



<b>PROCESSO N.º:</b>	<b>3.500-9/2016</b>
<b>ASSUNTO:</b>	<b>REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA INTERNA</b>
<b>PRINCIPAL:</b>	<b>SECRETARIA DE SERVIÇOS URBANOS DE CUIABÁ</b>
<b>EMBARGANTE:</b>	<b>CUIABÁ LUZ S/A</b>
<b>ADVOGADOS:</b>	<b>MAURÍCIO MAGALHÃES FARIA NETO – OAB/MT n.º 15.436 MAURÍCIO MAGALHÃES FARIA JUNIOR – OAB/MT n.º 9.839</b>
<b>RELATOR:</b>	<b>CONSELHEIRO SUBSTITUTO LUIZ CARLOS PEREIRA</b>

## RAZÕES DO VOTO

Nos termos do artigo 270, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas<sup>1</sup>, o recurso de Embargos de Declaração constitui ferramenta processual para elucidação de decisão contraditória, omissa ou obscura, bem como para integrar a decisão quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Relator ou o Tribunal Pleno.

Tal espécie recursal não detém a amplitude atribuída aos demais recursos, pois não pode ser utilizada com o fim único de reexame do julgado, tratando-se de via de fundamentação vinculada, condicionada à existência de ao menos um dos vícios anteriormente mencionados.

De acordo com as lições de Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha, *“cabe ao embargante, nas suas razões, alegar a existência de omissão, obscuridade, contradição ou erro material. A simples alegação já é suficiente para que os embargos sejam conhecidos”*.<sup>2</sup>

À luz desse entendimento, reitero o juízo positivo de admissibilidade do presente recurso, haja vista que as razões da insurgência indicaram suposta omissão e contradição no referido acórdão. Contudo, entendo pelo não provimento, uma vez que não assiste razão à parte recorrente quanto ao alegado.

<sup>1</sup>Art. 270. Nos termos da Lei Complementar 269/2007, cabem as seguintes espécies recursais:  
(...)

III. Embargos de Declaração, quando houver na decisão ou no acórdão, obscuridade ou contradição, ou quando for omitido ponto sobre o qual o Relator ou o Tribunal deveria se pronunciar.

<sup>2</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 13ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 248.



De início, se mostra relevante contextualizar a análise do presente recurso, uma vez que interposto nestes autos após longa tramitação processual desta Representação de Natureza Externa, que culminou com o Acórdão plenário, ora embargado, que deu provimento ao Recurso Ordinário então interposto pelo Ministério Público de Contas. Vejamos.

O presente processo de fiscalização foi instaurado nesta Corte por provocação da empresa Global Light Construções Ltda., a qual pugnou pela expedição de medida cautelar com a finalidade de suspender a Concorrência n.º 001/2016, cujo objeto era celebração de Parceria Público-Privada, na modalidade de concessão administrativa, para modernização, otimização, expansão, operação e manutenção da Infraestrutura da rede de iluminação pública do Município de Cuiabá.

Inicialmente, o pleito acautelador foi deferido singularmente pelo e. Conselheiro Sêrio Ricardo (Julgamento Singular 123/SR/2016) e, na forma regimental, recebeu a necessária homologação plenária (Acórdão n.º 80/2016-TP).

Durante a instrução processual, os autos receberam as manifestações da Secretaria de Controle Externo e do Ministério Público de Contas pela procedência da RNE, em razão das irregularidades classificadas como GB 18 (item 2.1), GB 99 (itens 4.1 a 4.5).

Em análise de mérito, esta Corte prolatou o Acórdão n.º 568/2016-TP, concluindo pela improcedência da Representação.

O Ministério Público de Contas interpôs **Recurso Ordinário**, da lavra do Procurador de Contas Getúlio Velasco Moreira Filho, pleiteando medida cautelar que foi acolhida por este Relator e ratificada em plenário, para determinar que o Poder Concedente e o Consórcio Cuiabá Luz se abstivessem de dar prosseguimento a quaisquer atos decorrentes da Concorrência n.º 001/2016, especialmente a execução do Contrato n.º 755/2016 (Julgamento Singular n.º 075/LCP/2017).

Irresignado com a referida medida cautelar e na condição de terceiro prejudicado, o Consórcio Cuiabá Luz opôs embargos de declaração, rejeitados pelo plenário, e posteriormente protocolou requerimento de nulidade do julgamento por



impedimento de julgadores, acolhido parcialmente, porém sem anulação dos pronunciamentos.

Posteriormente, o referido Consórcio ainda protocolou outros pedidos nestes autos, quais sejam: **a)** requerimento de aplicação de multa ao Gestor de Cuiabá por ter anulado a Concorrência Pública objeto desta RNE e assinado um termo aditivo ao contrato então vigente (Contrato 7731/2012); **b)** pedido de suspensão da Concorrência n.º 010/2018, para contratação de empresa para os mesmos serviços objeto da PPP suspensa.

O Recurso Ordinário foi julgado por esta Corte, cuja maioria acolheu a proposta de voto deste Conselheiro, à época exercendo a função de Substituto, de modo a rejeitar as treze preliminares arguidas pela defesa do Consórcio Cuiabá Luz e, no mérito, dar provimento à insurgência ministerial para julgar procedente a RNE, declarando a ilegalidade das cláusulas editalícias questionadas e expedindo determinações à Secretaria Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá e à Prefeitura Municipal de Cuiabá.

Feita essa retrospectiva, passo a abordar detidamente os supostos vícios apontados pela parte embargante.

### **1. Da alegada omissão no item 1 do voto – irregularidade**

O tópico ora questionado se debruçou sobre o requisito editalício de habilitação econômico-financeira que estabelecia a necessidade de que as licitantes interessadas em participar do certame demonstrassem um índice de liquidez geral acima de 1,5%, nos termos do item 5.1.3.2 do instrumento convocatório.

Nas considerações deste Relator, acolhidas pela maioria dos membros votantes, haveria infringência do artigo 31, § 5º, da Lei de Licitações, a começar pelo fato de que não seria um índice usualmente exigido pelo mercado.

Porém, o principal fundamento da declaração de ilegalidade residiu no fato de que o órgão idealizador da licitação não havia instruído o processo administrativo da Concorrência com a justificativa técnica apropriada, uma vez que



somente houve menção genérica ao alto valor da contratação. Nesse sentido, citou-se inclusive o entendimento enunciado na Súmula 289 do TCU, que estabelece requisitos para a exigência de índices contábeis de capacidade financeira.

Como se nota, o presente ponto do acórdão foi assentado em premissas sólidas, incluindo referência a outras licitações realizadas no país e à jurisprudência da corte de contas federal.

Assim, a alegação da embargante sobre omissão quanto ao fato de que nenhum licitante teria impugnado esse item não tem o condão de promover qualquer alteração na conclusão então adotada.

Ainda mais ao se considerar que as Unidades Técnicas e o Ministério Público de Contas possuem autonomia e independência no exercício de suas atribuições, o que lhes capacita para não se aterem exclusivamente aos aspectos alegados por eventuais interessados, podendo acrescer ao debate quaisquer fatos e fundamentos jurídicos que entendam apropriados, sobretudo quando se tratarem de possíveis impropriedades que possam macular o caráter competitivo do certame, como é o caso.

Desse modo, rejeito a ocorrência de omissão neste ponto, mantendo-se inalterada a conclusão pela configuração da irregularidade.

## **2. Da alegada contradição no item 2 do voto**

A irregularidade abordada nesse tópico se referiu à supressão do sistema de telegestão no edital para celebração da Parceria Público-Privada.

O acórdão embargado expôs que a retirada do mencionado sistema teria sido prejudicial aos objetivos da concessão, além de contrariar as diretrizes do modelo técnico acolhido pelo Comitê Gestor do Programa PPP/Cuiabá no Chamamento Público para Manifestação de Interesse, para servir de base para a formulação do edital.



A propósito do questionamento da embargante sobre uma suposta contradição em se afirmar a gravidade dessa irregularidade e não haver responsabilização dos agentes públicos que lhe deram causa, se faz importante ressaltar que as funções jurisdicionais dos Tribunais de Contas não se exaurem com na apuração de responsabilidades e aplicação de sanções, embora essa seja uma feição relevante de sua atuação.

Com efeito, é célebre a doutrina exposta pelo ex-Ministro do TCU Humberto Guimarães Souto, que categorizou ao menos oito funções bem distintas que o ordenamento jurídico outorga às Cortes de Contas, quais sejam: fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria<sup>3</sup>.

A respeito da função corretiva, a mesma doutrina afirma que “*caracteriza-se por dois procedimentos: fixar prazo para adoção de providências para cumprimento da lei e sustar ato impugnado quando não forem adotadas providências determinadas*”.

No caso dos autos, ainda que não se tenha perquirido a responsabilidade individual de cada agente público, é certo que houve a consagração da *função corretiva*, uma vez que a irregularidade no sistema de telegestão foi objeto de determinação específica, confira-se:

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: [...]

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;

Aliás, em outras oportunidades já destaquei que, nos casos em que os Gestores promovem, por ato próprio, a anulação do certame questionado, a adoção de medidas pedagógicas e corretivas se mostra preferível em detrimento da aplicação de sanções, de modo a incentivar os comportamentos colaborativos das entidades fiscalizadas.

<sup>3</sup> CONGRESSO NACIONAL, TRIBUNAL DE CONTAS E CONTROLE EXTERNO. Humberto Guimarães Souto. Palestra proferida na Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, em 17 de março de 1999. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1178>.



Desse modo, tendo sido satisfeita uma das funções de maior relevância atribuída ao TCE/MT pela Constituição da República Federativa do Brasil e a Constituição Estadual, não há que se falar em contradição no presente julgamento, devendo ser rechaçado também esse ponto da tese recursal.

### 3. Da alegada omissão no item 3 do voto

Neste aspecto, o acórdão embargado pontuou que as disposições do item 26.2.7 do edital e da cláusula 10.2.7 do contrato, a respeito das receitas acessórias, se mostraram desarrazoadas e desproporcionais, porquanto previam que somente ocorreria o compartilhamento de receitas com o poder concedente se a concessionária auferisse obtivesse ganhos superiores a **R\$ 15.000.000,00**.

Com efeito, tal desproporcionalidade é evidenciada pela simples constatação de que esse montante seria superior ao próprio valor da contraprestação mensal que a parceira privada receberia durante o primeiro ano de execução contratual.

Em outras palavras: a concessionária só compartilharia receitas com o Poder Concedente se já tivesse garantido que receberia o dobro do valor previsto inicialmente para a sua remuneração.

Tal cenário também foi considerado desproporcional ao se verificar que as receitas obtidas pela concessionária não teriam reflexo na modicidade tarifária (por se tratar de concessão administrativa, na qual não há pagamento de tarifa pelos usuários, e sim contraprestação única do parceiro público) e tampouco repercutiriam no equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Assim, todas as receitas que a concessionária obtivesse até o valor de R\$ 15.000.000,00 se reverteriam apenas em seu favor, não obtendo o Município de Cuiabá qualquer vantagem, nem mesmo para fins de abatimento do valor que pagaria mensalmente em favor da parceira privada.

Não procede, pois, a alegação de que o acórdão seria omissivo quanto ao fato de que o risco do negócio seria inerente à Concessionária.



Isso porque essa premissa foi considerada pelo acórdão, tanto é que foram abordados outros casos de concessões em que o compartilhamento de receitas era de fato outorgado com maior percentual para a concessionária, mas nunca atribuído a essa em sua totalidade.

O que se entendeu como inadmissível, portanto, foi uma sistemática de compartilhamento de receitas que, na prática, traria benefícios para apenas um dos polos da relação, a parceira privada.

De fato, nem mesmo um investimento em que os riscos estivessem integralmente alocados à concessionária admitiria que essa pudesse usufruir sozinha dos ganhos com as receitas acessórias até o valor de R\$ 15.000.000,00, até mesmo porque a teleologia do artigo 11 da Lei de Concessões se destina justamente para que haja divisão dos benefícios com essas receitas.

Isto posto, também rejeito o presente ponto da insurgência recursal.

#### **4. Da alegada omissão no item 5 do voto**

Tratou-se, nesse ponto do acórdão, sobre a desproporcional repartição dos riscos em razão da atribuição prevista no edital e no contrato de que o Poder Concedente seria o responsável pelo pagamento da conta de energia da iluminação pública e da forma de cálculo da contraprestação da concessionária.

Quanto a esse aspecto, a tese recursal questionou que este Relator teria se omitido *“deixando de apreciar o fato de que a remuneração da concessionária está atrelada a comprovada economia de energia”*.

Contudo, não procede tal alegação, uma vez que o acórdão expressamente reconheceu que a remuneração havia sido parcialmente vinculada à redução dos gastos com energia elétrica, porém destacou que a referida economia teria uma participação diminuta no total da contraprestação a ser paga, e ainda seria mensurada sem um prazo previamente estabelecido.



Nesse sentido peço vênia para transcrever os trechos do voto condutor nas quais se abordou essa questão:

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: [...]

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: [...]

Ou seja, diante da pequena participação dos indicadores de desempenho na aferição do valor da contraprestação mensal, não há como se afirmar que haveria estímulo à economia de energia, como quer fazer crer a embargante.

Ademais, refuta-se a tese de que a verificação da desproporcionalidade na alocação dos riscos acarretaria invasão da competência discricionária do Gestor.

Isso porque a análise realizada pelo acórdão partiu de parâmetros de legalidade e, neste caso específico, de eficiência da modelagem realizada no edital, não se podendo pretender inserir na esfera de discricionariedade do ente municipal uma escolha por uma alternativa constatada como prejudicial.

Demais disso, tendo em vista que houve a posterior anulação do certame, presume-se que o próprio ente municipal reconheceu a ocorrência desta e das demais irregularidades, comprovando a regularidade da atuação desta Corte.

Forte nessas razões, rejeito igualmente este ponto da insurgência.

## DISPOSITIVO



Diante do exposto, **acolho** o Parecer Ministerial n.º 5.251/2020, da lavra do Procurador de Contas Getúlio Velasco Moreira Filho, e **voto** no sentido de **conhecer** destes Embargos de Declaração e, no mérito, **negar-lhes provimento**, mantendo-se incólumes todos os termos do Acórdão n.º 201/2020-TP.

É como voto.

Gabinete do Relator, Cuiabá-MT, 24 de novembro de 2020.

**LUIZ CARLOS PEREIRA<sup>4</sup>**

Conselheiro Interino

(Portaria n.º 015/2020, DOC TCE/MT de 19/02/2020)

---

<sup>4</sup> Documento assinado por assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal n.º 11.419/2006