nos autos, não ocorreu o início da execução dos serviços licitados.

## **2) DA SUPRESSÃO DO SERVIÇO DE TELEGESTÃO NO MODELO FINAL ADOTADO (Item 6.1.1 do Rel. Técnico Preliminar: Irregularidade GB 99).**

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”, e, visando uma suposta economicidade em relação ao custo desse sistema, o Comitê Gestor de PPP teria decidido, “conforme Ata de Reunião n.º. 02/2015, (...) pela exclusão da telegestão da PPP e, em contrapartida, reduziu de cinco para três anos o ciclo de modernização do Sistema de Iluminação Pública, bem como acrescentou 3.000 (...) novos pontos luminosos a fim de suprir a demanda reprimida”.

Em sede de apreciação cautelar restou constatado e afirmado que o sistema de telegestão faz parte do modelo técnico proposto nos autos do Chamamento Público para Manifestação de Interesse n.º. 001/2015 (Doc.

<sup>7</sup> Artigo 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no artigo 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995. (Regulamento)

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

<sup>8</sup> Artigo 35. Extingue-se a concessão por: (...)

V - anulação; e





41237/2016, fls. 4/22), que foi avaliado e escolhido pela Comissão Especial, por meio da **Nota Técnica n.º 01/2015/Comissão Especial/Portaria GP n.º 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.

Dessa mencionada Nota Técnica é possível extrair 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**

O **CONSÓRCIO CITELUZ S.A E FM RODRIGUES LTDA** elencou os seguintes serviços operacionais e investimentos:

- a. Substituição de todo o parque de iluminação pública existente na cidade de Cuiabá;
- b. Expansão do parque existente durante todo o horizonte de tempo da concessão;
- c. Implantação de sistema de automação à distância: **telegestão**, centro de controle operacional e dimerização ponto a ponto;
- d. Plano de melhorias da rede de iluminação pública, visando manter a confiabilidade do serviço e a redução de custos operacionais.
- e. Operação e manutenção de seus ativos, envolvendo o monitoramento e controle bidirecional através do CCO, Service Desk e manutenção periódica e rotineira.

(...)

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

- 00021  
Tribunal de Contas  
MT Nº 929  
BRASIL
- Substituição de todo o parque de iluminação pública existente na cidade de Cuiabá de forma acelerada;
  - Preparo e instalação parcial de **sistema de telegestão**;
  - Instalação de sistema de dimerização independente;
  - Implantação de iluminação ornamental e social em parques, praças, monumentos, locais históricos e especiais;
  - Operação e manutenção de seus ativos, envolvendo o monitoramento e controle bidirecional através do GCO, 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 retina 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

Em suas contrarrazões recursais, a Recorrida não logrou êxito em demonstrar cabalmente a exclusão ou não desse sistema pelo Comitê Gestor, limitando-se a repisar os fundamentos do voto do acórdão recorrido e suas próprias razões originais de defesa, no sentido de que “a inclusão desse sistema iria comprometer (...) a competitividade da concorrência pública”, o que teria conduzido o Comitê Gestor a excluí-lo da PPP.

Os documentos constantes nos autos, como já afirmado pela





decisão cautelar, não autorizam essa conclusão.

Não há expressa exclusão do sistema de telegestão pelo Comitê Gestor. Ao contrário, **esse Comitê**, conforme se depreende dos autos, **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 n.º 001/2015.**

Essa **Nota Técnica n.º 001/2015**, a seu turno, havia avaliado e **escolhido o modelo técnico proposto pelo Consórcio Engeluz Ltda e pela Construtora Nhambiquaras**, o qual previa a telegestão, conforme já demonstrado pelos *prints* dos documentos acima colacionados.

Ainda que se quisesse, forçosamente, imprimir ao Comitê Gestor a escolha da alegada supressão do sistema de telegestão, mediante a substituição do 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 no modelo técnico do consórcio Citeluz 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 encontra indícios de veracidade, - e não foi comprovada em sede de contrarrazões por quaisquer das partes envolvidas –, 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

00

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.





Em análise do Termo de Referência (doc. digital n.º 41390/2016), que embasou o Edital sob análise, verifica-se que o sistema de telegestão encontra-se no rol dos termos cuja definição é por ele traçada:

Subitem lxxviii Telegestão: Sistema de monitoramento e controle bidirecional dos pontos de iluminação pública em tempo real.

Com efeito, entre as vantagens econômicas e de eficiência das lâmpadas de Led projetadas para o parque de iluminação pública municipal encontra-se a “possibilidade de telegerenciamento em tempo real e em cada ponto de luz”, como bem destaca o Ministério de Minas e Energia, em sua cartilha de orientações para gestores municipais acerca de “Iluminação Pública Municipal: programa e política públicas<sup>9</sup>”.

Teleologicamente, assim, não faria sentido a supressão defendida pela Recorrida.

Aliás, uma das características das chamadas *smart cities* (cidades inteligentes) é justamente o controle da gestão em tempo real:

Cidades Inteligentes se definem pelo uso da tecnologia para melhorar a infraestrutura urbana e tornar os centros urbanos mais eficientes e melhores de se viver. Alguns exemplos de soluções tecnológicas para os problemas das cidades são, entre outros: sistemas de trânsito capazes de prever congestionamentos e sugerir rotas alternativas, relógios de **medição de água e luz que informam os gastos em tempo real** e aplicativos para que cidadãos participem ativamente das decisões sobre o lugar em que vivem.

À essas razões acresço como sendo procedentes os argumentos da Secex, a qual ressaltou tanto o potencial ganho estimativo de economicidade que o sistema de telegestão imprimiria à gestão da iluminação

<sup>9</sup> BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Disponível em: [http://www.mme.gov.br/documents/10584/0/Livreto+Ilumina%C3%A7%C3%A3o+P%C3%BAblica\\_2018\\_02\\_19.pdf/b47c5c44-eebd-4556-ab10-53a1bbba1a42](http://www.mme.gov.br/documents/10584/0/Livreto+Ilumina%C3%A7%C3%A3o+P%C3%BAblica_2018_02_19.pdf/b47c5c44-eebd-4556-ab10-53a1bbba1a42)





pública municipal, como a total ausência de qualquer estudo técnico do Comitê Gestor, formalmente demonstrado nos autos da PPP, no sentido de que “adoção da telegestão não possuía um bom custo benefício para Cuiabá”.

Nesse contexto, registro as estimativas técnicas lançadas, em seu Relatório Técnico Recursal, nos seguintes termos:

A equipe técnica buscou aferir a pertinência de tais alegações, tomando por base o valor do investimento informado pela prefeitura de Cuiabá para a implantação de telegestão em 20% dos pontos luminosos, as premissas do estudo técnico adotado pela Prefeitura que previa, dentre outros benefícios, que a telegestão reduziria pelo menos 25% da energia consumida nos pontos luminosos e o gasto inicial com energia que fora adotado no estudo econômico-financeiro encampado pela Prefeitura, e constatou que estas não perduram, conforme observa-se da análise apresentada a seguir:

Desta forma, evidencia-se que o estudo garantia que a telegestão seria responsável por reduzir o consumo energético em, no mínimo, 25% nos pontos luminosos. Neste contexto, uma vez que o estudo econômico-financeiro apresentado pelo Consorcio Citeluz S.A. e FM Rodrigues Ltda. considerou um gasto inicial com energia elétrica de R\$ 16.481.000,00 (dezesesseis milhões quatrocentos e oitenta e um mil reais), tem-se que a economia que poderia ser auferida, mediante a implantação integral da telegestão, quanto aos gastos com energia elétrica seria de aproximadamente quatro milhões ao ano ( $25\% \times 16.481.000,00 = R\$ 4.120.250,00$ ). No entanto, considerando que a defesa informou que seriam necessários investimentos de R\$ 7.610.000,00 (sete milhões seiscentos e dez mil reais) para implantação de telegestão em 20% da rede iluminação pública, temos que para a cobertura total da rede (100%) seriam, por equivalência, necessários investimentos no montante de aproximadamente R\$ 38.050.000,00 ( $7.610.000,00 \div 20\%$ ). Assim, uma vez que os investimentos estão previstos para serem efetuados a cada 12 anos, verifica-se que o valor que seria economizado neste período é o equivalente a R\$ 49.443.000,00 ( $4.120.250,00 \times 12$ ), notadamente superior aos investimentos estimados. Ademais, o benefício da telegestão não se limita a redução do consumo energético, esta tecnologia permite significativo aprimoramento na gestão do parque de iluminação pública mediante a identificação em tempo real de falhas na rede, bem como aprimora a transparência e o controle do poder público quanto a qualidade dos serviços prestados pela concessionária mediante a emissão em tempo real de relatórios acerca da situação de toda a rede de iluminação pública, o que, por sua vez, permitiria que os índices que compõem o indicador de desempenho refletissem a totalidade do parque de iluminação pública, e não uma diminuta amostra.





193. Válido destacar que nestas considerações anteriores da equipe técnica foi adotada uma despesa com energia elétrica de apenas R\$ 16.481.000,00, contudo, conforme informado no tópico anterior (Item 2.2.5 deste Relatório), as despesas de energia elétrica do município de Cuiabá, em 2016, foram no montante de R\$ 41.334.338,73, o que implicaria, nos termos acima expostos, em uma economia anual de R\$ 10.333.584,69, de forma que ao longo do ciclo de investimento de 12 anos significaria uma economia de R\$ 124.003.016,28 em razão de um investimento de R\$ 38.050.000,00.

Essas razões técnicas não foram refutadas pelas contrarrazões apresentadas.

Por todo o exposto, deve ser ratificada nessa oportunidade de apreciação meritória deste Recurso Ordinário a conclusão cautelar de que a supressão desse sistema pelo edital e pela minuta contratual sob análise não apenas **violou 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 **importou em violação ao princípio 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 determinantes<sup>10</sup>, de modo que externada pelo Comitê Gestor as condicionantes e modelagens de confecção do Edital, este somente poderia ser confeccionado com base nas modelagens por ele aprovadas e escolhidas a partir da do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), o que, inclusive, é

<sup>10</sup> 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 embasadores 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 e o resultado nele contido” (MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011).





preconizado pelo artigo 21, da Lei Federal 8987/95, e pelos artigos 4<sup>o</sup>11, 8<sup>o</sup>12 e 12<sup>13</sup>, da Lei Municipal 5761/2013 cc. o inciso I, do artigo 10 da Lei Federal 11.079/2004.

Observe-se, nesse ponto, que a aprovação do projeto pelo Comitê Gestor vinculou a gestão na licitação subsequente dos serviços a serem executados com base nele. A descrição do objeto do edital passou a ser questão de discricionariedade técnica.

Como bem esclarece Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>1</sup>, há distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica:

(...) quando a lei deixa à Administração a possibilidade de, no caso concreto, escolher entre duas ou mais alternativas, todas válidas perante o direito. E essa escolha se faz segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade, interesse público, sintetizados no que se convencionou chamar de mérito do ato administrativo".

(...)

No caso da discricionariedade técnica essas alternativas não existem, porque o conceito utilizado é de natureza técnica e vai ser definido com base em critérios técnicos extraídos da ciência. Daí a importância da especialização própria das agências reguladoras.

No caso, a eleição do projeto contendo o sistema de telegestão constitui expressão da discricionariedade técnica cuja motivação encontra-se

<sup>11</sup> Art. 4º Fica criado o Comitê Gestor do Programa PPP/Cuiabá, órgão superior de caráter normativo e deliberativo vinculado diretamente ao Gabinete do Prefeito, com competência para:

I - definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;

**II - aprovar os projetos e deliberar sobre sua inclusão no Programa PPP/Cuiabá;**

III - disciplinar os procedimentos para elaboração desses contratos;

**IV - autorizar abertura de licitação e aprovar seu edital;**

V - apreciar os relatórios de execução dos contratos, opinando sobre qualquer caso de alteração, revisão, rescisão, prorrogação ou renovação;

VI - deliberar sobre política tarifária, reajustes, conceitos, metodologias, equilíbrio econômico-financeiro e casos omissos próprios dos contratos vinculados ao Programa PPP/Cuiabá.

VII - realizar publicação anual reportando os resultados alcançados pelos projetos do Programa PPP/Cuiabá.

<sup>12</sup> Artigo 8º Os projetos de parceria de que trata esta Lei serão aprovados mediante processo administrativo deliberativo prévio perante ao Comitê Gestor do Programa PPP/Cuiabá, que compreenderá as seguintes fases:

I - proposição do projeto pelo parceiro privado ou sua apresentação pela própria Administração;

II - análise da viabilidade do projeto;

**III - deliberação.**

<sup>13</sup> Artigo 12. Finalizado o procedimento, o Comitê Gestor do Programa PPP/Cuiabá deliberará, por voto da maioria absoluta de seus membros, sobre a aprovação do projeto.

Parágrafo único. A decisão do Comitê Gestor do Programa PPP/Cuiabá constará de ata que será publicada na imprensa oficial, sem prejuízo da utilização de outros meios de divulgação.





amparada em argumentos de índole técnica, explicitados no próprio projeto e nas razões da escolha administrativa desse. A forma de exercício da discricionariedade técnica demanda necessariamente a ponderação sobre razões técnicas antes da tomada de decisão política (discricionária).

Caso efetivamente tivesse rejeitado esse modelo com o sistema de telegestão, não poderia o Comitê Gestor se furtar de explicitar comprovada e justificadamente as razões técnicas de sua decisão, com amparo não apenas em juízo subjetivo acerca da conveniência e oportunidade da medida adotada, sob pena de sua decisão se revelar mero capricho, juridicamente injustificável, ou achismo infundado.

Nesse sentido, Luciana Sant'ana Nardi, baseando-se no pensamento de Eva Desdentado Daroca, aponta que:

(...) a característica principal desta apreciação [técnica] é que não reside apenas na preferência do sujeito que a realiza, mas em critérios de natureza científica, o que a qualifica como uma atividade objetiva. Se o método científico não oferece verdades absolutas, também não são opiniões subjetivas<sup>14</sup>.

Como bem destaca Flávio José Roman, a discricionariedade técnica pode ser definida como:

**(...) dever da Administração ou daquele que exerce função administrativa de ponderar, segundo os cânones técnicos e científicos pertinentes, mediante determinado procedimento e em determinado prazo, para, em seguida, indicar qual é o comportamento, de pelo menos dois admitidos pelas normas incidentes no caso concreto, que melhor atende à finalidade da lei, que lhe atribuiu dita competência, submetido a controle judicial e extrajudicial. (...). Em qualquer hipótese, deve a Administração motivar sua decisão. Quer dizer, deve documentar em procedimento a tomada de decisão para evidenciar que foram observados os seguintes pressupostos para a tomada de decisão discricionária: (1) apuração e delimitação das vias técnicas de solução; (2) ponderação e escolha da via técnica mais ajustada ao interesse público; e, finalmente, (3) a execução da opção. Como dito, no primeiro passo recorre-se à**

<sup>14</sup> NARDI, Luciana Sant'ana. Discricionariedade administrativa e “discricionariedade técnica”, pp. 64-65.





ciência, no segundo faz-se a opção discricionária, que será executada no terceiro passo.

Portanto, a afirmação de que o ato envolve o exercício de competência ancorada em discricionariedade técnica fará surgir deveres especiais de fundamentação. Por isso, uma vez impugnado o ato ou o regulamento editado no exercício de uma competência discricionária com remissão a conceitos técnicos fluidos, será imperativo que a Administração traga aos autos do processo judicial a prova de que efetivamente exerceu o juízo técnico indispensável à prévia edição do ato. É a motivação do ato que colocará luzes sobre a forma como a Administração, previamente ao exercício da opção discricionária, exerceu sua competência técnica especializada. Caso assim não se comporte perante o órgão de controle, e não faça prova de que efetivamente se deteve no exame técnico-científico, o ato concreto ou o normativo-regulamentar impugnado deverá ser anulado por falta de motivação, por manifesta infringência ao disposto no artigo 50 da Lei 9.784/1999, bem como ao artigo 2º, letra "d", da Lei 4.717/1965, que positivam prescrições relativas ao princípio constitucional do devido processo legal, insculpidos nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição da República.

Ademais, a supressão editalícia do sistema de telegestão (quer daquele previsto na modelagem técnica do projeto do Consórcio Engeluz ou no do projeto da Citeluz) **violou, ainda, o princípio da economicidade e o da vedação ao locupletamento ilícito**, uma vez que essa supressão não foi paralela e proporcionalmente acompanhada da redução da contraprestação mensal do parceiro privado, estimada nos estudos técnicos e, assim, prevista no edital.

Esse fato é gravíssimo e deve ser de todo rechaçado em eventual e futura concessão dos serviços sob análise, pois caracteriza prática de sobrepreço apta a ensejar dano ao erário, pois a supressão de item tecnicamente orçado, avaliado e escolhido sem a dedução de seu valor quando da licitação, interfere de forma significativa nos custos e no desenvolvimento de todo o objeto da PPP.

Reconheço e **declaro**, portanto, a **ilegalidade** da omissão do Edital n.º 001/2016 em prever o sistema de telegestão, em razão da manifesta afronta aos princípios da eficiência, da legalidade, da economicidade, e ao da vedação do locupletamento ilícito,





Deixo, contudo, de declarar a nulidade contratual, conforme prescrito pelo artigo 49, § 2º da Lei Federal n.º 8.666/93 c/c o artigo 3º, §1º da Lei n.º 11.079/2004<sup>15</sup> c/c o artigo 35, V da Lei n.º 8.987/95<sup>16</sup>, posto que essa declaração já foi realizada pela própria autoridade administrativa competente, a teor do que prescreve o citado artigo 49 da Lei n.º 8666/93.

Anoto, todavia, conforme ressaltado no voto preliminar, que a anulação contratual, ao que se colhe dos autos, não acarretou a paralisação dos serviços públicos, pois, como já discutido nos autos, não ocorreu o início da execução dos serviços licitados.

**Determino**, pois, à atual gestão municipal que se abstenha de promover a concessão dos serviços de manutenção e de modernização do parque de iluminação pública municipal à revelia do projeto aprovado no procedimento de Interesse Público n.º 1/2015, do Termo de Referência, e da própria finalidade da modernização do parque de iluminação pública municipal com lâmpadas de Led, devendo essa determinação constar como ponto de controle no processo de monitoramento determinado nesse voto.

### 3) DO ILEGAL E DESPROPORCIONAL COMPARTILHAMENTO DE RECEITAS ACESSÓRIAS.

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:

**Artigo 11.** No atendimento às peculiaridades de cada serviço

<sup>15</sup> Artigo 3o As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no artigo 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995. (Regulamento)

§ 1o As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

<sup>16</sup> Artigo 35. Extingue-se a concessão por: (...)

V - anulação; e





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 artigo 17 desta Lei.

Sobre o tema também, percucientes são as ponderações tecidas por Cristiane Machado:

(...)

- 1) o artigo 11 da Lei n.º 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;**
- 4) cabe à agência reguladora dar efetividade à norma do artigo 11 da Lei n.º 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; (...)<sup>17</sup>.

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 a **“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).

<sup>17</sup> MACHADO, Cristiane Lucidi. Receitas Alternativas, Complementares, Acessórias e de Projetos Especiais nas Concessões de Serviços Públicos: Exegese do artigo 11 da Lei n.º 8.987/95. R. de Dir Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, n.7, p.97- 107, jul./set. 2004.





Ocorre que a admissibilidade de receitas acessórias, como forma de contraprestação da Administração nos contratos de PPP, não pode refugir 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 de 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:

Artigo 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 Schwind<sup>18</sup>, 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”.

### O compartilhamento das receitas acessórias com o Poder

<sup>18</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do Concessionário: Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas. Editora Fórum. 2010. P. 291.





Concedente, 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.

Conforme se extrai do voto que originou o Acórdão 393/2002 do Tribunal de Conta da União, “não há normativo que determine o quanto dessas receitas deve ser revertido para a modicidade tarifária”, todavia, o **parágrafo único do artigo 11 da Lei n.º 8.987/95** é claro ao estabelecer que essas receitas serão consideradas para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, como bem concluiu o mencionado voto, “a repercussão dessas receitas, portanto, deve ser analisada caso a caso, de modo a atender tanto o interesse público como o interesse das concessionárias”<sup>19</sup>.

No caso sob análise, de forma diametralmente oposta à toda essa lógica jurídica e econômico-financeira das receitas acessórias, embora a **cláusula 26.2.7 do Edital e a cláusula 10.2.7 do Contrato** estipulem que os ganhos econômicos decorrentes das fontes dessas Receitas Acessórias devem ser compartilhadas com o Poder Concedente, 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), ou seja, mitiga, sem apresentação de qualquer justificativa expressa, a vinculatividade legal do compartilhamento dessas receitas em razão da maior ou menor receita auferida pelo Parceiro-Privado com essas fontes de recursos**. Confira-se:

<sup>19</sup> Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/1481120000.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/6/false>.





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

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

Como bem asseverou a Equipe, no Relatório Técnico Recursal, é preciso destacar, ainda, que o **valor de R\$ 15.000.000,00** (quinze milhões de reais), assumido como critério para a ocorrência ou não do compartilhamento das receitas acessórias, constitui um valor que superior ao próprio valor mensal da contraprestação mensal do primeiro ano de execução contratual (item 1.5 do Anexo 3 do Edital).

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”.

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 sob exame, 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”.

As contrarrazões da Recorrida não conseguem ilidir essas conclusões, as quais desde a decisão cautelar já sobressaiam ao caso. A tese da defesa, pautada numa interpretação isolada do disposto na **cláusula 26.2.8 do Edital reproduzida na cláusula 10.2.8 do Contrato**, de que eventual e futura receita acessória “somente poderá acontecer se a Prefeitura Municipal autorizar e delimitar a sua participação”, não se compatibiliza com a restrição geral das receitas acessórias que condiciona seu compartilhamento com o Poder Público ao efetivo **auferimento, pela Concessionária, de receitas acessórias mensais superiores a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões)**.

Não ignoro que na expressão matemática de cálculo da Contraprestação Efetiva (CMefetiva) da Concessionária, segundo a cláusula 26<sup>20</sup> e o Anexo 3 – mecanismo de pagamento, ambos do Edital sob análise, há

<sup>20</sup> 26.1. Do valor estimado do contrato e da remuneração da Concessionária

26.1.1. O valor estimado do presente Contrato é de R\$ 752.250.000,00 (setecentos e cinquenta e dois milhões, duzentos e cinquenta mil reais).

26.1.2. Pela execução do objeto do termo, o Poder Concedente pagará à Concessionária contraprestação pecuniária, denominada Contraprestação Mensal, nos termos do Mecanismo de Pagamento.

26.1.7. A Contraprestação Mensal será composta por parcela variável em função do desempenho da Concessionária na prestação dos serviços, conforme a aplicação dos Indicadores de Desempenho.





menção de subtração “das receitas acessórias”. Todavia, essa menção é para consignar que o montante compartilhado de Receita Acessória com o Poder Público é que será subtraído da Contraprestação Efetiva e não o montante da Receita Acessória total. Confira-se:

$$CM_{efetiva} = (CM_{m\acute{a}x} * 0,9) + (CM_{m\acute{a}x} * 0,1 * SMD) - RA$$

A sigla “RA” subsequente ao sinal matemático da subtração não se refere à Receita Acessória, mas sim ao “compartilhamento de Receitas Acessórias mensais entre a CONCESSIONÁRIA e o PODER CONCEDENTE, nos termos da Minuta do Contrato”, conforme se extrai da legenda constante no Edital abaixo dessa expressão matemática.

Assim, se pode entrever que o saldo remanescente da Receita Acessória integra a contraprestação mensal da concessionária, atendendo, assim, ao interesse desta, tutelado pela lei, sem, contudo, refletir editalcia ou contratualmente em qualquer benefício em prol da modicidade tarifária. De igual modo, a receita acessória compartilhada, consoante previsão da cláusula 10.2.9 do Contrato sob exame, “deverão ser revertidos ao Tesouro Municipal”, sem, contudo, refletir editalcia ou contratualmente em qualquer benefício em prol da modicidade tarifária.

Por fim, destaco que se afigura inverídica a afirmação da Recorrida, em suas contrarrazões, no sentido de que “não existe receita acessória a ser explorada, simplesmente porque a característica do serviço concedido não apresenta qualquer possibilidade ou viabilidade”. A cláusula 6.2.10 do Edital e a Cláusula 6.1.10 do Contrato expressamente estabelece que a receita das aplicações financeiras constitui receita acessória, tanto que “não vinculada à aplicação no desenvolvimento de atividades relacionadas à Concessão”:

6.1.10. Os recursos à disposição da Concessionária deverão ser aplicados exclusivamente no desenvolvimento de atividades relacionadas à Concessão de que trata este Contrato, **ressalvadas unicamente as aplicações**





**financeiras, cuja respectiva receita é considerada acessória.**

Ainda que fosse verídica a mencionada afirmação da Recorrida, ela não afastaria esse cenário abstrato de ilegalidade das cláusulas editalícias e contratuais que condicionam o compartilhamento das receitas acessórias pela Concessionária ao Poder Público a um ganho de mais de 15 milhões de reais à títulos dessas receitas e que não preveem reflexos do ganho dessas receitas no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, nem na modicidade tarifária.

À toda vista, também nesse ponto, o Edital e o contrato sob análise manifestam-se ilegais, por afronta ao artigo 11, *caput* e parágrafo único da Lei n.º 8.987/95, pelo que nulos de pleno direito. Não há possibilidade jurídica de convalidação do ato mediante aditivo contratual para exclusão dessas cláusulas citadas, pois a forma de aferição e de compartilhamento das Receitas Acessórias constitui elemento capaz de impactar a própria formulação das propostas técnicas e comerciais e, portanto, suprimiria as demais licitantes de igual oportunidade.

Reconheço e declaro, portando, a ilegalidade da parte do Anexo 3 da Minuta do Contrato, que **condiciona a ocorrência do compartilhamento das Receitas Acessórias com o Poder Concedente somente se a Concessionária auferir receitas acessórias mensais superiores a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões). Declaro, semelhantemente, a ilegalidade da cláusula contratual 10.2.9 que direciona as receitas compartilhadas ao Tesouro** em detrimento da modicidade tarifária, preconizada pelo artigo 11 da Lei de Concessões.

Deixo, contudo, de declarar a nulidade contratual, conforme prescrito pelo artigo 49, § 2º da Lei Federal n.º 8.666/93 c/c o artigo 3º, §1º da





Lei n.º 11.079/2004<sup>21</sup> c/c o artigo 35, V da Lei n.º 8.987/95<sup>22</sup>, posto que essa declaração já foi realizada pela própria autoridade administrativa competente, a teor do que prescreve o citado artigo 49 da Lei n.º 8666/93.

Anoto, todavia, conforme ressaltado no voto preliminar, que a anulação contratual, ao que se colhe dos autos, não acarretou a paralisação dos serviços públicos, pois, como já discutido nos autos, não ocorreu o início da execução dos serviços licitados.

**Determino**, pois, à atual gestão municipal que se abstenha de promover a concessão dos serviços de manutenção e de modernização do parque de iluminação pública municipal com regra que **mitiga, sem apresentação de qualquer justificativa expressa, verídica e comprovada, a vinculatividade legal do compartilhamento dessas receitas em razão da maior ou menor receita auferida pelo Parceiro-Privado com essas fontes de recursos, de modo que seja observado disposto no caput e no parágrafo único do artigo 11 da lei de Concessões. Essa determinação também deve constar como ponto de controle no processo de monitoramento de seu cumprimento, quando da fiscalização do novo ou futuro processo de PPP com o mesmo objeto do ora analisado.**

#### **4) DA DESPROPORCIONAL REPARTIÇÃO DOS RISCOS EM RAZÃO DA PREVISÃO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO APENAS EM FAVOR DA CONCESSIONÁRIA (Itens 6.1.2, 6.1.3, 6.1.4 e 6.1.5 do Rel. Técnico Preliminar).**

<sup>21</sup> Artigo 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no artigo 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995. (Regulamento)

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

<sup>22</sup> Artigo 35. Extingue-se a concessão por: (...)

V - anulação; e





A cláusula editalícia sob exame refere-se à cláusula 3.1.3.3.3 constante do Anexo II - Caderno de Encargos (Doc. 41392/2016, fls. 13/49 e Doc. 41393/2016 fls. 1/15), que disciplina a responsabilidade da Concessionária sobre despesas de manutenção decorrente de acidentes, vandalismos ou furto, nos seguintes termos:

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 39 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.

A controvérsia se encontra no fato de que ocorrências desses sinistros em quantidade superior à acima consignada ensejam o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato em favor da concessionaria, sem correspondente previsão de reequilíbrio em favor da Administração, ou ainda saldo a ser compensado, caso os quantitativos estimados não sejam atingidos.

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”.

A decisão cautelar, ora ratificada *in totum*, embora tenha fixado entendimento de que “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)”, concluiu ser





relevante 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;

Com efeito, as contrarrazões constantes dos autos não trazem qualquer documento que esclareça o embasamento fático-financeiro do montante da despesa estimada como custo pelo evento vandalismo, constante na planilha de custos do Plano de Negócio Referencial (Anexo 3):

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	28.888	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	18.541
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	11.089
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
<b>Total</b>	<b>44.385</b>	<b>28.006</b>	<b>27.625</b>	<b>30.929</b>	<b>19.496</b>	<b>19.219</b>	<b>30.585</b>	<b>19.504</b>	<b>19.299</b>	<b>270.569</b>

Como se asseverou em sede cautelar, “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”. Todavia, “(...) não há dados técnicos nos 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, mesmo agora nessa fase de julgamento recursal meritório, 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 n.º 02/20158 do Comitê Gestor do Programa PPP/Cuiabá é 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 tem o dano condão de ensejar um 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 nessa fase recursal não se provou





terem sido.

Como bem adverte Kleber Luiz Zanchin<sup>23</sup>, sob a observância do artigo 423 do Código Civil<sup>24</sup>, 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.

A objetiva repartição dos riscos, como bem destacado pelo Relatório Técnico Recursal, refere-se as diretrizes a serem obrigatoriamente observadas na contratação das parcerias público-privadas, conforme determina a Lei n.º 11.079/2004<sup>14</sup>, o que, por óbvio, não constitui discricionariedade de qualquer administrador público.

Reconheço e **declaro**, portando, a **ilegalidade da cláusula 3.1.3.3.3 constante do Anexo II - Caderno de Encargos e de todas as demais a ela correlatas e de semelhante teor** por manifesta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade, da objetividade, da eficiência e da transparência e ao artigo 5º, III, da Lei n.º 11.079/2004.

Deixo, contudo, de declarar a nulidade contratual, conforme prescrito pelo artigo 49, § 2º da Lei Federal n.º 8.666/93 c/c o artigo 3º, §1º da Lei n.º 11.079/2004<sup>25</sup> c/c o artigo 35, V da Lei n.º 8.987/95<sup>26</sup>, posto que essa

<sup>23</sup> Zanchin. Kleber Luiz. Contratos Públicos e Direito Privado. Interpretação, Princípios e Inadimplemento. Almedina, 2016.

<sup>24</sup> Artigo 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

<sup>25</sup> Artigo 3o As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no artigo 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995. (Regulamento)

§ 1o As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

<sup>26</sup> Artigo 35. Extingue-se a concessão por: (...)

V - anulação; e





declaração já foi realizada pela própria autoridade administrativa competente, a teor do que prescreve o citado artigo 49 da Lei n.º 8666/93.

Anoto, todavia, conforme ressaltado no voto preliminar, que a anulação contratual, ao que se colhe dos autos, não acarretou a paralisação dos serviços públicos, pós, como já discutido nos autos, não ocorreu o início da execução dos serviços licitados.

**Determino**, pois, à atual gestão municipal que se abstenha de promover a concessão dos serviços de manutenção e de modernização do parque de iluminação pública municipal com repartição de riscos desproporcional, sem justificativa acompanhada de estudo técnico com levantamento do controle físico-financeiro da perda ou depreciação dos bens públicos afetos à iluminação pública, e sem correspondente previsão de reequilíbrio em favor da Administração, ou ainda saldo a ser compensado, caso os quantitativos estimados de riscos constantes em planilha de custo da PPP porventura não sejam atingidos. Tal como as demais determinações, essa também deverá ser objeto de monitoramento pela Secex.

**5) DA DESPROPORCIONAL REPARTIÇÃO DOS RISCOS EM RAZÃO DA PREVISÃO DE RESPONSABILIDADE DO PODER CONCEDENTE PELO PAGAMENTO DA CONTA DE ENERGIA DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA, E DA FORMA DE CÁLCULO DA CONTRAPRESTAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA (Item 6.1.1 do Rel. Técnico Preliminar: Irregularidade GB 99)**

Na distribuição dos riscos, o custo relacionado ao fornecimento da energia elétrica também ficou a cargo do Poder Concedente, conforme se extrai do item “xiii” da sub cláusula 29.1.3 da minuta do contrato anexa ao edital:

(xiii) custos relacionados ao fornecimento de energia elétrica, tais como custos de suprimento de energia, tarifas de uso dos





sistemas de transmissão e distribuição, bem como outros encargos setoriais aplicáveis;

O acórdão recorrido refutou o entendimento técnico original de que a responsabilidade do Poder Concedente pelo pagamento da conta de energia elétrica constituía uma cláusula contratual que desestimularia a concessionária de adotar medidas de redução do consumo de energia elétrica, sob o argumento de que esse entendimento se trata de uma hipótese teórica dependente “(...) de uma avaliação futura da eficiência energética”. De acordo, pois, com o acórdão recorrido:

(...) No caso é preciso consignar, que somente após um determinado tempo de execução do contrato é que será possível aferir se a eficiência energética foi cumprida. A eficiência enquanto princípio somente será aferida a posteriori, não existe possibilidade de se aferir se a eficiência foi atingida antes da finalização dos atos que a envolvem.

*A priori*, reconheço inexistir uma regra legal que imponha a obrigação da Concessionária de arcar com o pagamento da conta de energia elétrica.

Nesse sentido, é importante destacar que a legislação regente da prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica estabelece regras próprias acerca da relação contratual entre a concessionária e o consumidor, assim entendido, nos termos do artigo 2º, inciso da Resolução n.º 414/2010/ANEEL<sup>27</sup>, como sendo:

(...) pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, legalmente representada, que solicite o fornecimento, a contratação de energia ou o uso do sistema elétrico à distribuidora, assumindo as obrigações decorrentes deste atendimento à(s) sua(s) unidade(s) consumidora(s), segundo disposto nas normas e nos contratos, sendo: (Redação dada pela REN ANEEL 418, de 23.11.2010)

<sup>27</sup> RESOLUÇÃO NORMATIVA N.º 414, DE 9 DE SETEMBRO DE 2010. Estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica de forma atualizada e consolidada. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>.





Ainda, de acordo com o artigo 3º dessa mencionada Resolução, “a cada consumidor corresponde uma ou mais unidades consumidoras, no mesmo local ou em locais diversos”.

Reconheço, ainda, que a partir **do Anexo III do Edital** é possível entrever que além dessa titularidade originária, a razão pela qual a responsabilidade pelo pagamento dessa conta foi, editalícia e contratualmente, atribuída ao Poder Concedente assenta-se no fato de que a estimativa do valor da conta de energia elétrica está prevista como montante a ser deduzido do montante da contraprestação mensal a ser paga pelo Poder Concedente à Concessionária.

Segundo consta no **item 1.5 do Anexo III do Edital**, referente ao Plano de Negócio Referencial, o saldo da COSIP – Contribuição de Iluminação Pública, resultante da subtração do valor das despesas com energia elétrica do valor estimado de arrecadação da COSIP, constituiu a receita base para o cálculo das receitas da Concessionária, a ser auferida mediante o pagamento de uma contraprestação máxima pelo Poder Concedente a ela:

(...) Para efeitos do Estudo de Viabilidade, foi considerado um atingimento de 100 % da Nota de Desempenho do SMD. Adicionalmente, durante os estudos realizados, não foram identificadas receitas acessórias e sinérgicas ao objeto desta Concessão em nível de maturidade suficiente para que fosse proposto nos estudos elaborados.

Conforme proposto no modelo de viabilidade, **o projeto considera como Contraprestação o valor de R\$ 12,75 bilhões no primeiro ano e R\$ 25,5 milhões nos demais anos de contrato. Este valor foi definido com a intenção de se equivaler à receita estimada para a COSIP descontando a valor da energia**, que devido a implantação da tecnologia LED tendo a reduzir nos primeiros 3 anos de substituição do sistema.

Ressalta-se que diferentemente da Contraprestação contemplada no estudo, o saldo COSIP (arrecadação menos despesas com energia) tende a sofrer aumentos conforme o crescimento habitacional. Dessa forma, considerando também que o estudo optou por não utilizar qualquer saldo corrente do Fundo da COSIP na realização de aportes, este fundo deverá ter saldos positivos e crescentes ao longo da concessão.





Nos termos da **cláusula 30 do TR; da cláusula 1.2.1.31 do Edital; do item 1.5 do Anexo III do Edital (Plano de Negócio Referencial); do item “ii” do Anexo 7 do Edital (Modelo Exemplificativo do Instrumento Particular de Constituição de Garantia e outras Avenças); e da cláusula 14.2.2 do Contrato**, o Poder Concedente utilizar-se-á da Conta-Garantia, pela qual transitarão os recursos da COSIP<sup>28</sup>, destinado para: (I) o pagamento da conta de energia elétrica relativa à Iluminação Pública na Municipalidade, (II) o pagamento das contraprestações devidas no âmbito do presente Contrato de Concessão e, finalmente, (III) a constituição de garantia pública por meio do FUNGEP, no valor correspondente a 3 (três) Contraprestações Mensais (cláusula 30.2.10 do TR, cláusulas 14.2.10 e 14.2.11 do Contrato)

Assim, em tese, não se poderia transferir à Concessionária a responsabilidade pelo pagamento de uma conta mensal cuja despesa não constitui base de cálculo para a composição do cálculo da sua contraprestação mensal.

Inclusive, do mencionado Anexo III se pode colher que a despesa com o consumo público de energia elétrica não se encontra elencado no rol dos itens que compõem a tabela dos custos relacionados à operação da Concessão, os quais “foram definidos nos estudos apresentados em decorrência do Procedimento de Manifestação de Interesse n.º 001/2015”. Confira-se:



ASSJUR/SMGe

Fls. \_\_\_\_\_

Rub. \_\_\_\_\_

OPEX (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	
Pessoal	3.198	3.029	2.689	2.693	2.693	2.693	2.693	2.693	2.693	81.615
Veículo	771	493	493	379	379	379	379	379	379	11.994
Estrutura	365	349	330	323	323	323	323	323	323	9.892
Subcontratação e Serviços	854	178	178	108	108	108	108	108	108	4.126
Seguros e Garantias	133	162	162	150	150	150	150	150	150	4.536
<b>Total</b>	<b>5.321</b>	<b>4.211</b>	<b>3.852</b>	<b>3.653</b>	<b>3.653</b>	<b>3.653</b>	<b>3.653</b>	<b>3.653</b>	<b>3.653</b>	<b>112.163</b>

<sup>28</sup> Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública, nos termos do artigo 149-A da Constituição Federal e da Lei Complementar Municipal n.º 87, de 26 de dezembro de 2002, conforme atualizada.





No entanto, o que se colhe do teor da discussão técnica e jurídica posta desde a origem do processo, ignorada pelo acórdão recorrido, porém, vindicada pelas razões do Recurso Ordinário sob exame, é que a **atribuição da responsabilidade do pagamento pela conta de energia atrelada à forma do cálculo da contraprestação mensal da Concessionária é que constitui o problema central de alto risco de ineficiência contratual e gerencial.**

Para além desse problema, há, ainda, o apontamento do problema decorrente da alegada alteração injustificada da modelagem técnica proposta pelas próprias empresas e o da alegada dissonância da fixação dessa responsabilidade ao Poder Concedente diante da também alegada “prática do mercado”.

Enquanto o acórdão recorrido parte da premissa de controlabilidade *a posteriori* da eficiência energética e a Recorrida Cuiabá Luz parte da premissa de que tanto o Edital como a minuta a ele anexa contêm regra de desconto na contraprestação casos os índices de consumo energético não diminuam e de que o que o MPC pretende é rever o mérito do ato administrativo; o Recorrente, nisso acompanhado pelo Relatório Técnico Recursal, demonstra que a ilegalidade manifesta refere-se ao fato de que:

- a) a fórmula prevista em edital para remuneração do parceiro privado garante um pagamento fixo na ordem de 90% do valor da Contraprestação mensal e um pagamento variável com base no desempenho de apenas 10% do valor dessa contraprestação, ofendendo, assim, os princípios da eficiência e da economicidade;
- b) a administração municipal injustificadamente divergiu das modelagens produzidas pelas próprias empresas, que já previam o pagamento da conta de energia pelo parceiro privado”; e





c) o modelo de pagamento por parte do poder concedente é exceção em âmbito nacional”.

Com efeito, verifico que, nesse ponto, o acórdão recorrido distanciou-se das demais frentes do debate posto ao se restringir a analisar a potencialidade danosa ou não da atribuição do pagamento da energia elétrica ao Poder Concedente. Não houve enfrentamento da tese de alteração administrativamente injustificada de modelagem de concessão e nem da tese de excepcionalidade da opção administrativa de distribuição da responsabilidade pelo pagamento da conta de energia elétrica.

De fato, observo que desde o Relatório Técnico e o parecer ministerial originais as seguintes asserções:

(Relatório Técnico Preliminar, páginas 41 e 46)

Primeiramente, ressaltamos que, apesar de **não constar dos autos qualquer justificativa**, o encargo pelo pagamento da conta de energia elétrica ficou a cargo da Administração Pública, **tendo sido excluídos da modelagem os custos relacionados a energia elétrica da concessão.**

(...)

Ademais, **analisando outras Parcerias Público-Privadas que estão sendo realizadas em importantes cidades do país, a equipe técnica constatou que tanto a adoção do pagamento da conta de energia elétrica do parque de Iluminação Pública pelo concessionário, quanto a implantação integral da telegestão têm sido práticas recorrentes nos modelos adotados, dados os seus perceptíveis reflexos na eficientização do sistema e nos próprios controles sobre a atuação das concessionárias.**

Neste sentido, informamos, a título de exemplo, que ambos os modelos que estão sendo adotados pelos **municípios de São Paulo e Vitória** preveem a implantação da telegestão e preveem o pagamento da energia elétrica como encargo da concessionária.

**(Relatório Técnico de Defesa – doc. digital n. 138467/2016, p. 37)**

Muito embora a defesa afirme que a modernização em si do parque de iluminação pública ensejaria na redução do custo de energia elétrica em até 48%, a modelagem constante no edital não traz qualquer garantia ao poder público que esta pretensão





de economia será atingida, o que expõe a risco o poder concedente caso a meta de eficiência não seja alcançada. A defesa sustenta que **qualquer risco que eventualmente exista no fato de o Poder Concedente ser o responsável pelo pagamento de energia elétrica e mitigado pela existência do Sistema Central de Gerenciamento que devesse permitir a geração de relatórios comparativos entre o custo da energia estimado e o efetivamente faturado.**

Contudo tal alegação não deve prosperar posto que a simples **emissão destes relatórios não garante a economia projetada e não diminui o risco ao qual a municipalidade está exposta ao ter de arcar com pagamentos de energia elétrica em montantes superiores aos projetados** em face do possível não atingimento da eficiência energética esperada. Em verdade estes relatórios somente permitirão ao poder concedente aferir se a economia esperada está sendo atingida ou não.

Quanto a afirmação da defesa de que a responsabilidade pelo pagamento da energia elétrica a cargo do poder público permitiria a manutenção dos recursos auferidos com a contribuição de iluminação pública (no caso de Cuiabá nominada de Contribuição para o custeio dos Serviços de Iluminação Pública – COSIP) nos cofres públicos, permitindo que, caso haja sucessivas sobras dos recursos arrecadados com a referida contribuição, o poder público reduza a alíquota do tributo, a equipe técnica constatou que esta afirmação não condiz com a realidade na qual a concessão ora em análise se encontra inserida, conforme se expõe na sequência.

Primeiramente é importante deixar claro que a **modelagem não apresenta qualquer garantia quanto a redução de custos nos níveis esperados pelo poder concedente, bem como não assegura sobras dos recursos arrecadados com a COSIP.**

Em verdade, corre-se o risco de, ao não se atingir a pretensão de economia estimada, serem utilizados recursos de outras fontes do orçamento para custear os gastos com a energia elétrica da rede pública. Neste sentido, a equipe técnica constatou que **caso a economia gerada com a modernização seja inferior a 23,2% os recursos da COSIP não seriam suficientes para arcar com a contraprestação da futura concessionária e com o pagamento da conta de energia.** Para tal afirmação a equipe técnica considerou a previsão de arrecadação da COSIP em 2016 informada no Sistema Aplic de R\$ 38.159.000,00, considerou a **contraprestação anual máxima** prevista na alínea “f” da cláusula do item 4.1.5 do edital da Concorrência no 001/2016 no valor de **R\$ 25.500.000,00** e considerou o





## **gasto estimado com energia eletrica em 2016**

que consta da modelagem economico-financeira apresentada pelo Consorcio Citeluz S.A. e F.M. Rodrigues Ltda., adotado na modelagem do certame, no montante de **R\$ 16.481.000,00**, de tal forma que a economia minima necessaria para o equilibrio entre os recursos da COSIP e a quitacao das obrigacoes a que se destina (contraprestação anual e conta de energia eletrica) e dada pela seguinte formula:

$$E_M = 1 - \left( \frac{C_I - C_M}{E_{IP}} \right) = 1 - \left( \frac{38.159 - 25.500}{16.481} \right) = 1 - \left( \frac{12.659}{16.481} \right) \cong 1 - 0,7680 \cong 23,2\%$$

Onde:

- EM e a economia percentual mínima com energia eletrica a ser obtida com a modernização necessaria para manter equilibrados os gastos com a iluminacao publica de Cuiaba com relacao a receita da COSIP;
- CI e a previsao para 2016 de arrecadacao da COSIP em milhares de reais;
- CM e a contraprestacao anual maxima prevista na Concorrencia no 001/2016 em milhares de reais;
- EIP e o gasto estimado para 2016 com energia eletrica destinada a suprir a rede de iluminacao publica em milhares de reais.

Assim, restando evidente o risco ao qual o poder público se encontra exposto em caso do não atingimento das expectativas de economia com a redução do consumo energético em face da modernização do parque de iluminação publica, temos que este **risco poderia ser efetivamente mitigado de duas formas.**

Na **primeira forma** poderia se manter a responsabilidade pelo pagamento dos custos com energia elétrica sob a responsabilidade do poder concedente. No entanto, **deveria estar prevista, no modelo adotado, clausula permitindo que a contraprestação mensal seja descontada em valor equivalente a diferença entre a economia mensal projetada com a modernização para o mês e a economia efetivamente aferida.** Exemplificando, temos que após a modernização espera-se economizar 48% dos gastos com energia elétrica, assim, supondo que o município de Cuiabá gaste com a energia elétrica da iluminação pública cerca de R\$ 1.300.000,00 por mês antes da modernização, e esperado que com a modernização ele passe a não gastar mais do que R\$ 676.000,00  $([100\% - 48\%] \times 1.300.000,00)$ . Desta forma, suponhamos também que, após a modernização, a eficiencia atingida seja de 20%, e não os 48% esperados pelo poder público, neste caso a fatura de energia elétrica mensal seria no valor de R\$ 1.040.000,00  $([100\% - 20\%] \times 1.300.000,00)$  o que por sua vez acarretaria em um desconto da contraprestação mensal devida no montante de R\$ 364.000,00  $(1.040.000,00 - 676.000,00)$  em razão de gastos





com energia acima da meta prevista.

Ressalta-se que **a ausência de uma cláusula no contrato que impute este desconto ao concessionário pode significar um significativo desembolso para o poder concedente em razão deste ter de arcar com custos de energia elétrica da rede de iluminação pública em patamares bem mais elevados do que os esperados.** No caso do cenário do exemplo acima exposto, o desembolso que a Prefeitura Municipal de Cuiabá teria de fazer, ao longo dos trinta anos da concessão, simplesmente em razão do não atingimento da meta de eficiência energética, atingiria o montante de R\$ 131.040.000,00 (364.000,00 x 30 anos x 12 meses).

Adicionalmente, **poderia existir cláusula prevendo que economias adicionais seriam repartidas com o parceiro privado a fim de estimulá-lo a buscar uma eficiência energética superior a inicialmente prevista.** Neste sentido, suponhamos previsão editalícia estipulando que a economia adicional fosse repartida com o parceiro privado sendo-lhe repassado 70% desta economia adicional, assim, suponhamos também que, devido ao estímulo financeiro ofertado à concessionária, esta realizou investimentos adicionais buscando equipamentos mais eficientes, empregando inclusive tecnologias não previstas inicialmente na concessão, levando a uma eficiência na ordem de 80%, ao invés dos 48% inicialmente previstos. Neste cenário, considerando as mesmas premissas do exemplo anterior, a fatura de energia elétrica mensal viria no valor de R\$ 208.000,00 ( $[100\% - 80\%] \times 1.300.000,00$ ), representando uma economia adicional mensal de R\$ 468.000,00 (R\$ 676.000,00 – R\$ 208.000,00), dos quais R\$ 140.400,00 (468.000,00 x 30%) representariam ganhos adicionais para o poder concedente e R\$ 327.600,00 (468.000,00 x 70%) seriam repassados ao concessionário. Destaca-se que esta economia adicional representaria uma economia para o poder concedente, ao longo de toda a concessão, na ordem R\$ 50.544.000,00 (140.400,00 x 30 anos x 12 meses).

Na **segunda possibilidade de mitigação deste risco a responsabilidade pelo pagamento da energia utilizada na rede de iluminação pública seria alocada para o concessionário, concomitantemente a modelagem econômico-financeira já consideraria, em suas premissas, o atingimento das metas de economia energética quando da análise dos custos de energia para fins de cálculo da contraprestação a ser paga pelo poder concedente.** Adicionalmente, objetivando que o poder público também venha a se beneficiar, sob o aspecto financeiro, caso a concessionária atinja índices de economia





superiores aos inicialmente estimados, analogamente ao conceito adotado no modelo anterior, o edital poderá prever que no caso de os gastos com energia serem inferiores aos estimados na modelagem econômico-financeira, a economia adicional auferida deverá ser repartida com o poder concedente na forma de um fator de desconto na contraprestação mensal em valor equivalente a 30% da economia adicional com os gastos energéticos obtida por meio de uma eficiência superior à inicialmente prevista.

Ou seja, tomando por base os mesmos valores adotados no exemplo do parágrafo anterior, a contraprestação mensal sofreria um desconto de R\$ 140.400,00.

### **Parecer n.º. 3501/2016 - MPC (doc. digital n.º. 144367/2016)**

Em análise de defesa, destacamos que a equipe técnica reiterou, com exemplos, argumentos e fundamentos, que os encargos da conta de energia para o poder concedente não geram estímulos para que o parceiro privado atinja índices de eficiência energética superiores aos mínimos estabelecidos no contrato. Ademais, **comprovou que a época do chamamento público as modelagens apresentadas pelo próprio setor privado previam o encargo do pagamento da conta de energia como sendo de responsabilidade do concessionário.**

O Ministério Público de Contas entende que assiste total razão a equipe técnica. Conforme muito bem demonstrado pelo relatório de auditoria conclusivo, **a administração municipal injustificadamente divergiu das modelagens produzidas pelas próprias empresas**, que já previam o pagamento pelo parceiro privado.

55. Não bastasse, **o modelo de pagamento por parte do poder concedente é exceção em âmbito nacional.** O paradigma trazido pela defesa, de Belo Horizonte, e inaplicável, haja vista que essa prefeitura instituiu “bônus sobre a conta de energia”, de modo a sempre manter o parceiro interessado em diminuir o valor da conta.

Mostra-se um modelo incompatível e contraditório em si: ao parceiro privado cabe gerir e manter toda a iluminação pública, ou seja, em termos simples, e a concessionária que acende e apaga a luz. Todavia, e a administração que tem o dever de pagar a conta. Embora a minuta de contrato traga elementos para premiar a empresa pela eficiência (também contestados, conforme veremos abaixo), estes se mostram insuficientes frente ao pagamento pelo uso da iluminação.

57. O tema também traz questões acerca da responsabilização pelos riscos do negócio. É sabido que a PPP visa distribuir esses riscos entre a administração e o parceiro privado. Todavia, a partir do instante em que a conta de energia é paga exclusivamente pela administração, estamos diante de um cenário de distribuição desigual de riscos, que onera excessivamente o poder público e relaxa as obrigações do





parceiro privado, situação que não pode ser admitida por este órgão de controle.

**58. A Equipe técnica demonstra por cálculos matemáticos, nas fls. 35, 36 e 37 do Relatório Técnico Preliminar, que é financeiramente incoerente o modelo de negócios proposto pelo edital 1/2016, argumentação esta que este órgão ministerial, nesta oportunidade, utiliza por referência para embasar seu posicionamento.**

São, portanto, **três teses a serem enfrentadas nessa seara recursal**. A **primeira**, objeto de parcial enfrentamento pelo acórdão recorrido, consistente na alegada ineficiência administrativa e desequilibrada repartição de riscos decorrente da atribuição de responsabilidade ao Poder Concedente pelo pagamento da conta de energia elétrica atrelada à fórmula de cálculo da contraprestação da Concessionária. A **segunda** tese refere-se à alegada ilegal e injustificada divergência do Edital e do Contrato de PPP em relação à **modelagem apresentadas pelo próprio setor privado que previa o encargo do pagamento da conta de energia como sendo de responsabilidade do concessionário**. A **terceira** tese atém-se à alegada prática não usual de se atribuir tal responsabilidade ao Poder Concedente.

Na oportunidade da sumária cognição da cautelar não houve manifestação decisória acerca dessas teses, pelo que se passa ao seu devido exame nessa fase de apreciação meritória.

**O acórdão recorrido merece reforma**, quer por entender que não houve desequilíbrio na distribuição dos riscos do pagamento da conta de energia elétrica atrelado à forma do cálculo da contraprestação, quer por omitir-se em apreciar as demais teses em torno desse fato.

**Acolho a tese recursal** de que a fórmula prevista em edital para remuneração da Concessionária (Parceiro Privado) é desproporcional por tornar a atribuição do pagamento da conta de energia um risco para a Administração Concedente, bem como é ilegal e ilegítima por atentar contra as diretrizes que devem ser observadas na contratação de uma PPP, conforme previsto na Lei 11.079/04.





A contraprestação é, conforme já registrado nesse voto, expressa da seguinte forma:

3.2.1 A CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL EFETIVA devida à CONCESSIONÁRIA será calculada por meio da seguinte fórmula:

Em que:

$$CM_{efetiva} = (CM_{m\acute{a}x} * 0,9) + (CM_{m\acute{a}x} * 0,1 * SMD) - RA$$

Onde,

- **CM<sub>efetiva</sub>** = CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL EFETIVA;
- **CM<sub>máx</sub>** = CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL MÁXIMA, estabelecida conforme a PROPOSTA COMERCIAL da CONCESSIONÁRIA;
- **SMD** = SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO, correspondente à nota que a CONCESSIONÁRIA obteve em razão da qualidade dos serviços prestados na CONCESSÃO, cuja métrica de cálculo está definida no ANEXO 2 – SISTEMA DE

MENSURAÇÃO DE DISPONIBILIDADE E DESEMPENHO, oscilando entre 0% (nota mínima) e 100% (nota máxima), computada até a quarta casa decimal.

- **RA** = RECEITAS ACESSÓRIAS, refere-se ao compartilhamento de Receitas Acessórias mensais entre a CONCESSIONÁRIA e o PODER CONCEDENTE, nos termos da Minuta do Contrato.

Conforme se extrai das cláusulas editalícias e contratuais referentes à contraprestação da Concessionária, verifica-se que essa contraprestação é composta de duas partes, sendo uma contraprestação mensal fixa, correspondente a 90% do valor do saldo da COSIP, e uma parte variável, atrelada ao desempenho da Concessionária conforme indicadores, correspondente a 10% do saldo da COSIP, e que tão somente a parcela variável é passível de dedução em decorrência de eventual não atingimento do desempenho da Concessionária:

26.1.7. A Contraprestação Mensal será composta por parcela variável em função do desempenho da Concessionária na prestação dos serviços, conforme a aplicação dos indicadores de Desempenho.





Adotando-se os critérios e elementos do Plano de Negócio Referencial e, realizando-se uma comparação, de um lado, entre o montante da contraprestação anual projetada em favor da Concessionária, e, de outro lado, o montante resultante da soma dos custos e dos investimentos projetados, pode-se facilmente concluir que **o recebimento da contraprestação anual fixa excede quase 100% o montante do custos anuais** da Concessionária, de modo que a ausência ou insuficiência de desempenho da Concessionária no cumprimento dos indicadores a que aludem as mencionadas cláusulas, se torna financeiramente irrelevante para a Concessionária, de modo direto e imediato, não obstante a possibilidade de caracterização de descumprimento de seus deveres contratuais. Por sua vez, ao final dos 30 anos de PPP projetados, **o recebimento da contraprestação total fixa excede quase 100% o montante dos custos e dos investimentos totais** da Concessionária. Confira-se:

Período	(a) Contraprestação Max (Anual)	(b) CMax Fixa 90%	(c) CMax Variável 10%	(d) Custo Anual	(e) Investimento Anual	(f) Despesa Total (f) = (d) + (e)	(g) Déficit/ Superávit/ Lucro Anual (g) = (a) - (f)
Ano 1	R\$ 12.750.000,00	R\$ 11.475.000,00	R\$ 1.275.000,00	R\$ 5.321.000,00	R\$ 44.365.000,00	R\$ 49.686.000,00	- R\$ 36.936.000,00
Ano 2	R\$ 25.500.000,00	R\$ 22.950.000,00	R\$ 2.550.000,00	R\$ 4.211.000,00	R\$ 28.006.000,00	R\$ 32.217.000,00	- R\$ 6.717.000,00
Ano 3	R\$ 25.500.000,00	R\$ 22.950.000,00	R\$ 2.550.000,00	R\$ 3.852.000,00	R\$ 27.625.000,00	R\$ 31.477.000,00	- R\$ 5.977.000,00
Ano 13	R\$ 25.500.000,00	R\$ 22.950.000,00	R\$ 2.550.000,00	R\$ 3.653.000,00	R\$ 30.929.000,00	R\$ 34.582.000,00	- R\$ 9.082.000,00
Ano 14	R\$ 25.500.000,00	R\$ 22.950.000,00	R\$ 2.550.000,00	R\$ 3.653.000,00	R\$ 19.496.000,00	R\$ 23.149.000,00	R\$ 2.351.000,00
Ano 15	R\$ 25.500.000,00	R\$ 22.950.000,00	R\$ 2.550.000,00	R\$ 3.653.000,00	R\$ 19.219.000,00	R\$ 22.872.000,00	R\$ 2.628.000,00
Ano 25	R\$ 25.500.000,00	R\$ 22.950.000,00	R\$ 2.550.000,00	R\$ 3.653.000,00	R\$ 30.585.000,00	R\$ 34.238.000,00	- R\$ 8.738.000,00
Ano 26	R\$ 25.500.000,00	R\$ 22.950.000,00	R\$ 2.550.000,00	R\$ 3.653.000,00	R\$ 19.604.000,00	R\$ 23.257.000,00	R\$ 2.243.000,00
Ano 27	R\$ 25.500.000,00	R\$ 22.950.000,00	R\$ 2.550.000,00	R\$ 3.653.000,00	R\$ 19.299.000,00	R\$ 22.952.000,00	R\$ 2.548.000,00
Total (30 anos)	R\$ 752.250.000,00	R\$ 677.025.000,00	R\$ 75.225.000,00	R\$ 112.163.000,00	R\$ 270.569.000,00	R\$ 382.732.000,00	R\$ 369.518.000,00





Ao que se colhe dessa tabela demonstrativa, elaborada nesse voto a partir dos dados constantes de cláusulas editalícias e contratuais, embora a fixação de uma parcela fixa correspondente a 90% do saldo estimado da COSIP não possibilite, em tese, até o 14º ano de PPP, receita para custear o total das despesas com a PPP, decorrente da soma dos custos e dos investimentos, essa contraprestação permitiria à Concessionária arcar, com farta sobra remuneratória, seus custos mensais/anuais sem depender, para tanto, do recebimento de qualquer valor da contraprestação mensal variável em razão de seu desempenho contratual.

Da tabela acima, verifica-se que esse modelo de avaliação, como bem observou a Equipe Técnica, desde o relatório Técnico de Defesa, deixa de induzir e primar pela melhoria da qualidade e pela eficiência da iluminação pública, mais se equiparando a um tradicional contrato administrativo de prestação de serviços e não a um contrato de gestão para resultados em um verdadeiro modelo de Parceria-Público-Privada.

A análise comparativa efetuada pela Equipe Técnica na instrução inicial do feito entre esse modelo e o modelo adotado pela prefeitura Municipal de São Paulo é, nesse lanço, de extrema utilidade didática para demonstrar que a opção de garantia de uma renda fixa de 90% do saldo da COSIP destoa das melhores práticas de gestão dos serviços de manutenção e de modernização dos parques de iluminação pública.

Como bem anotou a Equipe Técnica, no modelo paulistano “(...) a Concessionaria não possui uma garantia imediata de 90% do valor máximo da contraprestação mensal a ser paga, e sim um valor variável decorrente de 2(dois) fatores distintos a serem mensurados – 10% para desempenho e 90% para disponibilidade”. Diferentemente, no modelo cuiabano há “uma parcela fixa de 90% e uma variável de 10%, a SMD (...) composto por 3 (três) indicadores de desempenho: operacional (70%), sócio-ambiental (15%) e administrativo (15%), sendo que (...) o fator SMD está avaliando tanto a disponibilidade dos serviços prestados como o do desempenho dos mesmos,





representando a parcela de 10% do valor da contraprestação mensal efetiva”. (doc. digital n. 86746/2016, p. 59-60).

Essas constatações são suficientes para caracterizar a irregularidade legalmente descrita como **“GB 99. Licitação Grave. Descumprimento das diretrizes que devem ser observadas na contratação de Parceria Público Privada (artigo 4º da Lei n.º 11.079/2004).”**

Não bastasse a própria verificação de desempenho ter uma baixa representatividade de peso percentual na composição da contraprestação da Concessionária, para inquirir de nulidade o certame e contratos sob exame, ela ainda será realizada pela ARSEC em periodicidade não editalícia e contratualmente fixadas e com a possibilidade de não serem realizadas e, assim, não acarretarem impacto na contraprestação da Concessionária, segundo se extrai da lógica das disposições constantes nas sub cláusulas da cláusula 28.3:

#### 28.3. Da atuação da ARSEC

28.3.1. A ARSEC será a responsável pela regulação e fiscalização da presente Concessão, notadamente pela aplicação das disposições do presente termo de referência, do Contrato e do Edital de Licitação, bem como na eventual liquidação de valores decorrentes de pedido de Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato e do pagamento de indenizações

**28.3.2. Na duração de qualquer período em que a ARSEC não exerça a apuração do desempenho da Concessionária, não iniciarão quaisquer descontos relativos aos Sistemas de Indicadores de Desempenho sobre a Contraprestação Mensal devida à Concessionária**

(...)

(...)

(...)

**28.3.6. Caso haja divergência entre a apuração realizada pela ARSEC, os Sistemas Indicadores de Desempenho da concessionária não impactarão Contraprestação Mensal a ela devida até que a comissão solucione a divergência suscitada.**

Pior ainda é a constatação de que o indicador referente à economicidade da energia elétrica<sup>29</sup>, inclusive invocado nas contrarrazões da

<sup>29</sup> O Índice de Economia de Energia compara o percentual de economia de energia média consumida por ponto com o percentual de economia médio por ponto calculado após a substituição dos pontos de





Recorrida, constitui um indicador que tem peso de 40% do total dos 15% dos indicadores sócio ambientais, os quais, por sua vez, tem peso de 15% do total dos 10% que compõem o cálculo da contraprestação mensal variável, conforme se depreende da leitura do **Anexo 2 do Edital**, referente aos Sistemas de Mensuração de Desempenho. Confira-se:

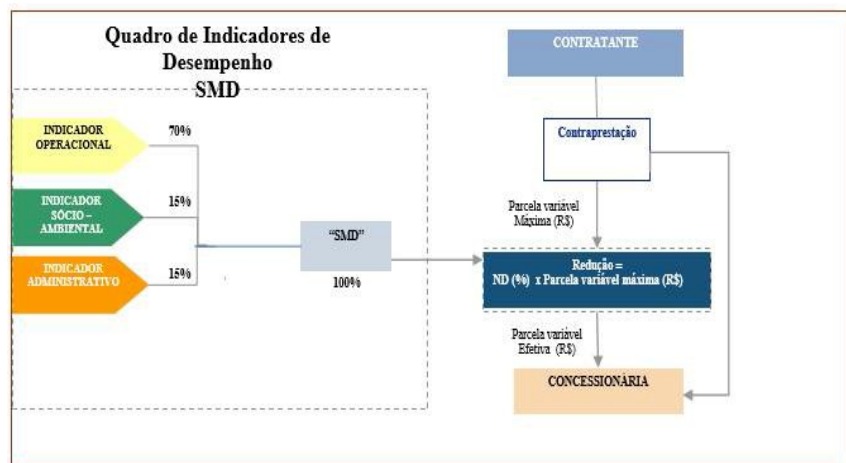
A avaliação de desempenho da Concessionária será mensurada exclusivamente segundo critérios objetivos e transparentes, conforme o Sistema de Mensuração de Desempenho (SMD) proposto a seguir, e deverá refletir:

- Qualidade da Operação - Continuidade da Iluminação (quantidade de pontos acesos à noite e apagados de dia) e atendimento ao cronograma de obras;
- Presteza no atendimento das solicitações (panes e urgências);
- Cuidados com os aspectos sócio-ambientais; e,
- Eficiência do gerenciamento administrativo.

O SMD é composto de indicadores de desempenho mensuráveis de forma objetiva e transparente, desenhados para incentivar a Concessionária a alcançar os níveis desejados de desempenho. Cada indicador será medido mensalmente e as notas serão atribuídas de acordo com os critérios de desempenho definidos no SMD.

Os indicadores de desempenho estão divididos em quatro áreas, sendo que a cada área atribuiu-se um peso para o cálculo da nota final:

- OPERACIONAL (peso 70%);
- SÓCIO – AMBIENTAL (peso 15%);
- ADMINISTRATIVO (peso 15%);



iluminação pública até o terceiro ano do contrato. A medição será realizada mensalmente e a obrigação da Concessionária será atingir o percentual de economia conforme indicado abaixo:

ANO 1 16%; ANO 2 38%; ANO 3 48%.

Economia de Energia (Acumulado) Caso a Concessionária atenda até 95% (noventa e cinco por cento) da economia de energia por ponto esperada, a nota será máxima igual a 100% (cem por cento);





Avaliando-se a representatividade da economia da conta de energia elétrica, tomando-se como base de cálculo os valores apresentados no **Anexo 2**, que traça o **Plano Referencial de Negócios**, pode-se vislumbrar que o eventual não atingimento da meta do indicador de economia de energia elétrica e, portanto, do valor da conta de energia elétrica, importaria, em um desconto, em torno, de 6% apenas na parcela da contraprestação mensal variável estimada em 10% do saldo da COSIP, estimado em R\$ 12.750.000,00, no primeiro ano da PPP, e em R\$ 25.500.000,00, nos demais anos. Confira-se demonstrativamente o cálculo, conforme os pesos anteriormente descritos:

Sistema de Mensuração de Desempenho								
(a) Período	(b) Contraprestação Max (Anual)	(c) CMax Variável 10%	(d) Sócio – Ambiental (Peso 15%) (d) = (c) x 15%	Sócio – Ambiental (Peso 15%)			Operacional (Peso 70%)	Administrativo (Peso 15%)
				Lâmpadas Recolhidas ao Descarte (Peso 30%) E1 = (d) x 30%	Índice de Responsabilidade Social (Peso 30%) E2 = (d) x 30%	Índice de Economia de Energia (Peso 40%) E3 = (d) x 40%		
Ano 1	R\$ 12.750.000,00	R\$ 1.275.000,00	R\$ 191.250,00	R\$ 57.375,00	R\$ 57.375,00	R\$ 76.500,00	***** *	***** *
Ano 2 a 29	R\$ 25.500.000,00	R\$ 2.550.000,00	R\$ 382.500,00	R\$ 114.750,00	R\$ 114.750,00	R\$ 153.000,00	***** *	***** *
Total (30 anos)	R\$ 752.250.000,00	R\$ 75.225.000,00	R\$ 11.283.750,00	R\$ 3.385.125,00	R\$ 3.385.125,00	R\$ 4.513.500,00	***** *	***** *





Moldada dessa forma o sistema de contraprestação da Concessionária, a atribuição editalícia e contratual de responsabilidade pelo pagamento da energia elétrica a cargo da Municipalidade Concedente, não apenas se apresenta contrária à eficiência no emprego dos recursos da sociedade, como, ainda, destoa da objetiva e justa distribuição de riscos, uma vez que o primeiro critério a ser observado é a alocação do risco à parte que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances do evento indesejado se materializar ou aumentar as chances de o evento desejável ocorrer.

Considerando, pois, que a redução do consumo de energia elétrica constitui uma das situações almejadas com a PPP, o pagamento dos custos com o fornecimento de energia elétrica para a rede de Iluminação Pública deveria ser responsabilidade da Concessionaria, posto que suas ações e investimentos é que efetivamente aumentarão ou não as chances de uma real redução no consumo de energia elétrica.

Nesse ponto, verifica-se que as vantagens socioeconômicas não são priorizadas, pois essas detêm baixíssima e possível esporádica representatividade de peso indicativo no cálculo da contraprestação mensal da Concessionária, ofertando-se a contraprestação à Concessionária em valor superior ao seu custo efetivo mensal e anual de forma fixa, em detrimento à observância dos incisos I e VII do artigo 4º da Lei 11.079/04:

Artigo 4º - Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

(...)

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Agrava essa ilegalidade, o fato de que há registro no Anexo 2 do Edital no sentido de que ainda que a Concessionaria, cumpra apenas 60% da nota da SMD, ou seja, caso ela tire 6 no total de 10 pontos, ela já recebera





equivalente a 9,4 pontos:

Caso a nota final do SMD obtida esteja no intervalo entre 80% e 100%, a Concessionaria receberá integralmente o valor da parcela variável da contraprestação mensal. Caso a nota obtida seja entre 60% e 80%, a Concessionaria receberá 94% do valor da parcela variável da contraprestação mensal. Caso a nota obtida seja inferior a 60%, a Concessionaria receberá 0% do valor da parcela variável da contraprestação mensal.

Concluo, à toda vista, que a fórmula de cálculo da contraprestação mensal e anual, devido em especial à fixação de uma parcela com representatividade de 90% do peso da contraprestação e uma baixíssima representatividade da economicidade energética, dentre outros relevantes fatores ligados ao desempenho, estão edital e contratualmente previstos em desacordo com as justificativas e propósitos administrativos formalmente expostos no certame e com a legislação regente da matéria.

Reconheço e **declaro**, portando, a **ilegalidade da distribuição do risco pelo pagamento da conta de energia elétrica do modo como atrelado à fórmula da contraprestação máxima efetiva à Concessionária**, por manifesta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade, da objetividade, da eficiência e da transparência e aos incisos I e VII do artigo 4º da Lei 11.079/04, sem possibilidade de mera retificação editalícia e contratual diante da repercussão das cláusulas atinentes a essa modelagem negocial na própria concorrência das demais licitantes e eventuais terceiras interessadas.

Deixo, contudo, de declarar a nulidade contratual, conforme prescrito pelo artigo 49, § 2º da Lei Federal n.º 8.666/93 c/c o artigo 3º, §1º da Lei n.º 11.079/2004<sup>30</sup> c/c o artigo 35, V da Lei n.º 8.987/95<sup>31</sup>, posto que essa declaração já foi realizada pela própria autoridade administrativa competente, a teor do que prescreve o citado artigo 49 da Lei n.º 8666/93.

<sup>30</sup> Artigo 3o As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no artigo 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995. (Regulamento)

§ 1o As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

<sup>31</sup> Artigo 35. Extingue-se a concessão por: (...)

V - anulação; e





Anoto, todavia, conforme ressaltado no voto preliminar, que a anulação contratual, ao que se colhe dos autos, não acarretou a paralisação dos serviços públicos, pois, como já discutido nos autos, não ocorreu o início da execução dos serviços licitados.

**Determino**, pois, à atual gestão municipal que se abstenha de promover a concessão dos serviços de manutenção e de modernização do parque de iluminação pública municipal com repartição desproporcional dos riscos do faturamento da conta de energia elétrica em razão de uma fixação de contraprestação à Concessionária que mitiga a efetividade dos descontos por baixo desempenho no indicador de economicidade de energia elétrica, bem como avalie tecnicamente a pertinência técnica-administrativa de estipular uma cláusula prevendo que economias adicionais seriam repartidas com o parceiro privado a fim de estimulá-lo a buscar uma efficientização energética superior a inicialmente prevista ou que aloque o pagamento da energia utilizada na rede de iluminação pública para o concessionário.

## VOTO

Diante do exposto, no mérito, ausente parecer ministerial por força do disposto no artigo 280 do RITCE-MT<sup>32</sup>, **voto** no sentido de **dar provimento** ao Recurso Ordinário interposto pelo Ministério Público de Contas, na pessoa do Procurador de Contas Getúlio Velasco Moreira Filho, contra o Acórdão n.º 568/2016-TP, prolatado nos autos da Representação Externa n.º 35009/2016, para o fim de reformando-o integralmente, julgar procedente a mencionada Representação Externa.

**Voto** ainda no sentido de:

I) **Declarar** ilegais, sem pronúncia de nulidade em razão da anulação administrativa do certame, as cláusulas editalícias 5.1.3.2, 26.2.7,

<sup>32</sup> Artigo 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.

Parágrafo único. O representante do Ministério Público de Contas, quando não for o recorrente, manifestar-se-á sobre a admissibilidade e o mérito, através de parecer nos autos. (destacou-se)





28.3.2; 28.3.6; a cláusula 3.1.3.3.3 constante do Anexo II - Caderno de Encargos, a fórmula de compartilhamento das Receitas Acessórias, constante no Anexo 3 da Minuta do Contrato, as cláusulas contratuais 10.2.7, 10.2.9, 29.1.3, xiii; a parte do Anexo 3 da Minuta do Contrato, bem como a supressão editalícia e contratual do sistema de telegestão no objeto contratual e no rol de atribuições da Concessionária.

II) **Determinar** à atual gestão da **Secretaria Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá** e da **Prefeitura Municipal de Cuiabá**, em futura concessão dos serviços de manutenção e modernização do parque de iluminação pública municipal, que:

**a) Justifique** comprovada e formalmente os patamares razoáveis à apuração dos índices econômico-financeiros em processos de contratação pública, em respeito ao disposto no artigo 49, § 2º da Lei Federal n.º 8.666/93 c/c o artigo 3º, §1º da Lei n.º 11.079/2004<sup>33</sup> c/c o artigo 35, V da Lei n.º 8.987/95;

**b) Observe** o Projeto de Manifestação de Interesse, o Termo de Referência, e a própria finalidade da modernização do parque de iluminação pública municipal com lâmpadas de Led, especialmente acerca do sistema de telegestão ou de qualquer outro sistema aprovado pelo Comitê Gestor;

**c) Respeite** o disposto no *caput* e no Parágrafo Único do artigo 11 da lei de Concessões, de modo a não estabelecer Edital com regra que mitiga, sem apresentação de qualquer justificativa expressa, verídica e comprovada, a vinculatividade legal do compartilhamento dessas receitas em razão da maior

<sup>33</sup> Artigo 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no artigo 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995. (Regulamento)

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.





ou menor receita auferida pelo Parceiro-Privado com essas fontes de recursos;

**d) Estabeleça** repartição de riscos de modo proporcional, com justificativa acompanhada de estudo técnico embasado no levantamento do controle físico-financeiro da perda ou depreciação dos bens públicos afetos à iluminação pública, e com a correspondente previsão de reequilíbrio em favor da Administração, ou ainda saldo a ser compensado, caso os quantitativos estimados de riscos constantes em planilha de custo da PPP porventura não sejam atingidos;

**e) Estipule** repartição proporcional dos riscos do faturamento da conta de energia elétrica, prevendo a efetividade dos descontos por baixo desempenho no indicador de economicidade de energia elétrica, sem prejuízo de que avalie tecnicamente a pertinência de estipular uma cláusula prevendo que economias adicionais sejam repartidas com o parceiro privado a fim de estimulá-lo a buscar uma efficientização energética superior a inicialmente prevista ou, ainda, que o pagamento da energia utilizada na rede de iluminação pública seja alocado para o Concessionário;

É como voto o mérito recursal sob exame.

Gabinete do Relator, Cuiabá-MT, 01 de março de 2019.

**LUIZ CARLOS PEREIRA<sup>34</sup>**  
Conselheiro Substituto

<sup>34</sup>Documento assinado por assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006

