



SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	3
1.1 Antecedentes.....	3
1.2 Histórico	3
2. DA ANÁLISE TÉCNICA DAS CONTRARRAZÕES.....	7
2.1 Das preliminares de mérito.....	7
2.1.1 Do impedimento dos conselheiros Domingos Neto e Antônio Joaquim (Item 3.1 das Contrarrazões)	7
2.1.2 Da necessidade de chamamento aos autos da Câmara Municipal de Cuiabá (Item 3.2 das Contrarrazões)	10
2.1.3 Da necessidade de chamamento aos autos dos gestores tidos como autores dos atos supostamente ilegais (Item 3.3 das Contrarrazões).....	13
2.1.4 Da reapreciação do pedido de medida cautelar (Itens 3.4, 3.5, 3.6 das Contrarrazões)	14
2.2 Do mérito das contrarrazões recursais	19
2.2.1 Da existência de decisões judiciais negando irregularidades no certame (Item 4.1 das Contrarrazões).....	19
2.2.2 Da ausência de competência do Tribunal de Contas para sustar ou anular contrato (Item 4.2 das Contrarrazões).....	19
2.2.3 Da audiência de todos os envolvidos (Item 4.3 das Contrarrazões).....	24
2.2.4 Da comprovação de liquidez geral e liquidez corrente por meio de índice superior a 1,5 (Item 4.3.1 das Contrarrazões acerca do Item 4.1 do Recurso Ordinário).....	25
2.2.5 Da responsabilidade pelo pagamento da conta de energia da iluminação pública (Item 4.3.2 das Contrarrazões acerca do Item 4.2 do Recurso Ordinário)	28
2.2.4 Da ausência de telegestão no modelo final adotado (Item 4.3.3 das Contrarrazões acerca do Item 4.2.2 do Recurso Ordinário)	31
2.2.5 Da repartição de riscos, da ausência de fundamentação das opções adotadas na modelagem da PPP, da forma de compartilhamento das receitas acessórias decorrentes da exploração do objeto contratual e do cálculo da contraprestação mensal efetiva (Item 4.3.4 das Contrarrazões acerca do Item 4.2.3 do Recurso Ordinário)	33



3. DA ANÁLISE TÉCNICA DA SOLICITAÇÃO DO CONSÓRCIO CUIABÁ LUZ S.A.	40
3.1 Do pedido do Consórcio Cuiabá Luz S.A.....	41
4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO	43



PROCESSO Nº:	35009/2016 (Requerimento nº 47732/2016 apensado)
ASSUNTO:	Representação Externa referente à Concorrência nº 001/2016 que trata da Concessão Administrativa da Iluminação de Cuiabá
JURISDICIONADO:	Secretaria Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá
GESTOR:	José Roberto Stopa
RELATOR:	Conselheiro Interino Luiz Carlos Azevedo Costa Pereira
EQUIPE:	Belízia Brito de Almeida – Auditor Público Externo Jefferson Filgueira Bernardino – Auditor Público Externo Marcelo Pereira da Silva – Auditor Público Externo

Senhora Secretária,

1. INTRODUÇÃO

1.1 Antecedentes

1. Tratam-se, os presentes autos, de Representação de Natureza Externa – RNE interposta pela empresa **Global Light Construções Ltda** em face da Secretaria Municipal de Serviços Urbanos – SMSU de Cuiabá, visando a interrupção da Concorrência nº. 001/2016 que se refere à licitação de contrato de Parceria Público-Privada – PPP, na modalidade Concessão Administrativa, cujo objeto é a otimização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura de iluminação pública do Município de Cuiabá, com prazo de duração de 30 (trinta) anos, prorrogável por mais 5 (cinco) anos e com valor total estimado do contrato em **R\$ 752.250.000,00** (setecentos e cinquenta e dois milhões e duzentos e cinquenta mil reais).

1.2 Histórico

2. A presente RNE foi apresentada pela empresa **Global Light Construções Ltda.** e visava a suspensão da Concorrência nº. 001/2016 do Município de Cuiabá em razão de supostas ilegalidades nas cláusulas do edital que regia a referida concorrência. Neste sentido, a Representante solicitou que fosse concedida medida cautelar *inaudita altera pars* visando que a licitação fosse suspensa.

3. Por meio de Decisão Singular (Doc. Control-P nº. 23514/2016), a Cautelar foi concedida pelo então Conselheiro Relator, tendo a decisão sido apreciada e homologada pelo Tribunal Pleno deste Tribunal de Contas conforme Acórdão 80/2016 – TP (Doc. Control-P nº. 35151/2016).

4. Na sequência, a Secretaria Municipal de Serviços Urbanos protocolou sua



manifestação acerca das irregularidades apontadas na Representação (Doc. Control-P nº. 37681/2016).

5. Adicionalmente, a empresa **Engeluz Iluminação e Eletricidade Ltda.** apresentou a esta Corte requerimento que visava a impugnação do Edital da Concorrência nº. 001/2016 do Município de Cuiabá (Doc. Control-P nº. 47732/2016), que por sua vez foi juntado aos presentes autos por ordem do Excelentíssimo Conselheiro Relator (Doc. Control-P nº. 56918/2016).

6. Considerando a singularidade do processo e a inédita atuação deste Tribunal em matéria de Parceria Público-Privada, foi constituída, por meio da **Portaria nº. 073/2016**, Comissão Técnica para realizar a análise da referida concorrência.

7. Conforme determinado, a referida Comissão Técnica analisou as supostas irregularidades que foram apresentadas pelas empresas **Global Light Construções Ltda.** e **Engeluz Iluminação e Eletricidade Ltda.**, bem como realizou expedida análise nos termos do Edital da Concorrência nº. 001/2016 do Município de Cuiabá.

8. Neste sentido, foi emitido Relatório Técnico Preliminar (Doc. Control-P nº. 86746/2016) por meio do qual foi informado que alguns apontamentos das Representantes não procediam. Entretanto, também foi relatado que parte dos apontamentos efetuados pelas referidas empresas procediam, bem como foram identificados pela Comissão Técnicas outros achados em razão de supostas inconformidades nas cláusulas editalícias.

9. Assim, recomendou-se ao Exmo. Conselheiro Relator que fosse mantida a suspensão do certame até a posterior análise da defesa a ser apresentada pelo gestor da Secretaria Municipal de Serviços Urbanos, Sr. José Roberto Stopa, em face das irregularidades apontadas pela Comissão Técnica.

10. Após regular citação, foi apresentada pelo Procurador-Geral do Município de Cuiabá, representando o Município de Cuiabá, o Secretário Municipal de Serviços Urbanos e a Secretária Municipal de Gestão, manifestação acerca dos achados contidos no Relatório Técnico Preliminar (Doc. Control-P nº. 107701/2016).

11. Em decorrência da análise da manifestação apresentada pelos representados, a Comissão Técnica emitiu o Relatório Técnico de Defesa (Doc. Control-P nº. 138467/2016) por meio do qual manifestou entendimento de que teriam sido sanadas duas das irregularidades apontadas no Relatório Técnico Preliminar e que teriam sido mantidas as outras 6 (seis) irregularidades apontadas.

12. Encaminhados os autos ao Ministério Público de Contas – MPC para a sua manifestação ministerial, foi emitido o **Parecer nº. 3.501/2016** (Doc. Control-P



nº. 144367/2016) por meio do qual o MPC acompanhou o entendimento exposto pela equipe técnica acerca das irregularidades identificadas. No entanto, o MPC requereu que no lugar da aplicação de multas ao jurisdicionado fossem expedidas as determinações que sugeriu em seu parecer, dentre as quais se encontra a anulação do certame em razão dos vícios detectados.

13. Por sua vez, o Exmo. Conselheiro Relator votou pelo conhecimento da RNE interposta pela empresa **Global Light Construção Ltda.**, bem como do requerimento de impugnação protocolado pela empresa **Engeluz Iluminação e Eletricidade Ltda.**, para, no mérito, julgá-los improcedentes (Doc. Control-P nº. 183614/2016).

14. O Exmo. Relator votou ainda pela revogação do Acórdão nº. 80/2016 que homologou a medida cautelar que suspendeu a Concorrência nº. 001/2016 do Município de Cuiabá.

15. Neste sentido, foi prolatado o Acórdão nº. 568/2016 – TP (Doc. Control-P nº. 188417/2016).

16. Antes de findo o prazo recursal, o MPC apresentou, por meio da **C.I Nº. 115/2016 – MPC/GVMF** (Doc. Control-P nº. 197344/2016), Recurso Ordinário em face do Acórdão nº. 568/2016 – TP.

17. Em razão da apresentação da peça recursal, foi efetuado sorteio automatizado para a definição do relator do Recurso, tendo sido sorteado o Exmo. Conselheiro Domingos Neto (Doc. Control-P nº. 197932/2016), que, por sua vez, declarou-se impedido para atuar neste processo (Doc. Control-P nº. 203903/2016).

18. Assim, foi realizado novo sorteio para definir a relatoria do Recurso Ordinário interposto pelo MPC, cabendo esta, então, ao Exmo. Conselheiro Interino Moises Maciel (Doc. Control-P nº. 209957/2016).

19. Neste sentido, o Exmo. Relator realizou o exame de admissibilidade recursal e conheceu do Recurso Ordinário apresentado pelo MPC em seu duplo efeito, devolutivo e suspensivo. No entanto, no que se refere à cautelar pleiteada no recurso, o Relator entendeu ser necessário colher maiores informações sobre o atual estágio dos procedimentos licitatórios atinentes à Concorrência nº. 001/2016 do Município de Cuiabá, razão pela qual sobrestou o juízo acerca da cautelar até que fossem prestadas as informações preliminares (Doc. Control-P nº. 218354/2016).

20. A Secretaria Municipal de Gestão de Cuiabá apresentou, por meio do **Ofício nº. 2078/GAB/SMGE/2016** (Doc. Control-P nº. 222014/2016), as informações requeridas pelo eminente Relator.



21. Os autos foram remetidos a Secretaria de Controle Externo de Obras e Serviços de Engenharia que emitiu Relatório Técnico (Doc. Control-P nº. 12902/2017) por meio do qual recomendou ao Exmo. Conselheiro Relator que determinasse, cautelarmente, a suspensão da contratação do objeto da Concorrência nº. 001/2016 da SMSU de Cuiabá, que determinasse a citação dos interessados para que, caso desejassem, apresentassem suas contrarrazões recursais e que determinasse a notificação do atual Prefeito Municipal de Cuiabá para que tomasse conhecimento dos autos e, caso desejasse, apresentasse as suas considerações a esta Corte.

22. Considerando que a Portaria nº. 09/2017 nomeou o Conselheiro Substituto Luiz Carlos Pereira para atuar como Conselheiro Interino e, conseqüentemente, atuar como Relator nos processos distribuídos àquela Relatoria, o Exmo. Conselheiro Interino Luiz Carlos Pereira assumiu a relatoria dos presentes autos e determinou que a Secretaria Municipal de Gestão e a Secretaria Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá apresentassem uma série de informações e documentos, bem como determinou que os recorridos e demais responsáveis fossem notificados para que, caso desejassem, prestassem informações preliminares acerca do pedido ministerial de antecipação de tutela recursal (Doc. Control-P nº. 13559/2017). Naquela oportunidade, o Exmo. Relator determinou ainda a notificação do Consórcio Cuiabá Luz para que, querendo, prestasse informações preliminares acerca do pedido de antecipação da tutela recursal pleiteada pelo MPC.

23. Recebidas as informações preliminares requeridas, o Exmo. Conselheiro Relator decidiu (Doc. Control-P nº. 107961/2017) ratificar o recebimento do Recurso Ordinário do MPC com o seu efeito suspensivo dotada da força cautelar pleiteada, bem como determinar que não fosse dado prosseguimento aos atos administrativos decorrentes da Concorrência nº. 001/2016 ou quaisquer novos atos decorrentes da execução do Contrato nº. 755/2016.

24. Oportuno destacar que, contra a decisão do Exmo. Conselheiro Relator, foram apresentados Embargos de Declaração (Doc. Control-P nº. 120350/2017) que tiveram o seu provimento negado por esta Corte, conforme Acórdão nº. 190/2017 – TP (Doc. Control-P nº. 170798/2017). Ademais, destaca-se que este Tribunal de Contas prolatou o Acórdão nº. 42/2017 – TP que homologou a cautelar concedida pelo eminente Relator (Doc. Control-P nº. 121141/2017).

25. Destaca-se ainda que a empresa Cuiabá Luz S.A. peticionou nos presentes autos requerendo a nulidade absoluta dos Acórdãos 80/2016 – TP, 568/2016 – TP, 42/2017 – TP e 190/2017 – TP, bem como dos demais atos processuais (Docs. Control-P nº. 168057/2017 e nº. 177027/2017).



26. Os pedidos incidentais de nulidade absoluta foram julgados parcialmente procedentes pelo Acórdão nº. 423/2017 – TP (Doc. Control-P nº. 280435/2017) que reconheceu um dos impedimentos suscitados mas manteve os acórdãos atacados tendo em vista que a subtração dos votos do Conselheiro impedido não altera o resultado final das referidas decisões colegiadas.

27. Por fim, os presentes autos foram remetidos a esta Equipe Técnica, designada pela **Portaria nº. 038/2018** para prosseguir com a fiscalização do Edital da Concorrência Pública nº. 001/2016, no intuito de dar sequência a análise das contrarrazões recursais (Doc. Control-P nº. 186106/2017) e da solicitação da empresa Cuiabá Luz S.A. (Doc. Control-P nº. 232638/2017), em atendimento a determinação do Exmo. Relator (Doc. Control-P nº. 27137/2018).

28. É a síntese dos fatos.

2. Da análise técnica das contrarrazões

29. Após a notificação dos recorridos e da litisconsorte Cuiabá Luz S.A., somente esta apresentou suas contrarrazões (Doc. Control-P nº. 186106/2017) ao Recurso Ordinário interposto pelo Ministério Público de Contas (Doc. Control-P nº. 197344/2016) em face do Acórdão nº 568/2016 – TP (Doc. Control-P nº. 188417/2016).

30. Os causídicos da empresa Cuiabá Luz S.A. apresentaram nas contrarrazões recursais apontamentos preliminares ao mérito do recurso ministerial, bem como apontamentos afetos aos pontos combatidos na peça recursal. Neste sentido, passa-se, inicialmente, à análise das contrarrazões apresentadas pela empresa Cuiabá Luz S.A.

2.1 Das preliminares de mérito

2.1.1 Do impedimento dos conselheiros Domingos Neto e Antônio Joaquim (Item 3.1 das Contrarrazões)

31. A empresa Cuiabá Luz S.A. inicia suas contrarrazões requerendo o reconhecimento da nulidade absoluta destes autos, com a Anulação do Acórdão nº. 80/2016 – TP e acórdãos subsequentes.

32. Para tanto, relembra que o Exmo. Conselheiro Domingos Neto se declarou impedido de atuar no presente processo em razão de parentesco em linha colateral de segundo grau com um dos advogados da empresa Representante.

33. Afirma que a causa de impedimento teria se originado muito antes da propositura da ação, de forma que teria contaminado todos os julgamentos que elenca: Acórdãos



nº. 80/2016 – TP, nº. 568/2016 – TP, nº. 42/2017 – TP e nº. 190/2017 – TP.

34. Ademais, alega ainda que o Exmo. Conselheiro Antônio Joaquim estava impedido quando da prolação do Acórdão nº. 190/2017 – TP em virtude de seu parentesco em linha colateral de primeiro grau com o Senhor Rafael de Oliveira Cotrim Dias.

35. Salaria que o Regimento Interno desta Corte estabelece a possibilidade de rescisão de julgamentos nos quais tenha participado Conselheiro impedido.

Art. 251. À parte, ao terceiro juridicamente interessado e ao Ministério Público de Contas é atribuída legitimidade para propor Pedido de Rescisão de Acórdão e de julgamento singular atingidos pela irrecorribilidade, quando:

(...)

IV. Tenha participado do julgamento do feito Conselheiro ou Conselheiro Substituto alcançado por causa de impedimento ou de suspeição; (Nova redação do inciso IV, do artigo 251 dada pela Resolução Normativa nº 10/2016)

36. A empresa Cuiabá Luz S.A colaciona ainda dispositivos do Código de Processo Civil que versam sobre o impedimento do julgador.

37. Contudo, análise detida dos presentes autos revela que a preliminar aventada pela empresa Cuiabá Luz S.A. repisa fatos já analisados por este Tribunal ao longo desta instrução processual.

38. A empresa Cuiabá Luz S.A. peticionou nos autos requerendo a nulidade absoluta dos Acórdãos 80/2016 – TP, 568/2016 – TP, 42/2017 – TP e 190/2017 – TP (Docs. Control-P nº. 168057/2017 e nº. 177027/2017).

39. No entanto, os pedidos da empresa foram julgados parcialmente procedentes pelo Acórdão nº. 423/2017 – TP (Doc. Control-P nº. 280435/2017) no sentido de reconhecer o impedimento do Exmo. Conselheiro Domingos Neto, mas manter os acórdãos atacados em razão da subtração do voto do referido conselheiro não alterar o resultado das decisões. Outrossim, o referido acórdão não reconheceu o impedimento do Conselheiro Antonio Joaquim Moraes Rodrigues Neto.

40. Válido ressaltarmos que as contrarrazões não são instrumentos oportunos para que a empresa Cuiabá Luz S.A. apresente sua irrisignação em face das decisões contidas no Acórdão nº. 423/2017 – TP.

41. Entretanto, nesta oportunidade, apresenta-se manifestação técnica sobre os impedimentos alegados e sobre a nulidade processual aventada, muito embora entenda-se que esta matéria foi exaurida pelo Acórdão nº. 423/2017 – TP.

42. De fato, o Conselheiro Domingos Neto encontra-se impedido neste processo em razão de seu grau de parentesco com causídico contratado pela empresa Representante, conforme o próprio conselheiro acusou nos presentes autos (Doc. Control-P



nº. 203903/2016).

43. No entanto, diferentemente do que professam os termos expostos nas contrarrazões sob análise, o impedimento do Conselheiro Domingos Neto não implica, necessariamente, na nulidade absoluta de acórdãos prolatados ao longo desta instrução processual.

44. Neste sentido, destaca-se a assente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a participação em julgamento colegiado de membro impedido não anula o julgamento se o voto proferido pelo julgador impedido não tiver sido decisivo para o resultado.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. NULIDADE DO JULGAMENTO EM VIRTUDE DE PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO IMPEDIDO. DESNECESSIDADE. VOTO NÃO DETERMINANTE PARA APURAÇÃO DO RESULTADO DO JULGAMENTO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO PROVIDO.

1. A participação de Ministro impedido em julgamento em órgão colegiado não anula o julgamento se o seu voto não tiver sido decisivo para o resultado.

2. Embargo de Divergência não provido. (Embargos de Divergência em Recurso Especial 1008792. Rio de Janeiro, Min. Relatora Nancy Andrighi, 29/04/2011).

45. Em igual sentido segue o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INOBSERVÂNCIA DO ART. 252, III, DO CPP. IMPEDIMENTO. MAGISTRADO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ART. 563 DO CPP. NULIDADE NÃO DECRETADA.

1. Em processo, especificamente em matéria de nulidades, vigora o princípio maior de que, sem prejuízo, não se reconhece nulidade (art. 563 do CPP).

2. Não se verifica prejuízo na hipótese em que Ministro impedido participa de julgamento cujo resultado é unânime, pois a subtração do voto desse magistrado não teria a capacidade de alterar o resultado da votação.

3. Ordem denegada. (Habeas Corpus 116.715 Sergipe, Min. Relatora Rosa Weber, 05/11/2013).

46. Quanto ao suposto impedimento do Conselheiro Antonio Joaquim suscitado em face de seu parentesco com o Sr. Rafael de Oliveira Cotrim Dias, registra-se que o referido senhor nunca figurou como parte no presente processo, quer seja como representante, quer seja como representado. Ocorre, tão somente, que o Sr. Rafael de Oliveira Cotrim Dias era o responsável pela Secretaria Municipal de Gestão de Cuiabá no momento em que o Exmo. Conselheiro Relator determinou à referida secretaria, assim como à Secretaria Municipal de Serviços Urbanos e à própria Prefeitura Municipal de Cuiabá, que se abstivessem de dar prosseguimento aos atos administrativos decorrentes da Concorrência 001/2016 e de praticar ou permitir que se pratiquem quaisquer novos atos inerentes à execução do Contrato nº. 755/2016.

47. Desta sorte, entende-se que, sobre o caso em questão, o Sr. Rafael de Oliveira Cotrim Dias somente figuraria como parte em processo se, na qualidade de gestor da



Secretaria Municipal de Gestão de Cuiabá, não cumprisse às determinações efetuadas pelo Exmo. Relator, o que, caso viesse a ocorrer, entende-se configuraria irregularidade a ser discutida em processo próprio no qual, após ser assegurada a ampla defesa e o contraditório, poder-lhe-ia ser imputada a responsabilidade pelo não cumprimento de determinação desta Corte.

48. Nestes termos, opina-se pela não anulação dos Acórdãos 80/2016 – TP, 568/2016 – TP, 42/2017 – TP e 1902017 – TP.

2.1.2 Da necessidade de chamamento aos autos da Câmara Municipal de Cuiabá (Item 3.2 das Contrarrazões)

49. Seguindo nas preliminares de mérito apresentadas pelos procuradores da empresa Cuiabá Luz S.A., verifica-se que estes expressam entendimento de que seria necessário o chamamento aos autos da Câmara Municipal de Cuiabá na qualidade de litisconsorte passivo.

50. A empresa ressalta que, muito embora estejam sendo discutidos elementos da licitação, em razão da natural marcha processual da Concorrência nº. 001/2016 do Município de Cuiabá, o Contrato nº. 755/2016 já se encontra celebrado, de forma que seria imprescindível a presença da Câmara Municipal de Cuiabá no polo passivo da demanda, posto ser este o ente competente para sustar contratos administrativos no âmbito municipal.

51. Destaca que, conforme disposto no artigo 46, inciso XI da Constituição Estadual e artigo 1º, inciso XII da Lei Orgânica do TCE/MT, a esta Corte somente seria possível sustar a execução de ato impugnado, o que não se confundiria com contrato, ressaltando, assim que a sustação de contrato compete ao Poder Legislativo.

52. Muito embora a Concorrência nº. 001/2016 de Cuiabá já tenha sido, de fato, homologada e adjudicada pela Prefeitura, o que realmente resultou no Contrato nº. 755/2016, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Cuiabá e as empresas **FM RODRIGUES & CIA LTDA., COBRASIN BRASILEIRA DE SINALIZAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. e SATIVA ENGENHARIA LTDA.**, verifica-se totalmente descabido o chamamento aos autos da Câmara Municipal de Cuiabá pelas razões expostas nas contrarrazões sob análise.

53. O litisconsórcio ocorre quando duas ou mais pessoas litigam, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente. Sendo que o litisconsórcio ativo ocorre quando a ação possui mais de um autor, enquanto o litisconsórcio passivo, por sua vez, ocorre quando a ação possui mais de um réu.

54. No caso desta Representação, em fase recursal, o Exmo. Conselheiro Relator



identificou, em virtude da existência de licitante adjudicada, a existência de litisconsórcio passivo, uma vez que as discussões travadas em âmbito recursal indicam a probabilidade de a adjudicada sofrer em sua esfera patrimonial ou obrigacional os efeitos de qualquer decisão derradeiramente prolatada neste processo. Por esta razão, o Exmo. Relator determinou monocraticamente a inclusão do Consórcio Cuiabá Luz no polo passivo (Doc. Control-P nº. 13.559/2017).

55. Por outro lado, não se vislumbra que eventual decisão tomada no âmbito destes autos tenha o condão de afetar a esfera patrimonial ou obrigacional da Câmara de Vereadores de Cuiabá para que se faça necessária a sua inclusão no polo passivo desta Representação, ou ainda, que esta tenha concorrido para o cometimento das irregularidades que foram identificadas pela equipe técnica no Relatório Preliminar e cuja responsabilidade fora atribuída ao Senhor José Roberto Stopa.

56. O que se verifica, tão somente, é que, findo o processo, eventual entendimento que tome por base a simetria constitucional e decorra da análise sistêmica do disposto no parágrafo 1º, do artigo 71, da Constituição Federal¹ com o disposto no parágrafo 1º, do artigo 47 da Constituição do Estado de Mato Grosso² poderá implicar no encaminhamento de cópia dos autos à Câmara de Vereadores de Cuiabá visando que esta determine a sustação do Contrato nº. 755/2016, ainda que a Lei Orgânica do Município de Cuiabá não possua disposição neste sentido.

57. Outrossim, destaca-se que, muito embora os tribunais de contas não possuam competência para anular ou sustar contratos administrativos, a eles é facultado determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, conforme o caso, a anulação do procedimento licitatório do qual decorreu a contratação, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

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

¹**Art. 71.** O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

²**Art. 47.** O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

(...)

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pela Assembleia Legislativa, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.



contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão. (Mandado de Segurança 23.550-1 Distrito Federal, Min. Relator Marco Aurélio, 04.04.2001)

Mandado de segurança. Ato do Tribunal de Contas da União. Competência prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal. Termo de sub-rogação e rerratificação derivado de contrato de concessão anulado. Nulidade. Não configuração de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Segurança denegada. 1. De acordo com a jurisprudência do STF, **"o Tribunal de Contas da União, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou"** (MS 23.550, redator do acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 31/10/01). Assim, perfeitamente legal a atuação da Corte de Contas ao assinar prazo ao Ministério dos Transportes para garantir o exato cumprimento da lei. 2. Contrato de concessão anulado em decorrência de vícios insanáveis praticados no procedimento licitatório. Atos que não podem ser convalidados pela Administração Federal. Não pode subsistir sub-rogação se o contrato do qual derivou é inexistente. 3. Não ocorrência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A teor do art. 250, V, do RITCU, participaram do processo tanto a entidade solicitante do exame de legalidade, neste caso a ANTT, órgão competente para tanto, como a empresa interessada, a impetrante (Ecovale S.A.). 4. Segurança denegada. (Mandado de Segurança 26.000 Santa Catarina, Min. Relator Dias Toffoli, 16.10.2012)

58. Pelo exposto, opina-se pelo regular prosseguimento processual sem a necessidade de chamamento aos autos da Câmara Municipal de Cuiabá para compor o polo passivo na qualidade de litisconsorte.



2.1.3 Da necessidade de chamamento aos autos dos gestores tidos como autores dos atos supostamente ilegais (Item 3.3 das Contrarrazões)

59. A empresa Cuiabá Luz S.A. segue em suas contrarrazões alegando que seria necessário aperfeiçoar o polo passivo da Representação.

60. Cita trecho da Decisão Singular (Doc. Control-P nº. 107.961/2017), que deferiu a medida cautelar em sede de recurso ordinário, ressaltando que o Sr. Mauro Mendes, ex-Prefeito Municipal, o Sr. Eroaldo de Oliveira, ex-Secretário Municipal de Gestão, e o Sr. José Roberto Stopa, Secretário Municipal de Serviços Urbanos, deveriam ser incluídos no polo passivo em razão da decisão informar a existência de indícios de ato ilícito que levaram a cabo os atos administrativos de prosseguimento do certame:

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

61. Acrescenta ainda, de forma genérica, que os argumentos apresentados pelo MPC teriam sido enfrentados em sede de impugnação de edital, oportunidade na qual teriam sido rechaçados pela Comissão de Licitação, de forma que, a seu ver, também deveria compor o polo passivo da representação o Sr. Raufrides Macedo, Presidente da Comissão Especial de Licitação, o Sr. Eroaldo de Oliveira, Membro da Comissão, e o Sr. Rodrigo Ribeiro Verão, Membro da Comissão.

62. Por derradeiro, sustenta que também deveriam integrar o polo passivo da Representação o Dr. Evandro Marcus Paiva Machado, Procurador-Chefe da Procuradoria de Contratos e Patrimônio do Município de Cuiabá, responsável pelo parecer acerca da legalidade do edital da Concorrência nº. 001/2016, e o Dr. Rogério Luiz Gallo em razão de ter homologado o referido parecer.

63. Contudo, diverge-se do entendimento exposto pelos causídicos da empresa Cuiabá Luz S.A. acerca da necessidade de chamamento aos autos dos agentes mencionados para comporem o polo passivo da presente representação.

64. Ocorre que o MPC em seu parecer anterior a prolação do acórdão recorrido (Doc. Control-P nº. 144.367/2016) entendeu por não pedir a aplicação de multa. Considerou



suficientes as determinações que sugeriu a esta Corte.

65. Neste sentido, abstrai-se do parecer ministerial que, embora as irregularidades de fato tivessem ocorrido e, portanto, macularam o edital da Concorrência nº. 001/2016 de forma que este não pode ser aproveitado, haveria de se relativizar a culpabilidade do agente cuja responsabilidade pela irregularidade fora apontada, posto se tratar de um tema inovador e complexo.

66. Desta forma, não se vislumbra que a instauração de uma inquirição para aferir as condutas de todos os agentes públicos que atuaram durante as fases internas e externas da Concorrência nº. 001/2016 possa contribuir para a análise da nulidade do referido certame originada nos vícios insanáveis de seu instrumento convocatório que, dentre outras irregularidades, indicam discrepâncias entre as diretrizes da Lei nº. 11.079/2004 e o modelo de Parceria Pública-Privada que fora contratualizado, conforme ora se discute.

67. Assim, entende-se que o litisconsórcio passivo sugerido pela empresa Cuiabá Luz S.A. não é necessário à resolução da lide.

2.1.4 Da reapreciação do pedido de medida cautelar (Itens 3.4, 3.5, 3.6 das Contrarrazões)

68. Antes de adentrar no mérito das contrarrazões recursais, a empresa Cuiabá Luz S.A. requer que seja reapreciado o pedido de cautelar constante do recurso ministerial.

69. Para tanto, afirma que o fato de não ter sido constatada a emissão de ordem de serviços ao Consórcio Cuiabá Luz quando da concessão da medida cautelar não deve possuir relevância posto que este seria um “documento meramente burocrático criado pela Administração Pública para, em apenas uma lauda, resumir o contrato firmado”.

70. Ressalta a inexistência de menção na Lei 8.666/93 de ordem de serviço posterior à assinatura do contrato.

71. Assevera que a vigência do contrato se iniciou com a sua assinatura e a transferência dos bens relacionados ao seu objeto.

72. Acrescenta que o município estaria desguarnecido de manutenção em sua rede de iluminação pública em razão do último aditivo ao Contrato nº. 7731/2012, cujo objeto relaciona-se ao objeto concedido, ter expirado em 02.05.2017, de forma que estar-se-ia diante do *periculum in mora* inverso.

73. Adicionalmente, sustenta que o recebimento do recurso ordinário em seu efeito suspensivo não tem o condão de devolver ao mundo jurídico a cautelar que havia suspenso a Concorrência nº. 001/2016.



74. Neste sentido, afirma que a estabilização de pleitos cautelares após o julgamento meritório pela improcedência da representação de natureza externa é juridicamente incorreta, posto que a eficácia da tutela concedida em caráter antecipado ou liminar cessaria com o julgamento improcedente do pedido principal, conforme disposições do inciso III, do artigo 309 do Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105/15³.

75. Apresenta ainda excertos doutrinários e jurisprudências no intento de corroborar sua tese acerca da impossibilidade de restauração, por meio da concessão de efeito suspensivo de recurso ordinário, dos efeitos da cautelar em processo que foi julgado improcedente.

76. Por fim, afirma que a cautelar deva ser reapreciada em razão de inexistirem determinações, quando do recebimento do recurso ordinário em seu duplo efeito, de suspensão do certame licitatório.

77. Analisando-se os argumentos apontados pela empresa Cuiabá Luz S.A. não se vislumbra a efetiva necessidade de reapreciação do pedido de cautelar que acompanhou o Recurso Ordinário apresentado pelo MPC.

78. Muito embora os causídicos afirmem que a ordem de serviço seria um documento meramente burocrático, entende-se que é praxis na Administração Pública a emissão de ordem de serviço para marcar o início da execução de diversos tipos de contrato.

79. Tal fato é, inclusive, abraçado pelo próprio edital da Concorrência nº. 001/2016 que, em sua Cláusula 1.2 DAS DEFINIÇÕES, estabelece, no item 1.2.1.20, que a data a Ordem de Início é a “data correspondente à ordem de início dos serviços objeto da concessão a ser exarada por escrito pelo poder concedente à concessionária, depois de publicado o contrato no diário Oficial de Contas do Tribunal de Contas de Mato Grosso”.

80. Ademais, a mesma cláusula, por meio de seu item 1.2.1.45, estabelece que para o prazo da concessão considera-se o prazo de 30 (trinta) anos, contados a partir da Data da Ordem de Início, sendo tal informação reafirmada na Cláusula 2.4 do edital que versa sobre a vigência do contrato de concessão.

³ Art. 309 Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.



81. Tais aspectos foram incorporados nos mesmos termos na minuta do contrato, conforme pode se observar nos itens 3.1.1.21 e 3.1.1.50 da Cláusula 3.1 e no item 5.2.1 da Cláusula 5.2:

3.1 DAS DEFINIÇÕES

3.1.1 Para os fins do presente Contrato, e sem prejuízo de outras aqui estabelecidas, as seguintes definições aplicam-se às respectivas expressões:

(...)

3.1.1.21 Data da Ordem de Início: data correspondente à ordem de início dos serviços Objeto da Concessão a ser exarada por escrito pelo Poder Concedente à Concessionária, depois de publicado o Contrato no Diário Oficial de Contas do Tribunal de Contas de Mato Grosso;

(...)

3.1.1.50 Prazo da Concessão: o prazo de vigência do Contrato, que é de 30 (trinta) anos, contado a partir da Data da Ordem de Início.

(...)

5.2 DO PRAZO

5.2.1 O Prazo da Concessão é de 30 (trinta) anos, contados a partir da Data da Ordem de Início.

82. Ademais, extrai-se da Cláusula 13.1 DA ALOCAÇÃO DE RISCOS que a data da Ordem de Início se refere ao efetivo momento de transferência de responsabilidade do Poder Concedente ao concessionário, conforme observa-se no seguinte item do contrato:

13.1.3 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente e que resultarão em direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato em favor da Concessionária em caso de sua verificação:

(...)

(vi) Prejuízos causados a terceiros ou ao meio ambiente pelos administradores, empregados, prepostos, prestadores de serviço ou pela infraestrutura de iluminação pública **antes da Data da Ordem de Início**, hipótese em que, além do Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato, terá a Concessionária o direito ao ressarcimento pelo Poder Concedente em razão do passivo ambiental e/ou casos de responsabilidade civil que tenham como causa fato anterior à Concessão;

83. Desta forma, entende-se que na época da concessão da medida cautelar o Exmo. Relator aferiu que, apesar de o Contrato nº. 755/2016 já estar vigente, o objeto da concessão ainda não havia sido transferido para o concessionário, ou seja, o contrato ainda não se encontrava em execução, os serviços referentes ao seu objeto não estavam sendo prestados.

84. Quanto à afirmação de que o município estaria desguarnecido de manutenção em sua rede de iluminação pública em razão de ter expirado o Contrato nº. 7731/2012, entende-se que tal alegação não é necessariamente verdadeira. Ocorre que a ausência de contrato celebrado pela Prefeitura não significa, necessariamente, que a população esteja desguarnecida. Para tanto, é válido que recordemos que é facultado ao Município a execução direta da manutenção do seu parque luminotécnico, não lhe sendo exigido que contrate terceiros para executar tal prestação. Neste sentido ainda, é válido recordar que a própria



Prefeitura de Cuiabá expediu o Decreto nº. 6.286/2017 anulando o Contrato nº. 755/2016.

85. De igual modo, diverge-se do entendimento apresentado pela empresa Cuiabá Luz de que o recebimento do recurso ordinário em seu efeito suspensivo não devolveria ao mundo jurídico a cautelar que suspendeu a Concorrência nº. 001/2016.

86. Primeiramente, é crucial rememorar que a aplicação do Código de Processo Civil aos recursos no âmbito deste Tribunal de Contas se dá de forma subsidiária⁴, ou seja, suplementa as disposições regimentais acerca da matéria, logicamente naquilo que não lhe for contrário.

87. Neste sentido, conforme dispõe o inciso I, artigo 272, do Regimento Interno desta Corte⁵, o recurso ordinário será recebido em seu duplo efeito, devolutivo e suspensivo, ressalvado quando interposto contra determinação de medida cautelar.

88. Ora, no presente caso o recurso foi apresentado em face do acórdão que julgou improcedente a Representação de Natureza Externa e não contra o acórdão que homologou a cautelar que suspendeu a Concorrência nº. 001/2016, não havendo dúvidas que este deva ser recebido em seu duplo efeito.

89. Os efeitos suspensivos da peça recursal suspendem por completo a decisão recorrida até o julgamento do recurso para fins de assegurar a regular aplicação do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição.

90. Assim, o efeito suspensivo alcança, inclusive, o dispositivo do acórdão atacado que revogou a liminar anteriormente concedida, do contrário se esvaziaria a efetividade de eventual decisão em sede recursal que reformasse o acórdão atacado, bem como se exporia o erário municipal a prejuízos de difícil reparação.

91. Nesse sentido, acompanha-se a lição do saudoso professor Ovídio Baptista da Silva:

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

⁴ RITCE/MT (Resolução Normativa nº. 14/2007)

Art. 284. Aos recursos aplicam-se, subsidiariamente, as disposições do código de Processo Civil Brasileiro.

⁵ **Art. 272.** Os recursos serão recebidos:

I. Em ambos os efeitos, quando se tratar de recurso ordinário, salvo se interposto contra decisão em processo relativo a benefício previdenciário ou contra determinação de medidas cautelares, hipóteses em que será recebido apenas no efeito devolutivo;



irremediável ao direito somente agora reconhecido em grau de recurso. (Baptista da Silva, Olvídio A.; Curso de Processo Civil vol. 03 – Processo Cautelar; Editora: Sérgio Antonio Fabris Editor; 1993; p. 123)

92. Em igual sentido posiciona-se a melhor jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CAUTELAR CONEXA A ORDINÁRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO - RECURSO CONTRA DESPACHO QUE RECEBEU APELAÇÃO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO - JULGAMENTO SIMULTÂNEO - APELAÇÃO ÚNICA - DUPLO EFEITO - RESTAURAÇÃO DOS EFEITOS DA LIMINAR REVOGADA. A apelação interposta de sentença que julgou conjuntamente ações conexas deve, segundo a corrente jurisprudencial dominante, ser recebida em ambos os efeitos, ainda que, quanto a uma das demandas, a lei processual imponha restrição ao recebimento do recurso nos dois efeitos. Para a concessão do efeito suspensivo, nos casos em que a lei o dispensa da apelação, devem ser levados em conta os riscos advindos de uma decisão pendente de recurso (não definitiva), e, também, a necessidade de se impedir que o tempo do processo prejudique a parte que tem razão (inteligência do art. 588 do CPC). **A atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto contra sentença que revogou liminar concedida em medida cautelar implicará na restauração dos efeitos da liminar.** (Agravo de Instrumento TJMG 1.0079.03.062015-1/001 Num. Única 0620151-53.2003.8.13.0079, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Pádua, 27.03.2008)

93. Válido destacar que, no voto condutor do acórdão retro, o eminente Relator, Desembargador Antônio de Pádua, entendeu ser possível que o efeito suspensivo seja atribuído a demandas para os quais este sequer esteja previsto em razão das consequências danosas a uma das partes que poderiam advir do prosseguimento dos efeitos da sentença:

O art. 588, do CPC, estabelece que, nas ações cautelares, a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo. **No entanto, a suspensão dos efeitos da sentença é possível, ainda nas demandas em que não se prevê em regra a atribuição de efeito suspensivo, desde que se verifique a possibilidade de resultado de lesão grave ou de difícil reparação.**

94. Ressalta-se que tal entendimento é plenamente válido para a análise do caso concreto apresentado a esta Corte, posto terem sido identificadas irregularidades na modelagem final da PPP, abraçada pelo edital da Concorrência nº. 001/2016, que, caso perpetradas na execução contratual, podem causar danos inestimáveis ao Município de Cuiabá.

95. Desta forma, verifica-se plausível a estabilização da cautelar inicialmente concedida em face do recebimento de recurso ordinário que, recebido em seu duplo efeito, suspendeu o acórdão que a havia revogado.

96. Por fim, diverge-se novamente dos argumentos apresentados pela empresa Cuiabá Luz S.A. por entender-se que a ausência de determinação expressa desta Corte para a suspensão do certame licitatório, quando do recebimento do recurso ordinário em seu duplo efeito, não implica na necessidade de reapreciação da cautelar concedida pelo Exmo. Conselheiro Relator.

97. Por todo exposto, entende-se desnecessária a reapreciação da cautelar



concedida, bem como opina-se pela sua manutenção até o julgamento do recurso ordinário a fim de garantir segurança jurídica aos atos a serem adotados pelo próprio Executivo Municipal.

2.2 Do mérito das contrarrazões recursais

2.2.1 Da existência de decisões judiciais negando irregularidades no certame (Item 4.1 das Contrarrazões)

98. A empresa Cuiabá Luz S.A. afirma a existência de 04 (quatro) decisões judiciais favoráveis ao andamento da Concorrência nº. 001/2016 e, neste sentido, assevera que tal fato corroboraria a total lisura do certame.

99. Contudo, é imperioso que se destaque que as decisões judiciais colacionadas pelos causídicos não abarcaram a integralidades de pontos controversos do edital da Concorrência nº. 001/2016 que estão sendo discutidos no âmbito desta Representação.

100. Outrossim, deve-se ter em mente que as esferas administrativas e judiciais não se imiscuem umas nas outras, sendo os seus julgados independentes uns dos outros.

101. Ademais, o controle exercido pelos Tribunais de Contas não se restringe à legalidade formal dos atos praticados pelos gestores, alcançando inclusive a análise da eficiência do gasto público e, neste sentido, é válido lembrar que as Parcerias Público-Privadas, apesar de inicialmente concebidas visando à alavancagem dos investimentos estatais, têm, atualmente, a sua relevância intimamente relacionada ao fato de permitirem a contratualização de um modelo econômico-financeiro concebido para dar mais eficiência a prestação de serviços públicos, de forma que tão importante quanto o cumprimento das disposições do seu marco regulatório é a perseguição, o mais fiel possível, das diretrizes traçadas para este tipo de contratação, sob pena de, ao não fazê-lo, subvertê-lo por completo.

102. Neste sentido, esta Corte se figura como verdadeiro bastião em busca da melhoria da gestão pública e da eficiência na aplicação dos recursos públicos de seus jurisdicionados, de forma que a existência de pronunciamentos judiciais sobre pontos isolados do certame sob análise não é capaz de assegurar a sua total lisura e o melhor atendimento ao interesse público.

2.2.2 Da ausência de competência do Tribunal de Contas para sustar ou anular contrato (Item 4.2 das Contrarrazões)

103. A empresa Cuiabá Luz S.A. informa que a Concorrência nº. 001/2016 foi homologada e adjudicada em favor do Consórcio Cuiabá Luz. S/A em 13.12.2016, período



anterior ao deferimento da medida cautelar, e que o Contrato nº. 755/2016 foi assinado entre as partes em 20.12.2016.

104. Afirma que **“desde 20/12/2016 a SPE Cuiabá Luz S/A é a concessionária dos serviços de iluminação pública do Município de Cuiabá, nos termos do contrato de concessão administrativa assinado”** (sic).

105. Neste sentido, ressalta equívoco em informação técnica datada de 31.01.2016 na qual havia sido informado que a concorrência se encontrava homologada, mas que o contrato ainda não havia sido celebrado.

106. Registra que para a celebração do contrato de concessão administrativa foram necessários a execução de outros atos que lhe geraram ônus e despesas.

107. Dentre tais atos destaca a contratação de fiança bancária (Doc. Control-P nº. 186106/2017, fls. 238/255) e de apólice de seguro garantia (Doc. Control-P nº. 186106/2017, fls. 256/260), para os foram desembolsados, respectivamente, R\$ 297.875,51 e R\$ 38.870,00.

108. Destaca ainda despesas com a contratação de outra apólice de seguro (Doc. Control-P nº. 186106/2017, fls. 261/283), com locação de galpão (Doc. Control-P nº. 186106/2017, fls. 284/301) e com locação de sala comercial (Doc. Control-P nº. 186106/2017, fls. 302/306).

109. Ademais, os causídicos voltam à tese já debatida neste relatório de que o efeito suspensivo concedido ao recurso ordinário não teria o condão de manter a suspensão da Concorrência nº. 001/2016 de Cuiabá e, assim, sustentam que o prosseguimento do processo licitatório se encontrou dentro da legalidade.

110. Seguem reafirmando que este Tribunal não tem poder para sustar e anular ato do Poder Público em primeira oportunidade e recomendam novamente o chamamento aos autos da Câmara Municipal de Vereadores de Cuiabá.

111. Por fim, salientam que, no momento da decisão que concedeu a cautelar requerida na peça recursal, publicada em 09.02.2017, o Contrato nº. 755/2016 já se encontrava assinado há mais de um mês.

112. De antemão, constata-se que os causídicos faltam com a verdade quando afirmam que **“desde 20/12/2016 a SPE Cuiabá Luz S/A é a concessionária dos serviços de iluminação pública do Município de Cuiabá, nos termos do contrato de concessão administrativa assinado”**.



113. Ocorre que, muito embora a Lei nº. 11.079/04⁶ estabeleça que antes da celebração do contrato de PPP deve ser constituída uma sociedade de propósito específico (SPE) que será a concessionária e o edital tenha previsto, no item 6.2.1 da sua Cláusula 6.2⁷, que a concessionária será uma SPE, o contrato resultante do prosseguimento da Concorrência nº. 001/2016, em total afronta as disposições legais e editalícias, não foi celebrado com a SPE, como devido, mas sim com cada uma das empresas que integraram o consórcio vencedor, outorgando-lhes o *status* de concessionárias, conforme verifica-se a seguir:

Ao vigésimo dia do mês de dezembro do ano de dois mil e dezesseis (2016), as partes a seguir identificadas, de um lado, o **MUNICÍPIO DE CUIABÁ**, pessoa jurídica de direito público, inscrito no CNPJ/MF sob o n.º 03.533.064/0001-46, com sede na Praça Alencastro, 158 – Bairro Centro - na cidade de Cuiabá/MT, através da **SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS URBANOS**, neste ato representada pelo seu secretário, **Senhor JOSÉ ROBERTO STOPA**, portador do RG nº 218.1078-05 SSP/MT e CPF nº 040.845.928-03, doravante denominado **CONCEDENTE** e, de outro lado, as empresas: **FM RODRIGUES & CIA LTDA.**, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 48.893.226/0001-95, com sede na Rua Hungria, nº 888, Ed. Plantar, 1º Andar, Conj. 11, Bairro: Jardim Europa - CEP 01.455-905 – São Paulo/SP, neste ato representada pelo seu representante legal **Sr. MARCELO SOUZA DE CAMARGO RODRIGUES**, portador da Cédula de Identidade RG nº 17.442.234-9 SSP/SP e CPF/MF sob o n.º 148.259.988-01, **COBRASIN BRASILEIRA DE SINALIZAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.**, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 38.955.662/0001-98, com sede na Rua Raimundo Nonato de Moraes, nº 114, Chácara Solar III - CEP 06.528-063 – Santana da Parnaíba/SP, neste ato representada pelo seu representante legal **Sr. JAYME SZYFLINGER**, portador da Cédula de Identidade RG nº 2.701.160 SSP/SP e CPF/MF sob o n.º 049.243.398-49, e **SATIVA ENGENHARIA LTDA.**, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 00.148.237/0001-14, com sede na Rua Amoroso Lima, nº 440, Ed. Salvador Business & Flat, Salas 101 e 106, Caminho das Árvores - CEP 41.820-770 – Salvador/BA, neste ato representada por seu representante legal **Sr. MARIO CEZAR SANTOS CARDOZO**, portador da Cédula de Identidade RG nº 02489362-55 SSP/BA e CPF/MF sob o n.º 249.312.505-30, doravante denominadas **CONCESSIONÁRIAS**, contrato este, decorrente do Processo Administrativo nº -60.793/2014, **EDITAL DE CONCESSÃO/CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 001/2016**, tem entre si justo e avençado o presente instrumento, mediante as cláusulas e condições a seguir definidas:

114. Ademais, também é possível verificar de imediato que os causídicos da empresa Cuiabá Luz S.A. repisam tese já apresentada nestas mesmas contrarrazões.

115. A possibilidade de estabilização da cautelar inicialmente concedida em face do recebimento do recurso ordinário em seu duplo efeito já fora debatida neste relatório (vide item 2.1.4), fazendo-se desnecessária e infrutífera reapresenta-la neste tópico.

⁶ Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

⁷ 6.2 CONCESSIONÁRIA

6.2.1 A Concessionária será uma SPE, constituída sob a forma de sociedade por ações, constituída de acordo com a lei brasileira, com a finalidade exclusiva de operar a Concessão, devendo estar sediada no Município de Cuiabá.



116. Acerca do chamamento aos autos da Câmara Municipal de Vereadores reforça-se a opinião manifestada previamente neste relatório (vide **item 2.1.2**) no sentido de inexistir a necessidade de chamamento do referido órgão municipal a estes autos.

117. Não obstante, acerca da tese defendida pela empresa Cuiabá Luz S.A. sobre impossibilidade desta Corte sustar atos do Poder Público, ressalta-se que tal tese destoa do regramento jurídico que conduz a atuação deste Tribunal.

118. A Lei Complementar nº. 269, de 22 de janeiro de 2007, Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, estabelece, em seu artigo 83, inciso III, que a sustação de ato impugnado ou a suspensão de procedimentos são medidas cautelares facultadas a esta Corte no desempenho de sua função institucional.

119. A referida lei prevê ainda, em seu artigo 83, inciso IV, a possibilidade de adoção cautelar de outras medidas inominadas de caráter urgente.

120. Neste sentido seguem as disposições do Regimento Interno deste Tribunal de Contas que, em seu artigo 298, sedimenta a possibilidade do Tribunal de Contas determinação medidas cautelares para a sustação de ato impugnado ou suspensão de procedimentos, prevendo ainda cautelares para outras medidas inominadas de caráter urgente.

121. Ademais, válido salientar que, por força do disposto no artigo 300 do referido regimento, **quando a medida cautelar incidir sobre edital de licitação ela impede a abertura ou o prosseguimento do certame.**

122. Em tempo, a jurisprudência do STF segue no sentido de assegurar a possibilidade de as Cortes de Contas determinarem medidas cautelares indispensáveis à garantia da preservação do interesse público e à efetividade de suas deliberações:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem (Mandado de Segurança nº. 24.510 DF, Plenário do STF, Relatora Min. Ellen Gracie)

123. Nesta senda, relevante é a lição deixada pelo decano da Corte Maior, Ministro Celso de Melo, ao longo do citado julgamento:



Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia. Não se pode ignorar - consoante proclama autorizado magistério doutrinário (SYDNEY SANCHES, 'Poder Cautelar geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro', p.30, 1978, RT; JOSÉ FREDERICO MARQUES, 'Manual de Direito Processual Civil', vol. 4/335, item n. 1.021, 7ª Ed., 1987, Saraiva; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, 'A Instrumentalidade do Processo', p. 336/371, 1987, RT; VITTORIO DENTI, 'Sul Concetto dei Provvedimenti cautelari', p. 20, mitem n. 8, Pádua, 1936, Cedam; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, 'Tutela Cautelar', vol. 4, p. 17, 1992, Aide, v.g.) – que os provimentos de natureza cautelar acham-se instrumentalidade vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando, desse modo, plena eficácia e utilidade à tutela estatal a ser prestada. Assentada tal premissa, que confere especial ênfase ao binômio utilidade/necessidade, torna-se essencial reconhecer – especialmente em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, e considerada, ainda, a doutrina dos poderes implícitos – que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo, em cuja concretização o Tribunal de Contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais.

124. Por fim, em recente decisão proferida pela Presidente do Pretório Excelso, Ministra Cármen Lúcia, no âmbito da Suspensão de Segurança nº. 5182/MA, restou assegurado aos Tribunais de Contas a possibilidade de determinarem medidas cautelares que visem assegurar a eficácia da deliberação da Corte, incluída a possibilidade de suspensão de alguns efeitos de contratos potencialmente danosos aos interesses públicos a aos princípios insculpidos no artigo 37 da Carta Magna, conforme pode se extrair do seguinte trecho da referida decisão:

No exercício do poder geral de cautela, o Tribunal de Contas pode determinar medidas, em caráter precário, que assegurem o resultado final dos processos administrativos. Isso inclui, dadas as peculiaridades da espécie vertente, a possibilidade de sustação de alguns dos efeitos decorrentes de contratos potencialmente danosos ao interesse público e aos princípios dispostos no art. 37 da Constituição da República. Como assentado pelo Ministro Celso de Mello, "a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, a essa Corte, ainda que por implicitude, a possibilidade de conceder provimentos cautelares vocacionados a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário" (MS n. 26.547/DF, decisão monocrática, DJ 29.5.2007).

125. Neste sentido, destaca-se que um dos cerne da discussão travada nos presentes autos gira em torno da eficiência do modelo adotado na PPP objeto da Concorrência nº. 001/2016, eficiência essa que deve ser de observância obrigatória pela Administração Pública e se figura como um dos princípios constitucionais guarnecidos pelo *caput* do artigo 37 da Lei Maior.

126. Ademais, o que as cautelares expedidas ao longo da marcha processual desta



Representação buscaram foi a interrupção da Concorrência nº. 001/2016, e conseqüentemente dos atos decorrentes dela, até o julgamento final acerca do mérito da própria Representação a fim de se evitar a ocorrência de danos irreparáveis, ou ainda de difícil reparação, a qualquer um dos envolvidos.

127. Nestes termos, muito embora a concessionária informe já ter incorrido em despesas resultante da formalização do Contrato nº. 755/2016, o prosseguimento da execução contratual neste momento implicaria na realização, pela concessionária, dos elevados investimentos previstos para o primeiro ciclo de modernização do parque luminotécnico de Cuiabá o que representa cifras bem mais expressivas.

128. Assim, tem-se que a retomada da execução do Contrato nº. 755/2016 somente após a deliberação final acerca do mérito desta representação é medida que se faz necessária para trazer segurança jurídica às próprias partes.

2.2.3 Da audiência de todos os envolvidos (Item 4.3 das Contrarrazões)

129. A empresa Cuiabá Luz S.A. solicita que, no caso de indeferimento da formação do litisconsórcio passivo pleiteado em suas contrarrazões recursais (vide **item 2.1.3**), seja deferida dilação probatória no sentido de se determinar a oitiva e a audiência dos seguintes agentes:

- Mauro Mendes Ferreira, ex-Prefeito;
- Eroaldo de Oliveira, ex-Secretário Municipal de Gestão da Prefeitura Municipal de Cuiabá;
- José Roberto Stopa, Secretário Municipal de Serviços Urbanos de Cuiabá;
- Raufrides Macedo, Presidente da Comissão Especial de Licitação;
- Luiz Sávio Fernandes de Campos. Membro da Comissão Especial de Licitação;
- Rodrigo Ribeiro Verão, membro da Comissão de Licitação;
- Evandro Marcus Paiva Machado, Procurador-Chefe da Procuradoria de Contratos e Patrimônio;
- Rogério Luiz Gallo, Procurador Geral do Município.

130. Para tanto, cita as disposições normativas do RITCE/MT que facultam ao relator determinar a realização de diligências que considere necessárias.

131. Cita ainda o Acórdão 425/2014 do Plenário do TCU:

Não é nulo o processo no âmbito do TCU que se origina de denúncia anônima, desde que realizadas as diligências necessárias para verificação dos fatos e colação das provas. (Acórdão TCU 425/2014-P, Rel. Min. Benjamim Zymler)



132. Por fim, acrescenta que a diligência requerida é necessária ao exercício da ampla defesa e do contraditório pois lhe asseguraria que fossem esgotadas todas possibilidades de exclusão de sua responsabilidade.

133. Contudo, não se verifica, na presente instrução, qualquer cerceamento ao exercício da ampla defesa e do contraditório por parte da empresa Cuiabá Luz S.A. posto terem sido juntados, aos presentes autos, cópias do PMI que subsidiou a modelagem da PPP e dos autos da Concorrência nº. 001/2016.

134. Destaca-se ainda que, no decorrer do processamento desta Representação, os gestores de Cuiabá apresentaram sua manifestação acerca dos apontamentos efetuados pela equipe técnica, bem como juntaram documentos aos autos, tendo, ambos, sido objeto da análise efetuada pela equipe técnica.

135. Ademais, considerando que o Sr. José Roberto Stopa foi apontado como responsável pelas irregularidades identificadas pela equipe técnica, relembra-se que ele foi notificado para apresentar suas contrarrazões recursais, mas manteve-se inerte.

136. Ainda, ressalta-se que à empresa Cuiabá Luz S.A. foi franqueado acesso a todos os documentos dos autos, tendo, inclusive, lhe sido deferido o pedido de cópia integral dos autos (Doc. Control-P nº. 286535/2017).

137. Assim, não se vislumbra óbice ao prosseguimento processual.

2.2.4 Da comprovação de liquidez geral e liquidez corrente por meio de índice superior a 1,5 (Item 4.3.1 das Contrarrazões acerca do Item 4.1 do Recurso Ordinário)

138. Os procuradores da empresa Cuiabá Luz S.A. sustentam que o índice de 1,5 exigido pela Prefeitura de Cuiabá para a Liquidez Corrente e Liquidez Geral não é incomum ou absurdo.

139. Afirmam que o referido índice é comumente utilizado em concessões administrativas, sendo indicado para o caso em análise, e não frustram a competição do certame.

140. Ressaltam que a escolha de índices inferiores poderia colocar em risco o cumprimento das obrigações assumidas em contrato, pois significariam que a empresa não possuiria capacidade de investimento.

141. Informam que o Edital de São José dos Pinhais/PR utilizou índice semelhante, de forma que tal índice seria costumeiramente utilizado.

142. Relembrem que, para a concessão dos serviços de água e esgoto de Cuiabá, o edital da Concorrência nº. 14/2011 estabeleceu índices inferiores a 1,5.



143. Neste sentido, defende que a escolha da empresa para tal concessão não foi acertada, uma vez que esta se encontra em recuperação judicial.

144. Defende ainda que o índice exigido se encontra dentro da margem discricionária do gestor.

145. Por fim, colaciona um julgado do TJRS e um julgado do TJPR onde foram admitidas a exigência de índices de liquidez igual a 1,5, bem como apresenta um julgado do TJPR no qual restou afirmado que a Administração Pública possui discricionariedade para escolher o índice de endividamento a ser utilizado para avaliar a capacidade financeira dos licitantes.

146. Contudo, na análise do caso concreto, discorda-se veementemente da tese apresentada pela empresa Cuiabá Luz S.A. no que se refere as exigências editalícias de índices de liquidez geral (ILG) e corrente (ILC) iguais ou superiores a 1,5 pela Concorrência nº. 001/2016.

147. Visando induzir esta corte de que o índice de 1,5 adotado pela Prefeitura de Cuiabá para Concorrência nº. 001/2016 não é incomum, os causídicos informaram a juntada de cópia de edital da Prefeitura de São José dos Pinhais no qual previu-se índice semelhante.

148. Ocorre que o objeto da referida contratação de São José dos Pinhais/PR não guarda qualquer correlação com o objeto do certame sob análise. 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).

149. Por outro lado, conforme apresentado no relatório preliminar elaborado pela equipe técnica (Doc. Control-P nº. 86746/2016), a análise do edital da Concorrência Internacional nº. 01/SES/2015 do Município de São Paulo/SP, que tinha como objeto a celebração de PPP na modalidade concessão administrativa para modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real da infraestrutura de iluminação pública do Município, revelou que inicialmente foi exigida a apresentação de ILG e ILC iguais ou superiores a 1,0.

150. Destaca-se, ainda, que após a republicação do referido edital, de forma definitiva, a exigência de tais índices mínimos foram, inclusive, suprimidas.

151. Naquela oportunidade, a equipe técnica também pontuou que o Município de Maceió/AL também exigiu para a sua PPP de iluminação pública ILG e ILC iguais ou superiores a 1,0.

152. Também foi pontuado que os municípios de Vitória/ES e Uberaba/MG sequer previram em seus editais para celebração de PPP de iluminação pública a exigência de



índices de liquidez mínimos.

153. Assim, verifica-se que, com base no mercado no qual a contratação em análise se encontra inserida, a exigência de índices de liquidez iguais ou superiores a 1,5 não pode ser tida como usual.

154. Os índices contábeis de capacidade financeira a serem exigidos pelo edital do certame devem estar devidamente justificados no processo licitatório. Essa é a inteligência da Súmula 289 do Tribunal de Contas que tomamos a liberdade de reproduzir na sequência:

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.

155. De certo que a adoção do índice de 1,5 não pode se pautar exclusivamente nas dificuldades enfrentadas pelo Município de Cuiabá com a concessão comum do seu serviço de água e esgoto para a empresa CAB/Cuiabá, baseando-se, a gestão Municipal, simplesmente no fato de ter sido exigido para essa concessão índices iguais ou superiores a 1,0.

156. Ademais, ainda que se entenda que as dificuldades enfrentadas pela CAB/Cuiabá derivaram exclusivamente da situação financeira demonstrada pelos índices exigidos pelo certame licitatório, não tendo relevância nenhuma os diversos outros problemas encarados pela concessionária, não restaria clara a adoção do índice de 1,5 pelo edital da Concorrência nº. 001/2016.

157. Não há qualquer justificativa para a adoção deste número “mágico”. Ao passo que não se identifica justificativa para a adoção do índice de 1,5, também não se encontra qualquer análise técnica encartada nos autos para justificar porque não foi adotado o índice de 1,1; 1,2; 1,3 ou ainda porque não foi adotado o índice de 2,0, uma vez que foi informado que se busca trazer maior segurança à contratação.

158. Por fim, deve-se ter em mente que a exigência de índices mínimos de liquidez (geral e corrente) representam a busca da administração por um parceiro privado que possua condições financeiras **suficientes** para consecução do objeto contrato.

159. Neste sentido, não é possível conceber que no ano de 2016 as maiores empresas da indústria da construção brasileira não reuniram condições financeiras suficientes para executar o objeto da Concorrência nº. 001/2016, uma vez que, conforme informações contábeis disponibilizadas no endereço eletrônico da publicação Maiores e Melhores da Revista Exame⁸, dentre as maiores empresas da construção civil somente a

⁸ <http://mm.exame.abril.com.br/empresas/filtrar/2016/industria-da-construcao/Todos>



empresa Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A. possuía índice de liquidez geral superior a 1,5, sendo que o ILG médio das referidas empresas era de apenas 1,03.

160. Por todo o exposto, entende-se que o ILG e o ILC do edital da Concorrência nº. 001/2016 são desarrazoados e não foram adotados com respaldo técnico, de forma a macularem o referido certame com vício insanável.

2.2.5 Da responsabilidade pelo pagamento da conta de energia da iluminação pública (Item 4.3.2 das Contrarrazões acerca do Item 4.2 do Recurso Ordinário)

161. A empresa Cuiabá Luz S.A. sustenta que a irregularidade apontada pela equipe técnica se refere a um apontamento hipotético, defendendo que o apontamento se baseia na possibilidade, que ao seu ver é extremamente remota, dos índices de eficiência energética não serem atendidos.

162. Destaca que a presunção de legitimidade é atributo inerente aos atos administrativos e, neste sentido, afirma que esta não fora refutada.

163. Alega ainda que o edital da Concorrência nº. 001/2016, por referir-se a modelo de concessão administrativa, está baseado na constante e periódica avaliação de desempenho da concessionária, que deve atingir índices mínimos de energia a cada ano, de forma que a eficiência energética estaria garantida por meio da análise do desempenho da concessionária.

164. Sustenta que, conforme indicadores de desempenho, ao final do primeiro, segundo e terceiro ano da concessão, a concessionária deve apresentar redução no consumo de energia de 16%, 38% e 48% respectivamente, de forma que o estímulo à concessionária se daria em razão do desconto na contraprestação pública caso os índices não fossem alcançados.

165. Afirma, por derradeiro, que estar-se-ia invadindo a discricionariedade do gestor público, ressaltando que cumpre somente à Administração Municipal optar pelas exigências do Edital.

166. Diverge-se da percepção da empresa Cuiabá Luz S.A. sobre o apontamento em questão.

167. Não se trata de posicionamento pautado em conjecturas e hipóteses alheios a realidade do caso sob exame.

168. Muito menos se refere o apontamento em questão a uma irregularidade em tese.



169. Deve-se trazer à baila o mandamento constitucional⁹ que determina que a Administração Pública obedeça ao princípio da eficiência, dentre outros.

170. Outrossim, a própria Lei nº. 11.079/2004¹⁰, que institui normas gerais de licitação e contratação de parceria pública-privada no âmbito da Administração Pública, delineou como uma de suas diretrizes a observação da eficiência no emprego dos recursos da sociedade.

171. Desta forma, ao avaliar a eficiência do modelo de contratação adotado pela Prefeitura de Cuiabá no âmbito da Concorrência 001/2016, está se avaliando também a sua conformidade com o determinado no referido dispositivo.

172. Cediço que o gestor possui razoável liberdade para adotar as medidas pertinentes à prestação dos serviços públicos que se encontram sob a sua alçada. No entanto, a liberdade do gestor encontra-se limitada aos mandamentos legais, e no caso em questão, a busca pela maior eficiência na aplicação dos recursos destinados à iluminação pública municipal.

173. Neste sentido, é válido lembrarmos que um dos grandes objetivos que fora propagandeado pelo edital combatido é a economia de energia elétrica.

174. Contudo, o que se observa no caso concreto, é que o edital da Concorrência não apresenta qualquer estímulo para que o concessionário busque índices de eficiência energéticas superiores aos inicialmente concebidos, engessando o possível recebimento de benefícios futuros decorrentes de modernização desta área. Neste sentido, é válido destacar que a previsão editalícia é de que o contrato dure pelo menos 30 anos, podendo ser prorrogável por mais 5 anos.

175. Não obstante, além da citada falta de incentivo para que a futura concessionária busque níveis de eficiência superiores aos inicialmente previstos na modelagem da concessão, o contrato não possui amarras no sentido de garantir que após a troca de todas as luminárias do parque luminotécnico de Cuiabá se atinja a economia de 48% dos gastos com a energia elétrica da iluminação pública que fora prevista no projeto.

176. A empresa Cuiabá Luz S.A., ao afirmar que o incentivo para o atingimento do índice de eficiência previsto em projeto encontra-se na possibilidade de redução da

⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

¹⁰ **Art. 4.** 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;
(...)



contraprestação pública em razão do índice de economia apurado quando da avaliação do seu desempenho, demonstra má fé processual ou total desconhecimento dos mecanismos do Sistema de Mensuração de Desempenho (SMD) adotados na Concorrência nº. 001/2016.

177. Ocorre que, conforme estabelecido no Anexo II à minuta do contrato, caso a nota final do SMD esteja entre 80% e 100% a concessionária receberá o valor integral de sua contraprestação. Sendo assim, crucial destacar-se que o indicador de desempenho representa apenas 6% da nota final do SMD, de forma que a concessionária poderá receber o valor integral da contraprestação pública ainda que não atinja a economia prevista.

178. Deste modo, o que se tem, em verdade, é que a eficiência esperada por meio da economia com energia elétrica da iluminação pública prevista em projeto é uma expectativa da contratação e não uma garantia, como poderia ter sido caso fosse adotado outro arranjo contratual.

179. Em outras palavras, o arranjo contratual adotado na forma da minuta anexa ao edital da Concorrência nº. 001/2016 não assegura ao Município de Cuiabá nenhum nível de redução do consumo energia elétrica por parte do parque de iluminação pública.

180. Por oportuno, é válido aclarar que esta questão não é sensível apenas à iluminação pública municipal, podendo atingir, ainda que indiretamente, outras políticas públicas municipais. Isto se dá pois, conforme consulta efetuada no Sistema Aplic, no ano de 2016 a Prefeitura Municipal de Cuiabá arrecadou na forma de Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública o montante de **R\$ 42.589.344,01** (quarenta e dois milhões, quinhentos e oitenta e nove mil, trezentos e quarenta e quatro reais e um centavo), enquanto que foram gastos **R\$ 41.334.338,73** (quarenta e um milhões, trezentos e trinta e quatro mil, trezentos e trinta e oito reais e setenta e três centavos) com a energia elétrica, sendo que, após o primeiro ano da concessão de iluminação pública, o valor anual das contraprestações públicas, na forma do contrato adjudicado, ficou em **R\$ 25.372.500,00** (vinte e cinco milhões, trezentos e setenta e dois mil e quinhentos reais).

181. Assim, considerando-se os números de 2016, tem-se que após abatido da COSIP o montante correspondente à contraprestação anual da concessão sobriaria ao município recursos suficientes para o pagamento de apenas 41,65%¹¹ da energia elétrica.

182. Tomando-se por base os números de 2017, verifica-se uma situação ainda mais preocupante, posto que, conforme informado no Aplic, a receita com a COSIP diminuiu para

¹¹ $42.589.344,01 - 25.372.500,00 = 17.216.844,01$
 $\frac{17.216.844,01}{41.334.338,78} = 0,4165 = 41,65\%$



R\$ 39.447.336,82 (trinta e nove milhões, quatrocentos e quarenta e sete mil, trezentos e trinta e seis reais e oitenta e dois centavos) enquanto que a despesa com energia elétrica subiu para **R\$ 43.990.994,03** (quarenta e três milhões, novecentos e noventa mil, novecentos e noventa reais e três centavos).

183. Ou seja, o que os números acima revelam é que o Município terá que realocar recursos que teriam outra destinação para poder fazer frente aos custos da iluminação pública (contraprestação da concessão e energia elétrica).

184. Desta forma, garantir que a concessão efetivamente atinja os índices de eficiência energética previstos em projeto é medida que se faz necessária para minimizar o impacto da implantação da concessão no orçamento municipal e assegurar a eficiência da contratação.

2.2.4 Da ausência de telegestão no modelo final adotado (Item 4.3.3 das Contrarrazões acerca do Item 4.2.2 do Recurso Ordinário)

185. A empresa Cuiabá Luz S.A. afirma que o recorrente (MPC) estaria asseverando, sem a devida justificativa para tanto, que a municipalidade suprimiu a telegestão em ofensa ao princípio da eficiência e da economicidade.

186. Neste sentido, sustenta que constam justificados nos autos, da representação e do processo da Concorrência nº. 001/2016, as razões para a supressão desse item em prol do melhor interesse público.

187. Salaria que a Administração Municipal teria chegado à conclusão de que o custo benefício da implantação do modelo de telegestão seria muito alto, deixando de ser vantajoso para o município de Cuiabá.

188. Assim, assevera que as razões da Administração Municipal para a supressão por completo do sistema de telegestão são justas e razoáveis.

189. Aponta que o recorrente ofende o poder discricionário do gestor público ao buscar rever o ato administrativo, posto que estariam explanadas e comprovadas as razões para supressão do sistema de telegestão.

190. Por fim, sustenta que não cabe discutir a melhor opção para a concessão administrativa, pois observados os limites da lei, a decisão cabe somente ao gestor público.

191. Contudo, a análise dos argumentos e documentos trazidos aos presentes autos, quer seja nas contrarrazões recursais da empresa Cuiabá Luz S.A., quer seja na manifestação dos gestores de Cuiabá na fase anterior a prolação do acórdão recorrido, revelam que os motivos alegados para a supressão da telegestão não subsistem.



192. Conforme exposto no Relatório Técnico de Defesa (Doc. Control-P nº. 138467/2016), 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 (dezesseis 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**.

194. Desta forma, além de não ter sido identificada qualquer análise técnica encartada nos autos da Concorrência nº. 001/2016, incluídos os autos referentes a sua modelagem, que permitissem aos gestores concluir que a adoção da telegestão não possui um bom custo benefício, de forma que este sistema deveria ser suprimido da modelagem a



ser licitada, o que se verifica, com base nas informações referentes à economia mínima apontada na modelagem, é que a telegestão propiciaria ao Município de Cuiabá uma economia superior a três vezes o valor do investimento no referido sistema.

195. A luz destes fatos, verifica-se válido que esta Corte adentre na análise do mérito administrativo da decisão tomada pela Prefeitura de Cuiabá quando da modelagem da PPP sob análise, posto que as decisões tomadas para o suprimento da telegestão do modelo adotado não se escudaram em análises que indicassem serem essa a melhor opção para a gestão, a análise dos autos indica ter sido a decisão tomada sem maiores fundamentos.

196. Outrossim, repisa-se que os fundamentos no âmbito desta Representação, quais sejam, os que afirmam que adoção da telegestão não possuía um bom custo benefício para Cuiabá, que, não se fizeram acompanhar de quaisquer estudos técnicos, não se sustentaram diante dos cálculos apresentados acima.

2.2.5 Da repartição de riscos, ausência de fundamentação das opções adotadas na modelagem da PPP, da forma de compartilhamento das receitas acessórias decorrentes da exploração do objeto contratual e do cálculo da contraprestação mensal efetiva (Item 4.3.4 das Contrarrazões acerca do Item 4.2.3 do Recurso Ordinário)

197. Acerca do risco de eventual não redução do consumo de energia elétrica, a empresa Cuiabá Luz S.A. atém-se em afirmar que este ponto já fora combatido em tópico anterior de forma que, a seu ver, os índices de desempenho garantem a eficiência contratual.

198. Sobre as reposições anuais de bens da concessão, cujo encargo financeiro recairia sobre o concessionário, afirma ser evidente que o equilíbrio econômico-financeiro opera seus efeitos para ambas as partes a fim de se evitar que qualquer uma das partes se enriqueça ilicitamente, de forma que seria um absurdo a alegação de que o reequilíbrio econômico financeiro operaria somente em favor da concessionária.

199. Nesses termos, ressalta que o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro é direito de qualquer uma das partes contratantes que conste mudança da situação fática inicial do contrato.

200. Sobre as receitas acessórias e o seu compartilhamento, frisa que o objetivo desta é sempre diminuir a contraprestação mensal do Poder Concedente.

201. Acrescenta que sua efetiva ocorrência depende de inúmeros fatores e situações, de forma que essas receitas muitas vezes sequer se concretizem.

202. Salaria que as possíveis receitas acessórias devem constar das propostas, mas dadas as características da concessão em comento não se vislumbra, no momento, quais



seriam as receitas acessórias possíveis de serem auferidas pela concessionária.

203. Assevera que, identificada a possibilidade de receita acessória, ela somente poderia ser efetivada pelo concessionário após expressa autorização do Poder Concedente, conforme estabelece o Contrato 755/2016¹².

204. Ressalta que o compartilhamento da receita acessória é imposição contratual¹³, de forma que o Município estaria resguardado quanto a sua cota parte, quando da análise da proposta de receita acessória encaminhada pela concessionária ao Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas.

205. Acerca da contraprestação mensal efetiva adotada na PPP, a empresa Cuiabá Luz S.A. novamente afirma que o MPC busca rechaçar o poder discricionário da Administração Pública.

206. Sustenta que o recorrente não indica qual é a infração à ordem legal, sempre aventando possibilidades e hipóteses, mas sem indicar a situação concreta, eminente, acabada.

207. Apresenta trechos do voto condutor do acórdão atacado, no qual o então Relator manifestou entendimento diverso ao da equipe técnica e do MPC no sentido de que os apontamentos efetuados não se configurariam em irregularidades que comprometessem a lisura da licitação e de que a determinação pelo cancelamento da licitação deveria ser precedida de análise criteriosa e objetiva que indique os itens irregulares e a legislação violada.

208. Nestes termos, assevera que não há clara infração legal e que as escolhas e opções questionadas são de discricionariedade do Poder Público.

209. Apresenta ensinamentos do Celso Antônio Bandeira de Mello que versam sobre o poder discricionário:

Em suma: discricionariedade é liberdade *dentro da lei*, nos limites da norma legal e *pode ser definida como*: “A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos

¹² **10.2.2** A exploração ficará condicionada ao encaminhamento de solicitação por escrito da Concessionária ao Poder Concedente e à aprovação expressa do Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas do Município de Cuiabá.

¹³ **10.2.7** A Concessionária deverá compartilhar com o Poder Concedente os ganhos econômicos decorrentes das fontes de Receitas Acessórias por ela exploradas, mantendo, para tanto, contabilidade específica de cada contrato que eventualmente vier a celebrar.

10.2.8 A proporção do compartilhamento das Receitas Acessórias terá por referência os quesitos demonstrados no estudo de que trata a subcláusula 10.2.3, sendo ajustada em cada caso entre o Poder Concedente, por intermédio do Comitê Gestor, e a Concessionária.

10.2.9 Os valores resultantes do compartilhamento de que trata esta Cláusula deverão ser revertidos ao Tesouro Municipal.



próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”. (Op. Cit. P.436) (sic)

[...] Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto. **Esta esfera de decisão legítima compreende apenas e tão somente o campo dentro do qual ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável.** Fora daí não há discricção. (Idem. P. 440) (sic)

Com efeito, considerada cada situação com sua fisionomia e coloração específicas, poder-se-á, *algumas vezes*, verificar que a satisfação de finalidade normativa reclamaria, *para além de qualquer dúvida possível*, unicamente o ato “A” ou o ato “B”; o deferimento de cada pretensão e não seu indeferimento, ou vice-versa. Vale dizer: haverá casos em que pessoas sensatas, equilibradas, normais, serão todas concordes em que só um dado ato – e não outro – atenderia à finalidade da lei invocada; ou, então, assentirão apenas em que, de todo modo, determinado ato, com certeza objetiva, não a atenderia. Segue-se que, em hipótese deste jaez, se a Administração agir de maneira inversa, evidentemente terá descumprido finalidade legal. [...] (Idem. P. 440/441) (sic)

210. Desta forma, ressalta que a ausência de discricionariedade se daria na hipótese em que fosse indiscutível a melhor opção.

211. Por derradeiro, clama que não haveria nada que se configurasse em irregularidade ou ilegalidade.

212. Contudo, esta equipe técnica diverge do entendimento professado pela empresa Cuiabá Luz S.A. nas contrarrazões apresentadas em face do Recurso Ordinário do MPC.

213. No presente tópico estão agrupados apontamentos efetuados pela equipe técnica sobre afrontas às diretrizes a serem obrigatoriamente observadas na contratação das parcerias público-privadas, conforme determina a Lei nº. 11.079/2004¹⁴.

214. Neste sentido, ressaltamos que a observância ou não das diretrizes traçadas na lei não se encontram na esfera de discricionariedade do administrador público, devendo ser rigorosamente atendidas. De modo, que, na espécie, não se discutem possibilidades e hipóteses de um modelo contratual “mais adequado”, como busca induzir a empresa Cuiabá

¹⁴ Art. 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;
- II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.



Luz S.A., mas **demonstra-se que o modelo adotado pelo Município de Cuiabá afronta as diretrizes traçadas pela lei de regência das parcerias público-privadas**, que por sua vez se consubstanciam nos pilares delineadores deste formato de contratação.

215. Afinal, tal qual se extrai dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, trazidos aos autos nas próprias contrarrazões, busca-se demonstrar objetivamente que o gestor optou por atos que não atendem a finalidade da lei invocada e, portanto, representam um descumprimento legal.

216. Ademais, há de se ressaltar que os apontamentos tratados neste tópico, em razão dos seus efeitos, estão incluídos no controle financeiro de responsabilidade desta Corte de forma que não se pode simplesmente alegar que são questões discricionárias do gestor. Sobre o tema, destaca-se os ensinamentos de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

[...] o que se pretende dizer com a asserção de que o controle financeiro externo envolve aspectos relacionados a discricionariedade e que ele não se restringe a análise meramente formal de legalidade e que ele possibilita o questionamento até mesmo da atuação discricionária do administrador, o qual terá que justificar, fundamentadamente, a luz da lei e do direito, as escolhas que fez no exercício de sua atividade administrativa, demonstrando que havia elementos, em cada caso, que o levaram a considerar que uma determinada atuação, por ele dotada – e não outra, igualmente válida -, mais adequadamente atendia ao interesse público. (ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente, Direito Administrativo Descomplicado, ed. 21, Rio de Janeiro, Método, 2013, p. 889)

217. Feitas essas considerações iniciais, deve-se ressaltar que ao analisarmos parcerias público-privadas não o podemos fazer com o modelo mental das contratações públicas tradicionais regidas pela Lei nº. 8.666/93, ainda mais nas questões relativas aos riscos envolvidos na contratação.

218. Restringir os contratos de PPP, que são regidos pela Lei nº. 11.079/04, a ótica dos riscos inerentes às contratações tradicionais regidas pela Lei nº. 8.666/93 significa subverter o modelo econômico que deu origem a este tipo de contratação ao alijá-lo de seu potencial, suprimindo grande parte dos benefícios que podem ser alcançados com este modelo contratual.

219. Neste contexto, destacamos que Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado informam que pesquisa realizada na Inglaterra demonstrou que 60% dos ganhos obtidos com a contratação de PPPs em comparação às formas tradicionais de implantação de empreendimentos provêm da adequada partição de riscos¹⁵.

220. Assim, conforme informou-se no relatório preliminar a alocação de certos riscos inerentes à concessão sob análise não se deu de forma objetiva, não observando a doutrina

¹⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal & PRADO, Lucas Navarro, Comentários à Lei de PPP – Parceria Público Privada, Fundamentos Econômico-Jurídicos, 1ª Edição, Malheiros Editores Ltda., 2007, p. 103.



sob alocação de riscos, que preconiza, primeiramente, que o risco deva ser alocado 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.

221. Nestes termos destaca-se que a redução do consumo de energia elétrica por parte da rede de iluminação pública é uma das situações mais desejadas com a PPP. No entanto, as consequências danosas advindas da não concretização deste risco ficaram integralmente alocadas com o Poder Concedente que, nos termos contratuais, não possui qualquer capacidade de gerência sobre a sua ocorrência, nem mesmo possui a possibilidade de realizar medidas mitigadoras do impacto de sua não ocorrência. Por outro lado, a concessionária possui total gerência sobre a ocorrência desse risco cujos impactos ocorrem somente para o poder público.

222. Desta forma destaca-se que, nos termos delineados no contrato da concessão, sequer há a possibilidade de aplicação de penalidade à concessionária caso os índices de eficiência energética previstos em projeto não sejam atingidos.

223. Ou seja, celebrado o contrato, o poder público deixa de ter qualquer gerência sobre a diminuição dos custos da energia elétrica da iluminação pública, lhe cabendo, tão somente, pagar a conta.

224. Acerca das reposições anuais de bens da concessão, cujo encargo financeiro recairia sobre o concessionário, tem-se que a Empresa Cuiabá Luz S.A. ressalta que o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro é direito de qualquer das contratantes que conste mudança da situação fática inicial.

225. No entanto, tal afirmação não procede. Nas parcerias público-privadas não se deve tratar das questões inerentes aos riscos de forma relapsa, submetendo-os a aplicação do abstrato princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que acaba implicando, na prática, que sua aplicação seja dada pelo Judiciário a cada caso, de forma que não se saberia, de antemão, a quem compete arcar com as consequências advindas da ocorrência de dado risco, implicando que as empresas presumam que terão de suportar todos os riscos que não foram claramente repartidos, o que por sua vez, de certo, repercutirá significativamente nas propostas financeiras.

226. Por isso que o marco legal das PPPs determina que os riscos relacionados a concessão devem ser objetivamente distribuídos entre as partes e determina que os contratos possuam cláusula que verse sobre esta repartição de riscos entre as partes, prevendo, inclusive, a repartição dos riscos referentes a caso fortuito, força maior, fato príncipe e álea econômica extraordinária.



227. Neste sentido, deve ser claro que a mudança na situação fática inicial gerará consequências que deverão ser absorvidas pela parte ao qual o risco está alocado, ou seja, não haverá, necessariamente, reequilíbrio do contrato.

228. Observa-se, por exemplo, que o risco de câmbio, na forma do item “a” da Cláusula 13.1.4 da minuta do contrato, ficou sob a responsabilidade do concessionário de forma que, caso os insumos tripliquem de valor, caberá ao concessionário suportar esta majoração dos custos, lhe sendo facultado atuar de forma preventiva securitizando o seu risco por meio dos mecanismos disponíveis no mercado, de igual modo, caso os custos de certo insumo relevante seja reduzido a um terço de seu valor inicial, caberá ao concessionário auferir os benefícios de tal redução.

229. Ademais, sobre as reposições anuais de bens da concessão, é válido relembrar que o segundo critério para a alocação de risco preconiza que o risco deve ser alocado à parte que melhor pode mitigar os prejuízos resultantes do evento indesejável.

230. Assim, no caso vertente, é a concessionária que detém maior capacidade de gerenciar as consequências danosas caso o evento indesejável ocorra, posto ser a detentora das informações sobre a ocorrência dos efeitos danosos e da informação quanto ao efetivo emprego de materiais nessas manutenções.

231. Contudo, verifica-se que este risco está implicitamente alocado para o poder público, posto que os custos do evento indesejável, dentro dos limites anuais estabelecidos no contrato, já se encontram embutidos no preço do concessionário e, caso a necessidade ultrapasse os limites anuais estabelecidos, o concessionário fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro. Não obstante, no contrato não há qualquer previsão de reequilíbrio econômico-financeiro em favor da Administração caso as perdas sejam inferiores aos quantitativos anuais delimitados (167 luminárias, 78.778 metros de cabo e 39 postes).

232. Encerrada a análise dos argumentos das contrarrazões afetos às distribuições de riscos da concessão, destaca-se que este tópico também se refere às contrarrazões e sua análise, apresentadas acerca do item 4.2.3 do recurso ordinário apresentado pelo MPC.

233. Neste sentido, ressalta-se que as contrarrazões foram silentes no que se refere a ausência de fundamentação das opções adotadas na modelagem da PPP, apontamento efetuado pela equipe técnica que fora recepcionado nas razões recursais do MPC.

234. Sobre a matéria, salienta-se que esta também se refere a um ponto apto a justificar a reforma do acórdão atacado, posto ter sido demonstrado ao longo da marcha processual que as escolhas que permearam a modelagem da PPP abraçada pela Concorrência nº. 001/2016 se deram em afronta à disposição do inciso V, art. 4º, da Lei



nº. 11.079/04 que determina a transparência de todas as decisões e procedimentos relativos à PPP, uma vez que não foram devidamente fundamentadas e justificadas a escolha dos estudos apresentados em face do PMI, não foram confrontadas as opções apresentadas para municipalidade de forma a se demonstrar, sob os aspectos da eficiência, eficácia, efetividade e economicidade, qual estudo de viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira e jurídica era mais adequado à contratação almejada pelo Poder Concedente.

235. Acerca do compartilhamento das receitas acessórias, tem-se que assiste razão à empresa Cuiabá Luz S.A. quando afirma que a exploração de receitas acessórias dependem de diversos fatores, sendo que muitas vezes sequer são exploradas, bem como lhe assiste razão quando afirma que determinada receita acessória somente poderá ser explorada após aprovação do Poder Público.

236. No entanto, ao tempo em que o contrato de concessão estabelece que a concessionária compartilhará com o Poder Concedente os ganhos econômicos com receitas acessórias, ele estabelece, conforme Anexo 3 da minuta do contrato, que este compartilhamento somente se dará nos meses nos quais o montante das receitas acessórias auferidas pelo concedente superarem a marca de **R\$ 15.000.000,00** (quinze milhões de reais), valor que é muitas vezes superior ao próprio valor mensal da contraprestação a ser pago pelo Poder Concedente em face do objeto da contratação.

237. Desta forma, verifica-se que, em razão do modelo de cálculo injustificadamente adotado no âmbito da Concorrência nº. 001/2016, caso seja viabilizada alguma receita acessória dificilmente ela será compartilhada com o poder público.

238. No que se refere ao cálculo da contraprestação mensal efetiva adotada pela PPP, destaca-se que, apesar de não existir obrigação legal pela adoção de remuneração variável vinculada ao desempenho do concessionário nas concessões por meio de PPPs, conforme §1º, do artigo 6º, da Lei nº. 11.079/04¹⁶, a sua efetiva adoção vai ao encontro das diretrizes que regem esse modelo de concessão e encontram-se enunciadas nos incisos I e VII, do artigo, do citado diploma legal¹⁷.

¹⁶ **Art. 6º** A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

(...)

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

¹⁷ **Art. 4º** Na contratação de parcerias público-privadas 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.



239. Contudo, o que se verifica no caso concreto é que o modelo de cálculo da contraprestação mensal efetiva a ser paga ao concessionário com base no seu desempenho não estimula o concessionário a manter um bom nível de desempenho.

240. Ocorre que o Sistema de Mensuração de Desempenho (SMD) corresponde a nota que a concessionária obteve em razão do seu desempenho e deve ser aferido por uma série de indicadores estabelecidos dentro de três eixos: operacional, com peso de 70% da nota do SMD, socioambiental, com peso de 15% do SMD, e administrativo, com peso de 15% do SMD, conforme Anexo II do Edital – Sistema de Mensuração de Desempenho.

241. Ademais, como destacou a equipe técnica (Doc. Control-P nº. 138467/2016), a nota do SMD somente incide sobre 10% da contraprestação a ser paga ao concessionário, lhe sendo assegurado os outros 90% independentemente do desempenho apurado.

242. Neste sentido ainda, o Anexo II do edital da Concorrência nº. 001/2016 estabelece que, caso a nota final do SMD obtida esteja no intervalo entre 80% e 100%, a concessionária receberá integralmente o valor da parcela variável da contraprestação mensal e, caso a nota obtida esteja entre 60% e 80%, a concessionária receberá 94% do valor da parcela variável da contraprestação mensal. Somente quando a nota for inferior a 60% a concessionária receberá 0% do valor da parcela variável da contraprestação mensal.

243. Ou seja, **caso a concessionária atinja no SMD nota equivalente a 80%, o que, inclusive, lhe permite zerar alguns dos indicadores que compõem o sistema, ele não sofrerá qualquer abatimento na contraprestação que lhe será paga.** Neste sentido ainda, caso a nota seja inferior a 80% mas superior ou igual a 60% ainda lhe será garantido um abatimento de somente 6% da parcela variável, que por sua vez representa somente 10% do valor da contraprestação, ou seja, o impacto será de um abatimento de apenas 0,6% na contraprestação que lhe será paga.

244. Assim, verifica-se que, na forma como concebido, o cálculo da contraprestação efetiva se afigura como verdadeira afronta aos princípios da eficiência e da economicidade.

3. Da análise técnica da solicitação do Consórcio Cuiabá Luz S.A.

245. Durante a tramitação do recurso ordinário interposto pelo MPC, o Consórcio Cuiabá Luz S.A. juntou aos presentes autos petição (Doc. Control-P nº. 232638/2017) por meio da qual requer, com fulcro no inciso II, do artigo 2º, da Resolução Normativa nº. 17/2016 deste Tribunal de Contas, a aplicação de multa ao Prefeito Municipal de Cuiabá por entender que este teria descumprido a medida cautelar expedida por esta Corte que suspendeu



quaisquer atos de execução do Contrato nº. 755/2016 resultante da Concorrência nº. 001/2016.

246. Neste sentido, passa-se à exposição dos argumentos apresentados no pedido efetuado pelo Consórcio Cuiabá Luz S.A. e à análise técnica destes.

3.1 Do pedido do Consórcio Cuiabá Luz S.A.

247. O Consórcio Cuiabá Luz S.A. informa que, em 20 de dezembro de 2016, celebrou o Contrato nº. 755/2016 com a Prefeitura Municipal de Cuiabá.

248. Ressalta que, paralelamente, este Tribunal, quando da apreciação da medida cautelar em sede de recurso ordinário, suspendeu quaisquer atos de execução contratual.

249. Observa que tem exercido de forma reiterada o seu direito ao contraditório e a ampla defesa no âmbito destes autos.

250. Comunica que, em 2 de março de 2017, a Portaria nº. 04/2017 instituiu, no âmbito da Prefeitura Municipal, Grupo de Trabalho para Avaliação de Conformidade do Contrato de Concessão de Iluminação Pública.

251. No entanto, acrescenta que o Prefeito Municipal editou, em 8 de junho de 2017, sem qualquer possibilidade do exercício de contraditório e ampla defesa, o Decreto nº. 6.286/2017 que, tomando por base o relatório final do referido grupo de trabalho, anulou a Concorrência Pública nº. 001/2016 e o Contrato nº. 755/2016.

252. Nestes termos, sustenta que o decreto municipal ofendeu a jurisdição desta Corte em razão da cautelar concedida em face do pedido ministerial ter sido clara ao determinar a suspensão de atos inerentes ao certamente licitatório em análise.

253. Por fim, o Consórcio requer que ao Prefeito Municipal de Cuiabá seja aplicada multa por descumprimento da medida cautelar exarada por este Tribunal, citando como embasamento o inciso II, do artigo 2º, da Resolução Normativa nº. 17/2016¹⁸.

254. Verifica-se que o Consórcio Cuiabá Luz busca, em sua petição, que este Tribunal penalize o gestor em razão de suposta irregularidade que decorreria de alegado descumprimento de decisão desta Corte.

¹⁸ Art. 2º. Ensejarão a aplicação de multas as seguintes condutas:

(...)

II. infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;



255. Ocorre que a referida petição não versa sobre as irregularidades que são o objeto da discussão destes autos. Em verdade, noticia uma outra suposta irregularidade, que inclusive teria sido cometida por outro gestor que sequer é parte nesta Representação.

256. Neste sentido, entende-se que a petição atravessada nestes autos pelo Consórcio Cuiabá Luz é estranha a matéria em debate e, portanto, não deveria integrá-los.

257. Por outro lado, salienta-se que a petição também não poderia, salvo melhor juízo, ser recebida como denúncia, posto que, na forma do artigo 217 do Regimento Interno do Tribunal de Contas¹⁹ (RITCE/MT), o requerente, na qualidade de consórcio de empresas não é parte legítima para efetuar denúncia a esta Corte.

258. De igual forma, entende-se, a princípio, que restaria prejudicada a recepção deste requerimento como Representação de Natureza Externa posto que o requerente busca a penalização do gestor em razão de suposto descumprimento de ordem emanada por esta Corte e não em face de irregularidades na aplicação da Lei 8.666/93, conforme preconiza a alínea “c”, inciso I, do artigo 224 do RITCE/MT²⁰.

259. Assim, pugna-se, preliminarmente ao mérito, pelo não conhecimento do requerimento apresentado pelo Consórcio Cuiabá Luz (Doc. Control-P nº. 232638/2017).

260. Contudo, divergindo o Exmo. Relator do entendimento exposto pela equipe técnica acerca da preliminar aventada, recomenda-se o desentranhamento da referida petição a fim de que seja efetuada, já em processo próprio, a citação do gestor atacado para que este se manifeste sobre a irregularidade aventada pelo requerente, a fim de garantir-lhe a ampla defesa e o contraditório.

261. Outrossim, destaca-se que este desentranhamento evitaria a contaminação dos autos com discussões alheias ao seu objeto.

¹⁹ **Art. 217.** Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar perante o Tribunal de Contas irregularidades ou ilegalidades de atos e fatos da administração pública, nos termos de provimento próprio.

²⁰ **Art. 224.** As representações podem ser:

I – De natureza externa, quando propostas ao Relator:

a) Por qualquer autoridade pública federal, estadual ou municipal;

b) Por responsáveis pelos controles internos dos órgãos públicos, exceto do Tribunal de Contas;

c) **Por qualquer licitante, contratado ou pessoa jurídica, contra irregularidades na aplicação da Lei nº. 8.666/93, ou qualquer pessoa legitimada por lei.**



4. Proposta de encaminhamento

262. Por todo o exposto, recomenda-se ao Exmo. Conselheiro Relator que:

- Mantenha os efeitos da medida cautelar concedida em sede recursal até a manifestação definitiva desta Corte sobre o mérito do recurso ordinário interposto pelo Ministério Público de Contas;
- Quanto ao mérito do recurso, lhe dê provimento para reformar o Acórdão 568/2016;
- Quanto à solicitação efetuada pelo Consórcio Cuiabá Luz (Doc. Control-P nº. 232638/2017), não conheça do pedido pelas razões expostas neste relatório;
- Alternativamente, caso entenda por conhecer do pedido, determine que a referida solicitação seja desentranhada destes autos e, neste sentido, em processo próprio, determine a citação do gestor atacado, Sr. Emanuel Pinheiro, Prefeito Municipal de Cuiabá, para que, desejando, apresente defesa em face da suposta irregularidade que lhe fora imputada pelo Consórcio Cuiabá Luz.

É o relatório.

Secretaria de Controle Externo de Auditorias Operacionais do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, em Cuiabá, 25 de abril de 2018.

(Assinatura digital)
BELÍZIA BRITO DE ALMEIDA
Auditora Público Externo
Matrícula nº 203.250-3

(Assinatura digital)
MARCELO PEREIRA DA SILVA
Auditor Público Externo
Matrícula nº 203.333-0

(Assinatura digital)
JEFFERSON FILGUEIRA BERNARDINO
Auditor Público Externo
Matrícula nº 203.279-1