



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

RAZÕES DE VOTO PRELIMINAR

Preliminarmente, ressalto que o vertente Recurso Ordinário preencheu todos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 273 e incisos, do Regimento Interno do Tribunal de Contas (Resolução n.º 14/2007), uma vez que a sua interposição foi realizada por pessoas legítimas e dentro do prazo estipulado, conforme dispõe o artigo 64, § 4º da Lei Complementar Estadual nº 269/2007.

Ainda em sede de exame preliminar do feito, passo à análise das 13 (treze) preliminares suscitadas pela litisconsorte recursal Consórcio Cuiabá Luz S.A.

1. PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA DOS ATOS PROCESSUAIS DO ACÓRDÃO Nº 80/2016-TP E SUBSEQUENTES, DIANTE DO IMPEDIMENTO DOS CONSELHEIROS ANTÔNIO JOAQUIM E DOMINGOS NETO;





O conhecimento da preliminar de nulidade dos acórdãos em razão da participação de Conselheiros impedidos resta prejudicado diante da existência de coisa julgada acerca da mesma, lastreada no Acórdão nº 423/2017 – TP, quando a Corte decidiu, *in verbis*:

em conhecer e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos incidentais de nulidade absoluta protocolados sob os nºs 15.021-5/2017 e 15.901-8/2017, propostos pelo Consórcio Cuiabá Luz S.A., neste ato representado pelo Sr. Marcelo Souza de Camargo Rodrigues e pelos procuradores Maurício Magalhães Faria Júnior – OAB/MT nº 9.839, Maurício Magalhães Faria Neto – OAB/MT nº 15.436, João Vítor Scedryzk Braga – OAB/MT nº 15.429 e Nádia Ribeiro – OAB/MT nº 18.069 (Maurício Magalhães Faria Júnior Advocacia S/S – OAB/MT nº 392), para o fim de: **1) reconhecer** o impedimento do Conselheiro Gonçalo Domingos de Campos Neto, para excluir suas manifestações no cômputo das decisões dos julgamentos dos Acórdãos nºs 80/2016-TP, 568/216-TP, 42/2017-TP e 190/2017-TP, uma vez que é parente por afinidade em linha colateral de 2º grau do Dr. Murillo Barros da Silva Freire, seu cunhado e advogado do escritório Silva Freire e Vargas, o qual representa a Global Light Construções Ltda., autora do presente processo de Representação de Natureza Externa; **2) não reconhecer** o impedimento do Conselheiro Antonio Joaquim Moraes Rodrigues Neto; e, **3) manter** os Acórdãos nºs 80/2016-TP, 568/2016-TP, 42/2017-TP e 190/2017-TP, uma vez que a subtração do voto proferido pelo Conselheiro Domingos Neto não altera o resultado final das citadas decisões colegiadas, razão pela qual não restou comprovado o prejuízo aos julgamentos; tudo conforme fundamentos constantes do voto do Relator.”

Diante do exposto, não conheço das contrarrazões na parte em que suscita a preliminar nulidade do Acórdão n. 80/2016-TP e dos demais atos processuais a esse subsequentes, em respeito à existência de **coisa julgada material do Acórdão n. 423/2017 – TP**, com fulcro no artigo 585, inciso V, do Código de Processo Civil c/c artigo 144 do RITCE-MT.

2. PRELIMINAR DE REGULARIZAÇÃO DO POLO PASSIVO RECURSAL: DO ALEGADO DEVER DE CHAMAMENTO RECURSAL DA





CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ COMO LITISCONSORTE NECESSÁRIO e PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA ANULAR CONTRATO ADMINISTRATIVO VIGENTE.

As preliminares, nos moldes em que suscitada pela empresa Recorrida não merecem guarida, em respeito ao princípio da separação dos Poderes, à autonomia constitucional da atuação fiscalizatória dos Tribunais de Contas, bem como diante da inexistência de previsão legal impondo a participação do Poder Legislativo em processos de fiscalização contra atos e contratos de autoria do Poder Executivo.

É assente no STF a constitucionalidade do exercício do poder geral de cautela pelos Tribunais de Contas, incluindo-se nesse poder geral de cautela, como bem ressaltado pela Ministra Carmém Lúcia na SS 5182, "(...) a possibilidade de sustação de alguns dos efeitos decorrentes de contratos potencialmente danosos ao interesse público e aos princípios dispostos no artigo 37 da Constituição da República".

Esse exercício do poder geral de cautela em processos de fiscalização de contratos administrativos e o julgamento de mérito desses processos não se voltam contra o Poder Legislativo, salvo na hipótese em que esse próprio Poder seja o órgão fiscalizado em dado processo, o que não é o caso dos autos.

Ao contrário, visa, dentre outras finalidades constitucionais, julgar se é caso dos Tribunais de Contas de determinar à autoridade competente que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou, na forma do artigo 71, IX, da CRFB. Essa determinação não demanda qualquer participação do Poder Legislativo, como já bem decidiu o STF no MS n. 23.550, rel. p/ o ac. min. Sepúlveda Pertence, j. 4-4-2002, P, DJ de 31-10-2001, e, ainda, no MS 26.000, rel. min. Dias Toffoli, j. 16-10-2012, 1ª T, DJE de 14-11-2012.





Tão somente na eventual hipótese de não atendimento pela autoridade competente dessa determinação é que haverá a atuação do Poder Legislativo sustando o respectivo contrato considerado nulo pelos Tribunais de Contas. Nesse ponto, o Tribunal de Contas auxilia o Poder Legislativo para o desempenho do exercício de sua competência constitucional prevista no §1º do artigo 71 da CRFB. Esse auxílio técnico dos Tribunais de Contas no controle externo da legalidade dos contratos administrativo não demanda a inclusão do Poder Legislativo no polo passivo do processo de controle externo, tal qual não se demanda tal inclusão na hipótese do inciso I do artigo 71 da CRFB em que os Tribunais de Contas emitem parecer prévio para subsidiar o julgamento das contas anuais dos Chefes do Poder Executivo pelo respectivo Poder Legislativo.

Como salientou a eminente Ministra Ellen Gracie, quando do julgamento do MS nº 23.550:

“Sr. Presidente, parece-me, na hipótese, estarmos diante de um desses casos em que se aplica a regra geral na qual o administrador é quem deve corrigir eventuais falhas cometidas no exercício da sua atividade. Realizada a licitação, ela, ao que parece, se encontra viciada de problemas que afetariam a lisura da concorrência, porque violado o princípio da isonomia entre os contratantes. Não obstante, o certame foi levado a cabo e firmado o contrato. Portanto, o administrador nem durante o processo licitatório verificou essa irregularidade, nem posteriormente a corrigiu. Constatada a irregularidade pelo Tribunal de Contas, sua decisão é exatamente essa de deferir quinze dias para que o administrador corrija o erro em que incorreu, anulando, portanto, a concorrência e o contrato eivados de sérios vícios.

Creio, com a vênia do eminente Ministro-Relator, estarmos diante da hipótese em que o Tribunal de Contas recomenda ao administrador a correção do ato (CF, art. 71, IX). Se ele não se curvar a essa determinação, então, retorna a iniciativa ao próprio Tribunal de Contas (CF, art. 71, X). No caso de contrato, de acordo com a norma do § 2º do art. 71, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional.”





Ressalta-se ainda, que a Lei Orgânica deste Tribunal, 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.

Ademais, as cautelares expedidas ao longo deste processo buscaram 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.

Sob qualquer ângulo que se examine a questão, afigura-se competente este Tribunal de Contas para expedir cautelar ou meritoriamente determinação ao Executivo para que suste ou anule, conforme o caso, contrato eivado de ilegalidade.

De igual sorte, manifesta-se incabível a participação do Poder Legislativo no polo passivo de processo de controle de ato administrativo (unilateral ou bilateral) praticado pelo Poder Executivo, uma vez que as hipóteses constitucionais de sua atuação nessa seara estão expressa e taxativamente disciplinadas em momento próprio e distinto das oportunidades e âmbitos fiscalizatórios e processuais de atuação dos Tribunais de Contas, pelo que a inclusão daquele Poder no polo passivo dessas demandas importaria em afronta ao princípio da separação dos poderes.

Com efeito, na hipótese acima, ao Poder Legislativo seria oportunizada emissão de juízo de valor e instrumentos recursais contra eventuais decisões do Tribunal de Contas prolatadas no exercício da sua competência exclusiva. É como se se possibilitasse que o Poder Legislativo controlasse, pela via de sua participação processual, o controle externo técnico constitucionalmente dado com exclusividade aos Tribunais de Contas sobre a legalidade de atos do Executivo para os fins do artigo 71, X, da CRFB.





Sob esse prisma, importante rememorar que o STF já pacificou entendimento no sentido de que os Tribunais de Contas, apesar não constituírem um dos poderes da República, são órgãos de extração constitucional, dotados de competências exclusivas (art. 71, incisos II, V, VI, VIII, IX e XI, da CRFB), que se distinguem das do Poder Legislativo em matéria de controle externo (ADI 789, rel. min. Celso de Mello, j. 26-5-1994, P, DJ de 19-12-1994)¹.

Lado outro, o acolhimento da preliminar sob exame importaria em ofensa do princípio da separação dos Poderes (2º da CRFB), primeiro porque importaria ainda em coagir o Poder Legislativo a se submeter a um processo cujos fatos sob julgamento não são imputados aos seus membros, nem afetos ao rol de suas atribuições constitucionais.

Segundo, porque seria dada ao Poder Legislativo a oportunidade de se manifestar sobre a legalidade ou não dos atos do Poder Executivo que se encontram sob a fiscalização dos Tribunais de Contas, antes mesmo que o próprio Poder Executivo pudesse, como assentou a Ministra Ellen Gracie no trecho do MS acima transcrito aplicar "(...) a regra geral na qual o administrador é quem deve corrigir eventuais falhas cometidas no exercício da sua atividade".

Por fim, inexistente previsão constitucional ou legal que imponha aos Tribunais de Contas o dever de ouvir previamente o Poder Legislativo para que possa então processar e julgar processos de fiscalização instaurados contra atos e contratos firmados pelo Poder Executivo, pelo que a inclusão do mesmo no polo passivo dessas demandas afrontaria o princípio da legalidade.

Diante do exposto, **rejeito a preliminar de regularização do polo passivo recursal mediante a inclusão da Câmara Municipal de Cuiabá como litisconsorte** necessário, com fundamento no artigo 2º, no artigo

¹ Por seu turno, Ricardo Lobo Torres assim se manifestou: "Mesmo sem aderir ao extremismo das doutrinas que o consideram um 4.º Poder, o certo é que desdobra os limites estreitos da separação dos poderes, para se situar simultaneamente como auxiliar do Legislativo, da Administração e do Judiciário" (TORRES, 1995, p. 279)





71, X e §1º, no artigo 5º, *caput* e inciso II, e no *caput* do artigo 37, todos da CRFB.

Rejeito, ainda, a preliminar de incompetência do Tribunal de Contas para determinar a anulação de contrato administrativo eivado de ilegalidade, ilegitimidade e ou de antieconomicidade, com fundamento no artigo 71, X, da CRFB e no artigo 83, III, da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas.

3. PRELIMINAR DE REGULARIZAÇÃO DO POLO PASSIVO RECURSAL: DO ALEGADO DEVER DE CHAMAMENTO RECURSAL DE AGENTES PÚBLICOS MUNICIPAIS COMO LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS.

Igualmente, melhor sorte não merecem as contrarrazões recursais e a petição incidental n. 201995/2018 (doc. digital n. 97363/18) que pretendem a reinstrução recursal para a inclusão, no polo passivo, do ex-Prefeito, Sr. Mauro Mendes; do ex-Secretário Municipal de Gestão, Sr. Eroaldo de Oliveira; do Secretário de Serviços Urbanos, Sr. José Roberto Stopa; do Presidente da comissão especial de licitação, Sr. Raufrides Macedo, dos Membros da comissão, Sr. Luiz Sávio Fernandes de Campos, Sr. Rodrigo Ribeiro Verão e Sr. Evandro Marcus Paiva Machado; e do ex-Procurador Geral do Município, Sr. Rogério Luiz Gallo, sob a alegação de que esses também figuram como autores dos atos supostamente ilegais.

De plano, destaco que, nessa fase recursal, quando da admissibilidade do presente Recurso Ordinário, tanto o Sr. Mauro Mendes, quanto o Sr. José Roberto Stopa e o Sr. Eroaldo de Oliveira, foram intimados para prestarem esclarecimentos iniciais acerca do andamento da Concorrência n. 001/2016, conforme Ofício n. 1120/2016/GCIMM (doc. digital n. 218360/2016), Ofício n. 1121/2016/GCIMM (doc. digital n. 218361/2016) e Ofício n. 1122/2016/GCIMM (doc. digital n. 197344/2016), respectivamente.

Quando do rodízio anual de Conselheiros Substitutos na então 6ª Relatoria, bem como quando concessão da cautelar, ocorrida no ano de





2017, o Sr. José Roberto Stopa também foi regulamente intimado e notificado, conforme se extrai, respectivamente do Ofício n 27/2017 (doc. digital n. 16200/017) e do Ofício n. 46/2017 doc. digital n. 109204/2017). Tanto que compareceu aos autos pedindo dilação de prazo para manifestação preliminar (protocolo n. 58882/2017), sendo-lhe deferido o pedido e dele notificado por meio do Ofício n. 41/2017 (doc. digital n. 107220/2017).

Após homologação da cautelar, tanto o Sr. José Roberto Stopa quanto a Sra. Ana Paula Garcia Lourenço, na qualidade de ex-Secretária de Gestão municipal, foram intimados para contrarrazões, conforme Ofício n. 535/2017 (doc. digital n. 17858/2017) e Ofício n. 531/2017 (doc. digital n. 17852/2017), respectivamente.

Ambos também foram intimados para se manifestarem acerca do Relatório Técnico Recursal (doc. digital n. 75538/2018), conforme se extrai do Ofício n. 486/2018 (doc. digital n. 81448/2018) e do Ofício n. 485/2018 (doc. digital n. 81450/2018).

Lado outro, a rejeição dessa preliminar também se assenta no fato de que os autos sob exame foram originalmente formados com vistas à apuração da responsabilidade pelas alegas ilegalidades das cláusulas do Edital de Concorrência da Concessão n. 001/2016, buscando a responsabilidade individual do Sr. José Roberto Stopa, na qualidade de então Secretário de Serviços Urbanos de Cuiabá.

A responsabilidade dos gestores e dos demais agentes públicos por atos administrativos em geral é, em regra, individual, não havendo, nos processos de controle externo, norma que imponha o litisconsórcio passivo entre esses diversos agentes públicos que realizaram diferentes atos num mesmo fato administrativo.

Assim, eventual equívoco na individualização de responsabilidade não beneficia, nem prejudica o responsável apontado. Do mesmo modo, não impede que este Tribunal, em autos apartados, promova a





responsabilização de eventuais outros agentes envolvidos em condutas administrativas ilegais, ilegítimas ou antieconômicas.

No âmbito dos processos deste Tribunal de Contas estadual, as únicas hipóteses legais de responsabilidade solidária referem-se a dano ao erário, desfalque ou desvio de dinheiro e desvio de finalidade, praticados por conduta de agente público em concorrência com terceiro, a teor do que se extrai da leitura conjugada dos incisos II, III e IV do artigo 194² c/c o *caput* e o parágrafo único do artigo 195³ do RITCEMT, bem como na hipótese do controle interno que não represente a este Tribunal de Contas “irregularidades e ilegalidades que evidenciem danos ou prejuízos ao erário não reparados integralmente pelas medidas adotadas pela administração”, na forma do artigo 163 do RITCME, e da autoridade administrativa que não instaura Tomada de Contas Especial na hipótese do §2º do artigo 206 do RITCEMT.

Ainda que os autos tratassem dessas hipóteses, “a solidariedade não induz litisconsórcio passivo necessário, mas facultativo, cabendo à parte autora a escolha daquele contra quem deseja litigar, sem obrigatoriedade de inclusão dos demais” (TRF-4 - AC: 50015538620174047102 RS 5001553-86.2017.4.04.7102, Relator: Luís Alberto Azevedo Aurvalle, Data de Julgamento: 06/06/2018, quarta turma).

Semelhantemente, a jurisprudência do TCU pontua que:

Na responsabilidade solidária, o litisconsórcio, acaso existente, seria simples, haja vista que a decisão não precisaria ser idêntica para os litisconsortes; e seria facultativo, visto que não precisaria ser formalizado para que a relação processual tivesse validade. A solidariedade passiva é direito que assiste

² Art. 194. As contas serão julgadas irregulares quando comprovadas quaisquer das seguintes ocorrências:
(...)

II. Dano ao erário, mesmo que culposos, decorrente de ato de gestão ilegal ou ilegítimo;

III. Desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos;

IV. Desvio de finalidade;

³ Art. 195. Nas hipóteses dos incisos II, III e IV, do artigo anterior, a responsabilidade será pessoal, podendo, para fins de ressarcimento de valores ao erário, ser declarada a responsabilidade solidária do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. (Nova redação do *caput* do artigo 195 dada pela Resolução Normativa nº 32/2012).





ao TCU, cabendo a este a sua utilização ou não, na forma do art. 12, inciso I, da Lei Orgânica do TCU.

(TCU. Acórdão n. 5274/2010-1ª Câmara. Relator: Min. Augusto Nardes).

Eventual ausência de chamamento de outros responsáveis solidários pelo TCU não constitui nulidade processual, não obstante, portanto, a imputação do débito ao agente devidamente citado, o qual, querendo, poderá requerer em juízo ressarcimento pessoal por meio de ação regressiva.

(TCU. Acórdão n. 2825/2017-1ª Câmara. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues).

O TCU não está impedido de atribuir responsabilidade exclusivamente a um dos devedores solidários, que, se assim entender, pode entrar com ação regressiva contra os demais, pois a solidariedade passiva é instituto que visa a favorecer o credor, que pode exigir de um ou de todos os devedores a integralidade da dívida.

(TCU. Acórdão n. 6398/2015-2ª Câmara. Relator: Min. Vital do Rego).

No entanto, nenhuma dessas hipóteses se aplicam aos achados apontados quer nos autos originais, quer nas razões recursais sob exame, pelo que incabível a aplicação do artigo 114 do CPC, *in verbis*:

Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

Inaplicável, ainda, as hipóteses do artigo 113 do CPC. Explico.

No caso, a execução provisória do Acórdão ora recorrido, invocada pela empresa Recorrida como causa para o chamamento aos autos dos Srs. Mauro Mendes, Eraldo de Oliveira e José Roberto Stopa, constitui matéria estranha às razões recursais ministeriais e só foi suscitada por este Relator no JS n. 075/LCP/2017, homologado pelo Acórdão n. 42/2017-TP, como argumento para explicitar os riscos preeminentes a não concessão da





tutela cautelar à época, uma vez que se trata de matéria de ordem pública, pelo que eventual irregularidades decorrente da mencionada execução provisória do Acórdão deve ser analisada em autos distintos e não se enquadra nas hipóteses do artigo 113 do CPC.

Semelhantemente, as ilegalidades constantes nas cláusulas editalícias apontadas nas razões ministeriais e devolvidas à discussão nessa seara recursal, invocadas pela empresa Recorrida como justa causa para o chamamento aos autos, nessa fase recursal, dos membros da Comissão de Licitação, Srs. Ruafrides Macedo, Eroaldo de Oliveira, Luiz de Campos e Rodrigo Verão, e do parecerista, o Procurador-chefe da procuradoria de Contratos e Patrimônio, Sr. Evandro Machado, não constituem fatos que se enquadram no conceito legal de “comunhão de obrigações relativamente à lide” (inciso I do artigo 113 do CPC), pois a anulação do ato, pretensão principal dos autos de origem e das razões recursais sob exame, independe do reconhecimento da responsabilidade de cada qual dos agentes mencionados pela Recorrida, bastando o reconhecimento do vício apto a tornar o ato nulo e o correto encaminhamento da ordem de anulação à autoridade competente para tanto. Isso importa em que inexistente relação jurídica entre os referidos agentes em processo de controle externo em que se postula a anulação de ato tido como ilegal e antieconômico, uma vez que a decisão proferida em desfavor da validade do contrato de concessão questionado, em referido processo, não produzirá necessários efeitos na esfera jurídica alheia desses agentes.

De igual modo, não se enquadram no conceito legal de “questões que guardam afinidade por ponto comum de fato ou de direito” (inciso II do artigo 113 do CPC), pois as responsabilidades dos diversos agentes são distintas conforme a competência dos respectivos cargos que ocupam.

Ademais, nada impede que quaisquer dos legitimados ativos para proporem Representações, Externa e Interna, ou Denúncias busquem a responsabilização individual de cada agente público, conforme entenderem





cabível.

Não se olvide, também, que, ainda que se tratasse da hipótese de litisconsórcio passivo facultativo, a ausência de citação de litisconsorte passivo facultativo não tem o condão de gerar nulidade do feito.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO - LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO - NULIDADE DO PROCESSO - INOCORRÊNCIA.

A teor do disposto no artigo 17, parágrafo 3º, da Lei 8429/92, com a nova redação dada pelo artigo 11 da Lei 9366/96, na ação civil pública por ato de improbidade administrativo, quando o autor é o Ministério Público, pode o Município figurar no pólo ativo como litisconsorte facultativo, não sendo hipótese de litisconsórcio necessário. - **Se assim é, a falta de citação do Município interessado, - por se tratar de litisconsórcio facultativo-, não acarreta a nulidade do processo.**

(TJ-MG 100000025226390001 MG 1.0000.00.252263-9/000(1), Relator: HYPARCO IMMESI, Data de Julgamento: 13/11/2003, Data de Publicação: 03/02/2004)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL COM REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO LESADO – LITISCONSORTE ATIVO FACULTATIVO – REJEIÇÃO – VALORES DO FUNDEF – DIFERENÇA ENTRE O VALOR RECEBIDO E O EMPENHADO – INEXISTÊNCIA DE SALDO NA CONTA – DESAPARECIMENTO – DANO AO ERÁRIO DEMONSTRADO – TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA SEM A DEVIDA DOCUMENTAÇÃO – PAGAMENTO DE DESPESAS, SEM LICITAÇÃO – PAGAMENTO DE VALORES REFERENTES A GASTOS DE ETANOL – INEXISTÊNCIA DE VEÍCULO MOVIDO COM TAL COMBUSTÍVEL PERTENCENTE AO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRÁTICA DE ATOS ÍMPROBOS – DEMONSTRADA – DOLO EVIDENCIADO – DESPROVIMENTO. **Proposta pelo Ministério Público a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, a integração do Município na relação processual é opcional, por se tratar de litisconsorte facultativo, não**





ensejando nulidade a ausência de citação do ente público.

(...)

(...)

(Apelação / Remessa Necessária 2039/2018, DES. MÁRCIO VIDAL, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 25/06/2018, Publicado no DJE 04/07/2018)

(TJ-MT - APL: 0001075152010811010820392018 MT, Relator: DES. MÁRCIO VIDAL, Data de Julgamento: 25/06/2018, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Data de Publicação: 04/07/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PLURALIDADE DE EXECUTADOS. CITAÇÃO DO DEVEDOR PRINCIPAL E DE UM COOBRIGADO. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. RECURSO DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. A responsabilidade solidária da agravante perante à dívida executada afasta a compulsoriedade do litisconsórcio. Logo, não há que se falar em obrigatoriedade da citação de todos os coobrigados para a validade do processo executivo fiscal.

2. Recurso desprovido. Decisão mantida.

(TJ-RR - AgInst: 0000130004450, Relator: Des. JEFFERSON FERNANDES DA SILVA, Data de Publicação: DJe 05/12/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DESPEJO C/C COBRANÇA. FIADORES. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO.

O litisconsórcio formado entre o locatário e o fiador é facultativo e, por consequência, não obrigatório, estabelecendo-se em razão da vontade das partes. É uma opção do locador, ao ajuizar uma ação que pretenda a cobrança de aluguéis, constituir litisconsórcio passivo entre o locatário e seu fiador, podendo, ainda, escolher entre demandar todos os fiadores, ou apenas um.

(TJ-MG - AI: 10024131870420010 MG, Relator: Pedro Aleixo, Data de Julgamento: 20/06/0016, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/06/2016)

A isso, reforço que o eventual acolhimento das razões recursais reconhecendo a ilegalidade das cláusulas editalícias e contratuais delas decorrentes não depende da citação de todas as partes apontadas pela empresa Recorrida, inclusive porque eventual responsabilidade administrativo-





financeira pode ser apurada em autos apartados específicos para esse fim, bem como porque a responsabilidade individual deles, à luz e na medida das respectivas competências legais e respectivos atos praticados, não impõe a expedição de decisão uniforme a eles por parte deste Tribunal de Contas.

Diante do exposto, acolho o **Parecer n. 3.169/2018**, da autoridade do Procurador de Contas, Gustavo Coelho Deschamps, e **rejeito a preliminar de regularização do polo passivo recursal mediante a inclusão do ex-Prefeito, Sr. Mauro Mendes; do ex-Secretário Municipal de Gestão, Sr. Eroaldo de Oliveira; do Secretário de Serviços Urbanos, Sr. José Roberto Stopa; do Presidente da comissão especial de licitação, Sr. Raufrides Macedo, dos Membros da comissão, Sr. Luiz Sávio Fernandes de Campos, Sr. Rodrigo Ribeiro Verão e Sr. Evandro Marcus Paiva Machado; e do ex-Procurador Geral do Município, Sr. Rogério Luiz Gallo, como litisconsortes passivos**, com fundamento no artigo 71 da CRFB e dos artigos 113 e 114 do CPC, sem prejuízo que eventual responsabilidade desses agentes sejam apuradas em autos apartados, de iniciativa da Secex ou do MPC deste Tribunal de Contas.

4. PRELIMINAR DE SANEAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL MEDIANTE OITIVA EM AUDIÊNCIA DE AGENTES PÚBLICOS MUNICIPAIS ENVOLVIDOS NA CONCORRÊNCIA PÚBLICA n.º 001/2016.

Como pedido alternativo à inclusão dos agentes públicos e, elencados na preliminar antecedente, como litisconsortes passivos, a empresa Recorrida invoca os princípios do devido processo legal e o da verdade real, bem como o disposto no artigo 38 da LC n. 269/2007 (LOTCEMT) e no inciso I do artigo 89 do RITCMET, para pleitear a oitiva em audiência desses agentes públicos.

A preliminar não merece acolhida. Explico.





Primeiramente, porque a Recorrida visa a oitiva desses agentes partindo da premissa de que “os apontamentos permeiam a discricionariedade do gestor público” e não é esse o caso dos autos, pois, a discricionariedade das escolhas públicas pertinentes aos processos de concessão e de celebração de parcerias público privadas não se encontram isentas do dever de motivação administrativa e de formalização da respectiva motivação nos autos do processo licitatório.

Conforme melhor se discorrerá no mérito, as discussões, nesses autos, acerca de algumas das opções de modelagem da PPP escolhidas e suprimidas pela Administração Pública em questão atém-se à ausência de justificativa técnica para tanto ou à disparidade da opção com as provas documentais em contrário constantes nos autos da licitação sob análise.

Segundo, porque a Recorrida também visa a oitiva desses agentes para “proporcionar a verdade real dos fatos”, de modo a assegurar a ela “que sejam esgotadas todas possibilidade de exclusão de sua responsabilidade” e, no entanto, sua participação nos autos à título de litisconsorte tem como premissa a assecuração do seu direito ao devido processo legal, tendo em vista a aptidão que os apontamentos, técnica e ministerial, têm de gerar a nulidade de certame do qual participou e de contrato do qual é parte.

Assim, não há qualquer acusação, técnica na Representação de origem ou ministerial nesta seara recursal, formulada em desfavor da Recorrida por dano ao erário, que ensejasse sua inclusão no polo passivo à título de responsável ou corresponsável, de modo que fosse necessária a oitiva de outros agentes com vistas a afastar esse tipo de responsabilidade dela.

Desse modo, nesse ponto, o presente pedido carece de interesse recursal.

Ademais, como explicado acima, “nada impede que quaisquer dos legitimados ativos para proporem Representações, Externa e Interna, ou





Denúncias busquem a responsabilização individual de cada agente público, conforme entenderem cabível”.

Por último, não olvido a competência deste Tribunal de realizar quaisquer atos processuais de natureza instrutória para o deslinde das fiscalizações que empreende, incluindo-se entre esses atos a audiência dos responsáveis por atos e contratos administrativos, a teor do que prescreve o artigo 38 da LOTCEMT.

Todavia, essa previsão não detém a mesma natureza jurídica da audiência de instrução e julgamento dos processos judiciais em geral, havendo, inclusive, silêncio eloquente do Regimento Interno⁴ acerca desse instituto no rol das suas normas que regulamentam a instrução processual dos processos de controle externo.

Acresça-se que o indeferimento de prova inútil e desnecessária é legalmente admitido nos termos do artigo 370 e parágrafo único⁵ do Código de Processo Civil. Destarte, em decorrência dos princípios do livre

⁴ Vide analogamente trecho do voto que lastreou o Acórdão 4565/2009 – 2ª Câmara do TCU em que cita, inclusive, decisões do STF nesse sentido: “(...) 29. Ainda em sede de preliminar, calha ressaltar ser indevida a aplicação analógica pretendida pelo recorrente, resultante do cotejo da S. 103/TCU com o art. 191 do CPC, no sentido de lhe ser concedido prazo em dobro para recorrer e, de um modo geral, falar nos autos. Esclareça-se que aqui a omissão legislativa da LO/TCU e/ou RI/TCU não se confunde com "lacuna da lei", posto ser caso evidente de aplicação da "Teoria do Silêncio Eloquente". 30. Vê-se, pois, que se o TCU não disciplinou tal assunto foi porque não o quis ou, por outras palavras, porque deliberadamente desejou que não fosse concedido prazo em dobro aos recorrentes/interessados possuidores de causídicos diferentes. Dessarte, se as normas que regulam o prazo não o prevêm em dobro em caso de mais de um interessado/recorrente com advogados diversos, não se pode aplicar por analogia o art. 191 do CPC e não se pode concluir que houve lacuna legislativa, mas silêncio eloquente do legislador. Infere-se, portanto, que aqui o silêncio da lei tem o sentido eloquente, um propósito estratégico, com significado ativo (Vide a respeito: STF. RE nº 130552-SP. DJ 28/06/91; STF. RE nº 135637-DF. DJ 16/08/1991; STJ. REsp nº 987943-SC. DJ 28/02/2008; STJ. REsp nº 751634-MG. DJ 26/06/2007). 31. Ademais disso, fulcrado no que diz a Orientação da SDI-1 nº 330, nem no âmbito do próprio judiciário, mais especificamente da Justiça do Trabalho, inobstante a omissão da CLT, há a aplicação analógica do art. 191 do CPC, a despeito da determinação (art. 769, CLT) no sentido de se aplicar subsidiariamente o direito processual comum nos casos omissos. In verbis: 310. LITISCONSORTES. PROCURADORES DISTINTOS. PRAZO EM DOBRO. ART. 191 DO CPC. INAPLICÁVEL AO PROCESSO DO TRABALHO (DJ 11.08.2003) A regra contida no art. 191 do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, em face da sua incompatibilidade com o princípio da celeridade inerente ao processo trabalhista.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 4565/2009 – 2ª Câmara).

⁵ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.





convencimento do juiz (artigo 371⁶ do CPC c/c artigo 144 do RITCMET), e da celeridade processual (artigo 5º, LX da CRFB, e artigo 139, III, do CPC), os Conselheiros de Contas gozam de ampla liberdade na direção do processo (artigo 89, I, RITCEMT), cabendo o indeferimento de “diligências inúteis e protelatórias”.

No caso, a matéria de mérito circunscreve-se à questões de direito e de fatos atinentes à anulabilidade ou não do Contrato de Concessão n.755/2016, quer por seus próprios vícios, quer por vícios do processo licitatório do qual ele decorre (Concorrência Pública n. 001/2016) e os vícios de ilegalidade e antieconomicidade discutidos desde a origem referem-se a atos administrativos cuja substância a lei exige instrumento público específico, qual seja, processo administrativo licitatório e respectivo edital publicado (artigo 5º, artigo 7º, artigo 10⁷ a 12⁸, todos da Lei n. 11.09/2004 (Lei das PPPs) e artigo 38 da Lei n. 8666/93, pelo que a prova desses só pode ser documental, a teor do que prescreve o artigo 406 do CPC c/c artigo 144 do RITCEMT, *in verbis*:

Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

Depreende-se, assim, que, na atual fase recursal, a pretensão

6

⁷ Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (...).

§ 1º A comprovação referida nas alíneas b e c do inciso I do caput deste artigo conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo.

⁸ Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os artigos 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...)

Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

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





jurídica do Recorrida de oitiva não encontra amparo no Regimento Interno e nas demais normativas deste Corte de Contas.

No curso da instrução processual deste Recurso Ordinário, os Recorridos tiveram a ampla oportunidade de oferecer defesa, tanto em fase cautelar, como na presente fase de mérito.

Portanto, observa-se que a ausência de oitiva de terceiros não resulta em prejuízo às partes, pois, em sede Recursal, a análise de dados e informações comprováveis por documentos, nos termos das normas processuais vigentes, é suficiente para assegurar o exercício da ampla defesa.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela denegação de Mandado de Segurança impetrado em face do Tribunal de Contas da União, questionando a negativa de produção de prova testemunhal, a saber:

MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PLANO NACIONAL DE QUALIFICAÇÃO DO TRABALHADOR – PLANFOR. IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE RECURSOS DO FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR – FAT. ILEGALIDADE DA CELEBRAÇÃO DE TERMO ADITIVO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DE MULTA A EX-GESTOR PÚBLICO. PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAIS, PERICIAIS E REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS. INDEFERIMENTO. EXAME RESTRITO ÀS PROVAS DOCUMENTAIS. NÃO OCORRÊNCIA DE CONTRARIEDADE ÀS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SEGURANÇA DENEGADA. (STF - MS: 29137 DF, Relator: Min. CÂRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 18/12/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-039 DIVULG 27-02-2013 PUBLIC 28-02-2013)

Esta Corte de Contas também possui precedente com relação à negativa de produção de prova testemunhal, lastreado no Acórdão nº 22/2016 – PC (Processo nº 20400/2014), *in verbis*:

“ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas (...) por unanimidade, acompanhando a proposta de voto da Relatora e de acordo, em parte, com o Parecer nº 659/2016 do Ministério Público de Contas em, preliminarmente, conhecer, e,





no mérito, dar PROVIMENTO PARCIAL aos Embargos de Declaração constantes do documento nº 2.965-3/2016, opostos pelos Srs. Asiel Bezerra de Araújo e Luiz Carlos Queiroz, à época, respectivamente, prefeito e secretário de Infraestrutura da Prefeitura Municipal de Alta Floresta, neste ato representados pelo procuradores Celso Reis de Oliveira – OAB/MT nº 5.476 e Thiago Stuchi Reis de Oliveira – OAB/MT nº 18.179-A e aos Embargos de Declaração constantes do documento nº 2.961-0/2016, opostos pela empresa W. Fernandes Comércio e Serviços – ME, sendo os Srs. Weverson Fernandes – proprietário e o Luciano Fontoura Baganha – OAB/MT nº 12.644, procurador da empresa, em face da decisão proferida por meio do Acórdão nº 232/2015-SC, com o objetivo de sanar a omissão, para ser acrescido no voto condutor do Acórdão a expressão:

“Voto pelo indeferimento do pedido de produção de prova testemunhal solicitada em sede de defesa, seja em razão da ausência de previsão regimental permissiva perante este Tribunal de Contas, seja pela exigência de prova documental quanto à liquidação de despesas, conforme dispõe o caput do artigo 63 da Lei nº 4.320/1964.”; e para sanar a obscuridade (...) (original não destacado)

Além disso, ressalta-se que, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno⁹, às partes ainda terão o direito a arguir suas razões em sede de sustentação oral, desde que não haja a juntada de novos documentos.

Diante do conjunto probatório dos autos, observadas as matérias controvertidas e as provas já produzidas, atento ao teor do artigo 406 do CPC, acolho o **Parecer n. 3.169/2018**, da autoria do Procurador de Contas Gustavo Coelho Deschamps, e rejeito a presente preliminar.

⁹ Regimento Interno - Art. 58. Após a leitura de cada relatório, o Presidente dará a palavra à parte ou ao seu procurador constituído, para sustentação oral, se requerida, por até 15 (quinze) minutos, podendo ser prorrogada por igual período, a critério do Presidente e, em seguida, ao representante do Ministério Público de Contas. (Nova redação do caput do artigo 58 dada pela Resolução Normativa nº 32/2014).

§ 1º. A sustentação oral deve ser restrita ao esclarecimento de irregularidades apontadas nos autos e não poderá ser interrompida por quaisquer dos membros do Tribunal Pleno ou das Câmaras, salvo pelo Presidente quando esgotado o tempo.

§ 2º. A juntada de documentos na fase de sustentação oral não será permitida em qualquer caso.





5. PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE EXTERNA DECORRENTE DE DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A LICITUDE DA CONCORRÊNCIA E DO CONTRATO DE PPP.

A atuação fiscalizadora deste Tribunal de Contas sobre os atos administrativos envolvidos no processo de contratação sob exame não se encontra prejudicado pela existência de decisões liminares singulares expedidas, subseqüencialmente, pelo juízo da 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública desta Comarca, nos autos do Mandado de Segurança (MS) n. 41066-92.2016.811.0041, impetrado pela empresa Engeluz Ltda, terceiro estranho aos autos do Recurso Ordinário sob exame, e pelo Desembargador José Zuquim, em sede de apreciação do Recurso de Agravo de Instrumento (RAG) n. 1004071-89.2016.8.11.0000, também interposto pela mesma empresa, por, no mínimo, 03 (três) razões que autorizam a rejeição da presente preliminar.

A uma, porque, à luz da estanque repartição constitucional de competências entre Poder Judiciário (artigos 92 a 126 da CRFB) e Tribunais de Contas (artigos 70 e 71 da CRFB), não há qualquer vinculação das decisões deste Tribunal de Contas às decisões judiciais.

Exceção à essa regra são os casos de decisão vinculante de efeito *erga omnes* proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade, bem como a revisão judicial específica de decisões deste Tribunal de Contas, em autos em que se discuta o descumprimento do devido processo legal em processos de controle externo, por força do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, CRFB).

Nenhuma dessas exceções se verifica no caso em exame, pois a controvérsia cautelar nos autos dos citados MS é o cabimento ou não da concessão de liminar pleiteada pela empresa **Engeluz Iluminação e Eletricidade Ltda.**, contra o **Município de Cuiabá**, diante da alegação da impetrante de que "(...) não foi dada a necessária publicidade ao certame e não





foi observado o prazo mínimo entre o aviso de licitação e o recebimento das propostas (art. 21, II e III, e §2º, I, b, e §3º, da Lei ° 8.666/93)¹⁰.

A seu turno, a controvérsia do RAG interposto contra decisão negativa de tutela de urgência nos autos de ação ordinária anulatória proposta pela empresa **Engeluz Iluminação e Eletricidade Ltda.**, contra o **Município de Cuiabá**, é o cabimento ou não da concessão de tutela de urgência para a suspensão do prazo para recebimento de propostas e a abstenção do Município em promover a sua abertura ou a paralisação do certame e a anulação do ato de abertura de propostas, sob a alegação de que “a exigência ISO 9001, como critério de pontuação de propostas técnicas em licitação, se mostra ilegal, pois representa uma indevida restrição ao direito de participar do certame, bem como que é irregular a exigência de cumulação de capital social ou patrimônio líquido mínimos com garantia de proposta¹¹”.

A dois, porque a negativa da liminar de suspensão do certame nos autos do citado MS foi proferida em 24/03/2017 e o indeferimento da liminar no citado RAG foi proferido em 13/03/2017, épocas em que já se encontrava publicada há mais de um mês a Decisão Singular n. 075/LCP/2017 (publicada em 09/02/2017), homologada pelo Acórdão n. 42/2017-TP (publicado em 03/03/2017).

A três, porque do cotejo analítico entre as teses debatidas nos autos dos mencionados MS e RAG e os achados de auditoria e teses recursais ministeriais consignados no Recurso sob exame não entrevejo identidade da causa de pedir.

Enquanto no MS se discute a alegada “ausência de publicidade ao certame” e a “não observância do prazo mínimo entre o aviso de licitação e

¹⁰ Disponível em: <http://servicos.tjmt.jus.br/processos/comarcas/dadosProcessoPrint.aspx>

¹¹ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Recurso de agravo de Instrumento n. _____ . Disponível em: <https://pje2.tjmt.jus.br/pje2/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=0020f3e54341eee52b34246781231e1cc15e4820111e67815c8bcf625bf4540aafa0fb75f2039642bfd6f479f5210395&idProcessoDoc=454163>





o recebimento das propostas”, e nos autos do mencionado RAG se discute a alegada “ilegalidade da exigência ISO 9001”, neste Recurso Ordinário se discute, em suma, que: **(I)** a exigência de 1.5 de Índice de Liquidez Corrente não é usual, não foi administrativamente justificada no processo licitatório, é desproporcional e fere a ampla concorrência; **(II)** a previsão de pagamento da conta energia da iluminação pública tem o condão de acarretar a ineficiência da execução do objeto da PPP e configura desequilibrada divisão dos riscos; **(III)** a supressão do sistema de Telegestão, inicialmente previsto no Chamamento Público para Manifestação de Interesse nº. 01/2015, consubstancia violação ao princípio da eficiência e foi realizada sem justificativa administrativa nos autos do processo licitatório; **(IV)** há ausência de transparência das decisões tomadas, com estudos genéricos e superficiais, inexistindo aposição da fundamentação das opções de modelagem da PPP, no processo administrativo licitatório; **(V)** houve desequilíbrio na distribuição dos riscos entre as partes, uma vez que, além de o pagamento da energia elétrica ter ficado apenas a cargo da Administração, “somente há previsão de reequilíbrio econômico em favor da Concessionária”; **(VI)** houve violação à regra legal do compartilhamento das Receitas Acessórias decorrentes da exploração do objeto do Contrato; e, por fim, **(VII)** houve violação aos princípios da eficiência e da economicidade na forma editalícia fixada para a remuneração mensal do parceiro privado.

Forte nessas razões, rejeito a preliminar.

6. PRELIMINAR DE REAPRECIÇÃO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR: DA ALEGADA VEDAÇÃO DE ESTABILIZAÇÃO DAS CAUTELARES E AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DO CERTAME NO OFÍCIO DE INTIMAÇÃO DOS GESTORES MUNICIPAIS ACERCA DA ADMISSÃO DO RECURSO ORDINÁRIO.

Essas preliminares (itens 3.5 e 3.6 das contrarrazões recursais) encontram-se prejudicadas pela existência de coisa julgada sobre as teses que as sustentam.





A alegação de que “é incorreta a estabilização de pleitos cautelares” (...) após o julgamento de mérito da improcedência da ação principal” refere-se a uma alegação de *error in julgando* acerca dos reflexos dos efeitos recursais suspensivos sobre cautelar revogada por decisão de mérito dos autos principais.

De igual modo, também se refere a uma alegação de *error in julgando* a tese da Recorrida de que a ausência de determinação de abstenção de execução provisória do Acórdão recorrido importou em ofensa ao artigo 250 do CPC, pelo fato dos Ofícios de intimação para prestação de esclarecimentos preliminares em fase recursal não conterem advertência em tal sentido. Com efeito, essa tese visa discutir os reflexos dos efeitos recursais suspensivos sobre cautelar revogada por decisão de mérito dos autos principais.

Os alegados *error in julgando* cautelar são teses que desafiavam recurso próprio e oportuno para sua revisão, sob pena de preclusão *pro judicato*, conforme se extrai do disposto nos artigos 505 e 507 do CPC cc artigo 144 do RITCMT:

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

A Recorrida ciente dessa natureza processual de suas teses, as suscitou nos Embargos de Declaração (Protocolo n. 86800/2017 – doc. digital n. 120350/2017) que opôs contra o Acórdão homologatório da cautelar (Acórdão n. 42/2017-TP), tendo sido apreciadas pelo Pleno, conforme Acórdão nº 190/2017-TP., transitado em julgado em 29/05/2017 (certidão – doc. digital n. 171710/2017).





Na oportunidade o Plenário repisou, entre outros, o entendimento de que o recebimento do Recurso Ordinário com efeito suspensivo é regra prevista no artigo 272, inciso I¹², do RITCMT, tornando-se impossível a execução provisória de acórdão recorrível.

Diante do exposto, **julgo extinto, sem julgamento de mérito**, o pedido de reapreciação da cautelar recursal, em primazia à **coisa julgada material** sobre a matéria, com fulcro no artigo 585, inciso V, do Código de Processo Civil c/c artigo 144 do RITCE-MT.

7. PRELIMINAR DE SUPERVENIÊNCIA DE FATO NOVO QUE DESCARATERIZA O PERIGO DA DEMORA APONTADO NA CAUTELAR RECURSAL: EXPIRAÇÃO DA VIGÊNCIA DO CONTRATO n. 7731/2012.

Não constitui fato novo superveniente apto a autorizar o reexame da cautelar concedida a insurgência da empresa Recorrida quanto ao apontamento cautelar de que “a ausência de emissão de ordem de serviço configurava ausência de *periculum in mora inverso*”. Em verdade, trata-se de alegação de *error in julgando*, tese essa preclusa nos autos, posto que não foi objeto de Recurso de Agravo, nem de Recurso Ordinário após a homologação da cautelar.

No que pertine à alegada superveniência da expiração da vigência do Contrato n. 7731/2012 como elemento apto a descaracterizar a ausência de *periculum in mora inverso* consignada na cautelar recursal, não acolho as contrarrazões, pois o *periculum in mora inverso* nesse caso atingiria o direito à continuidade dos serviços públicos devidos à população mato-grossense e o dever da gestão municipal em prestá-los, de modo que a empresa Recorrida carece de interesse processual para sustentar tal tese.

Ademais, a então vigência do referido contrato, constatada pela existência de termo Aditivo prorrogando sua vigência até 02/05/2017, não foi a

¹² 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 à benefício previdenciário ou contra determinação de medidas cautelares, hipóteses em que será recebido apenas no efeito devolutivo;





única razão fática e jurídica que embasou a asserção cautelar de ausência de *periculum in mora inverso*, conforme se extrai da decisão cautelar, *in verbis*:

Corroborando para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal, ausente no caso o *periculum in mora inverso*, **a uma**, porque, conforme informação prestada nos autos, ainda não foi expedida a ordem de serviços ao consórcio Luz Cuiabá. **A duas**, porque compulsando o Portal da Transparência da Prefeitura de Cuiabá entrevi a celebração de Termo Aditivo ao Contrato nº. 7731/2012, que tem por objeto, contratação de empresa especializada para a execução de serviços de gestão de sistemas e obras de engenharia elétrica com serviços de manutenção e ampliação no município de Cuiabá, prorrogando sua vigência até 02/05/2017, de modo que o Município não ficará desprovido dos serviços essenciais de manutenção e ampliação dos serviços de iluminação pública.

A três, porque os efeitos decorrentes desta cautelar poderão, sem prejuízo, ser suspensos ou cassados a qualquer tempo, bem como serão objetos de reanálise e análise meritória dos fatos subjacentes **E, por fim, porque**, caso improvido o Recurso ao final, poderá ser expedida a competente ordem de serviço para desencadeamento da execução contratual.

Ademais, a própria empresa Requerida, por meio do Requerimento Incidental n. 105384/25018 denuncia que a Prefeitura Municipal promoveu o 7º Aditivo ao Contrato n. 7731/2012, a despeito de, segundo alega, tal contrato ter exaurido seu prazo legal de vigência de 60 meses em 02/11/2017.

Portanto, é infundada a alegação da Recorrida de que as razões fáticas – existência de contrato vigente – tenham, de fato, sido alteradas, de modo que, nessa seara de apreciação do mérito recursal, sejam excluídos dos fundamentos da cautelar a afirmação de então ausência de *periculum in mora inverso* em razão da então existência de “contratação de empresa especializada para a execução dos serviços” e do fato de que, como se consignou, “(...) o Município não ficará desprovido dos serviços essenciais de manutenção e ampliação dos serviços de iluminação pública”.





Por fim, destaco que ao Município era facultada, como ainda é, a execução direta de sua Iluminação Pública, não sendo necessária unicamente a contratação de terceiro para a execução de tal serviço.

Diante de todo o exposto, **rejeito a presente preliminar.**

8. PRELIMINAR DE DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR FACE À EDIÇÃO DO DECRETO n. 6.286/2017 DE ANULAÇÃO DO CONTRATO DE PPP n. 755/2016 (Protocolos n. 105384/2018 e n. 238015/2017).

Essa preliminar, foi suscitada por meio de duas petições incidentais formuladas pela Recorrida, sob os protocolos n. 105384/2018 (doc. digital n. 25354/18) e n. 238015/2017.

Importante salientar, que, por meio das **petições incidentais** protocoladas sob o n. **83631/2017** e n. **82368/2017**, o atual Gestor municipal, Sr. Emanuel Pinheiro, informou a este Tribunal de Contas que, por meio do **Decreto n. 6.208/17**, instituiu um Comitê Permanente de Eficiência dos Gastos Públicos e de adoção de medidas para redução e contenção de despesas de custeio e determinou a suspensão de vários contratos e de processos licitatórios.

Informou, ainda, que, por meio do **Decreto n. 6.216/2017, de 02 de janeiro de 2017**, estabeleceu critérios de avaliação da conformidade dos contratos de concessão de saneamento e de iluminação pública municipais, determinando à Procuradoria Geral do Município de Cuiabá que analisasse a conformidade do contrato sob exame sobre o qual foi dada a liminar nessa instância recursal.

Por meio da **petição incidental n. 229059/2017**, o Gestor encaminhou a este Tribunal de Contas a cópia do Relatório de Verificação de





Conformidade da Parceria Público-Privada da Iluminação Pública que foi autuado no Processo Administrativo MVP n. 0.064.884/2017-1, bem como a decisão por ele proferida nos autos desse citado processo administrativo voltada a “anular a concorrência pública n. 001/2016 (...) bem como todos os atos dela decorrentes, inclusive o respectivo contrato administrativo” e a determinar a notificação do Consórcio Cuiabá Luz para ciência do teor dessa decisão anulatória. (doc. digital n. 226574/2017).

A decisão de anulação decorreu do reconhecimento de que as ilegalidades apontadas nesses autos atreladas às irregularidades constatadas pelo Grupo de Trabalho, constituído pela Portaria n. 04/2017, impunham o exercício do poder-dever de autotutela administrativa, reconhecida também pela Súmula n. 473 do STF.

À toda vista, pois, a anulação do contrato de PPP sob exame não importou em descumprimento da medida cautelar adotada. Ao contrário, ela vem atestar que o juízo de cognição sumária recursal foi razoável e que meritoriamente essa deveria ser a mesma decisão deste Tribunal.

Importante destacar, também, que a cautelar concedida não impedia que a Administração Pública exercesse o seu poder-dever geral de autotutela, inclusive. Diversamente, a ordem foi tão somente, conforme literal disposição do Acórdão n. 42/2017-TP, homologatório da cautelar recursal, que a Gestão Municipal:

(...) se abstivessem de dar prosseguimento aos atos administrativos decorrentes da Concorrência Pública nº 001/2016, de emitir ordem de serviço para a empresa Consórcio Luz Ltda., ou, caso já emitida em data anterior à então decisão, se abstivessem de praticar ou de permitir que se praticasse quaisquer novos atos inerentes à execução do Contrato nº 755/2016, decorrentes da citada concorrência, que tem por objeto a concessão administrativa para modernização, otimização, expansão, operação e manutenção da Infraestrutura da Rede de Iluminação Pública do Município de Cuiabá, sob pena de multa diária no importe de 20 UPFs/MT, com fulcro no poder geral de cautela e no artigo 2º, II, da Resolução Normativa nº 17/2016 deste Tribunal;





Conforme dispõe o §1º do artigo 49 da Lei 8666/93, em regra, “a anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar”. Única ressalva encontra-se na hipótese do artigo 59 da mesma lei:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

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

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

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

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

No caso dos autos, incontroversamente inexistem serviços executados pela Recorrida, então Parceira privada da Municipalidade.

Eventuais outros prejuízos, que a Recorrida porventura tenha comprovadamente sofrido, poderão vir a ser objeto de ressarcimento administrativo. Todavia, essa matéria demanda processo administrativo e ou judicial específico, cuja conclusão pelo eventual dever de indenizar só interessa ao âmbito de competência deste Tribunal de Contas para aferir a responsabilidade do agente público causador do dever de indenizar e dos encargos decorrentes desse dever, geradores de dano ao erário.





Mas tal eventual atuação deste Tribunal de Contas se daria não para fiscalizar o cumprimento da cautelar em questão, mas sim fiscalizar a ocorrência de despesa ilícita decorrente do pagamento de indenização ao Consórcio Luz S. “por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável” e, concomitantemente, para promover a responsabilidade do agente público que deu causa ao dever da Municipalidade pagar essa indenização.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e, assim, **divirjo do Parecer Ministerial nº. 2.025/2018**, pois a sua proposta de abertura de processo de monitoramento para apuração do alegado descumprimento da medida cautelar resta prejudicada.

No entanto, entendo pertinente a fixação da matéria como ponto de controle para que a Secex de Contratações Públicas averigue anualmente **a ocorrência de despesa ilícita decorrente do pagamento de indenização ao Consórcio Luz S. “por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável” e, concomitantemente, provoque esse Tribunal a promover a responsabilidade do agente público que deu causa ao dever da Municipalidade de pagar essa indenização.**

9. PRELIMINAR DE ILEGALIDADE DA ANULAÇÃO DO CONTRATO DE PPP n. 755/2016 SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO (Protocolos n. 105384/2018 e n. 238015/2017).

Não ignoro que, nos termos do Precedente n. 138, firmado pelo STF nos autos do RE c/RG n. 594.296, se afigura inconstitucional a anulação de ato administrativo pela Administração, com reflexo em interesses individuais, sem a instauração de procedimento administrativo, por ofensa aos artigos 5º, II e LV; e 37, *caput*, da Constituição Federal.





Todavia, a presente preliminar, também suscitada por meio da petição sob protocolo n. 105384/2018 (doc. digital n. 25354/18), não merece prosperar, pois a análise da alegada ilegalidade da anulação administrativa do contrato de concessão sob exame por não garantia do contraditório e ampla defesa à Recorrida na qualidade de concessionária contratada, nessa instância recursal, configura hipótese de ausência de interesse processual pela inadequação da via eleita (artigo 485, VI¹³, do CPC c/c artigo 144 e artigo 224 do RITCEMT) para a apuração desse apontamento.

A inadequação da via eleita decorre do fato de que a alegada anulação ilegal da Parceria Público-Privada da Iluminação, por suposto descumprimento do artigo 49, *caput* e §3º, da Lei n. 8666/93, como decidido acima, não configura um descumprimento da medida cautelar, por conseguinte, se trata de fato estranho aos autos nessa fase recursal. Desse modo, a matéria deve ser tratada em autos apartados como Representação de Natureza Externa, com base no disposto *caput* e no §1º do artigo 113¹⁴ da Lei n. 8666/93 c/c artigo 224 do RITCEMT¹⁵.

Com efeito, a análise do tema demanda instrução técnica específica acerca dos autos do processo administrativo em que se formalizou o ato administrativo de anulação da concessão sob exame, não apenas para ver se, de fato, não foi assegurada a participação do Consórcio Luz S.A no processo de anulação da parceria público-privada sob exame, como ainda,

¹³ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual

¹⁴ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

¹⁵ Art. 224. As representações podem ser: (...)

(...)

I. De natureza externa, quando propostas ao Relator:

(...)

c) Por qualquer licitante, contratado ou pessoa jurídica, contra irregularidades na aplicação da Lei 8.666/1993, ou qualquer pessoa legitimada por lei.





para ver se haviam atos praticados com efeitos concretos que demandassem essa participação para seu desfazimento, a teor do mencionado Precedente n. 138-STF, *in litteris*:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA ESTATAL. REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E DE QUINQUÊNIOS DE SERVIDORA PÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, **se de tais atos já decorreram efeitos concretos**, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo.

2. (...).

3. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 594296, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012)

Na presente fase recursal, esse grau de análise é juridicamente inviável e processualmente inadequado.

Juridicamente inviável porque a própria Recorrida, quando invoca em outro petítório (Requerimento n. 201995/2018) supostas obrigações e investimentos que teve que cumprir em decorrência da assinatura do contrato, não junta os documentos comprobatórios do cumprimento dessas obrigações que consubstanciariam efeitos concretos do contrato e da licitação administrativamente anulados.

Caso instrutivamente a Secex verificasse ser o caso, então, por conseguinte, a causa demandaria a garantia do contraditório e da ampla defesa ao Gestor que, como alega a Recorrida, anulou a PPP sem garantir a ela, concessionária, essa mesma garantia nos autos do mencionado processo administrativo de anulação.

Processualmente inadequado porque a matéria não só é estranha aos autos, como porque, nessa fase recursal, a análise dessa alegada irregularidade implicaria em supressão de instância, uma vez que contra





decisão proferida em sede de Recurso Ordinário, como o é esse voto, não caberá outro Recurso Ordinário.

Nesse ponto, portanto, **divirjo do parecer ministerial n. 2.025/2018**, que propôs a abertura de processo de monitoramento, a uma porque esse pressupõe o monitoramento de ações futuras e não de ações consumadas e, a duas, porque, conforme dito, não se trata de hipótese de descumprimento da medida cautelar, mas de ocorrência de fato novo, embora praticado em consequência à suspensão da concorrência sob exame.

Diante do exposto, **extingo** a preliminar de ilegalidade da anulação do Contrato de PPP n.755/2016, **sem julgamento de mérito**, tendo em vista a inadequação da via eleita.

Determino, a **extração de cópias do Requerimento n. 105384/2018 (doc. digital n. 25354/18)**, e de cópia deste voto, com subsequente remessa dessas peças ao Protocolo Geral para que seja autuado e processado sob a forma de Representação de Natureza Externa.

10. PRELIMINAR DE DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR: ASSINATURA DO 7º TERMO ADITIVO AO CONTRATO Nº 7731/2012. (Protocolos n. 105384/2018 e n. 238015/2017)

Essa preliminar não merece prosperar, pois a cautelar concedida nessa seara recursal apenas determinou que a então gestão se absteresse de dar prosseguimento aos atos administrativos decorrentes da Concorrência Pública nº 001/2016, de emitir ordem de serviço para a empresa Consórcio Luz Ltda., ou, caso já tivesse emitido em data anterior à então decisão, que se absteressem de praticar ou de permitir que se praticassem quaisquer novos atos inerentes à execução do Contrato nº 755/2016.

Não houve qualquer pronunciamento deste Tribunal em desfavor da gestão municipal de Cuiabá acerca de outras e eventuais soluções





administrativas ulteriormente adotadas, visando a promover a continuidade dos serviços públicos de manutenção dos serviços públicos, razão pela qual a assinatura de termo aditivo ao Contrato n. 7731/2012, então vigente, não pode, tão somente por causa da vigência da cautelar, ser considerado um ato ilegal.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e, assim, **divirjo do Parecer Ministerial nº. 2.025/2018**, pois a sua proposta de abertura de processo de monitoramento para apuração do alegado descumprimento da medida cautelar resta prejudicada.

11. PRELIMINAR DE ILEGALIDADE DA ASSINATURA DO 7º TERMO ADITIVO AO CONTRATO Nº 7731/2012. (Protocolos n. 105384/2018 e n. 238015/2017)

Essa preliminar também não merece prosperar, pois, a análise, nesse Recurso, da alegada ilegalidade da prorrogação contratual após expirado o prazo de vigência contratual, consubstancia matéria estranha ao objeto recursal e ao próprio objeto dos autos originais, que demanda apuração à luz do quanto prescrevem os artigos 57 e 65 da Lei n. 8666/93 e a Resoluções de Consulta n. 24/2016-TP e n. 13/2015, pelo que a matéria deve ser tratada em autos apartados como Representação de Natureza Externa, com base no disposto *caput* e no §1º do artigo 113¹⁶ da Lei n. 8666/93 c/c artigo 224 do RITCEMT¹⁷.

Por se tratar de fato novo e estranho aos atos sob exame, sua

¹⁶ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

¹⁷ Art. 224. As representações podem ser: (...)

(...)

I. De natureza externa, quando propostas ao Relator:

(...)

c) Por qualquer licitante, contratado ou pessoa jurídica, contra irregularidades na aplicação da Lei 8.666/1993, ou qualquer pessoa legitimada por lei.





apreciação demandaria instrução técnica específica, com especial análise dos autos do processo administrativo em que se formalizou a prorrogação, e a consequente garantia do contraditório e da ampla defesa ao agente que porventura tenha celebrado a alegada prorrogação ilegal do contrato em questão.

A admissão do exame dessa matéria neste Recurso Ordinário, assim, importaria em supressão não apenas do contraditório, mas, pior ainda, da própria instância recursal ao eventual responsável pelo fato alegado.

Assim, configurada encontra-se a hipótese de ausência de interesse processual pela inadequação da via eleita (artigo 485, VI¹⁸, do CPC c/c artigo 144 e artigo 224 do RITCEMT) para a apuração desse apontamento.

Nesse ponto, pois, divirjo do parecer ministerial que propôs a abertura de processo de monitoramento, a uma porque esse pressupõe o monitoramento de ações futuras e não de ações consumadas e, a duas, porque, conforme dito, não se trata de hipótese de descumprimento da medida cautelar, mas de ocorrência de fato novo, embora praticado em consequência à suspensão da concorrência sob exame.

Diante do exposto, divirjo, nessa parte, do parecer ministerial nº. 2.025/2018, e extingo a preliminar de ilegalidade da assinatura do 7º aditivo ao Contrato nº. 7731/2012, sem julgamento de mérito, tendo em vista a inadequação da via eleita para que a Recorrida, na qualidade de então contratada da Prefeitura Municipal.

Determino, a extração de cópias do Requerimento n. 105384/2018 (doc. digital n. 25354/18), e de cópia dessa decisão, com subsequente remessa dessas peças ao Protocolo Geral para que seja autuado e processado sob a forma de Representação de Natureza Externa.

¹⁸ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual





12. PRELIMINAR DE DESCUMPRIMENTO DA CAUTELAR: NOVO PROCESSO LICITATÓRIA PARA PPP DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA: PUBLICAÇÃO DO EDITAL n. 10/2018 (Protocolo n. 25.176-3/2018).

Também não se encontra configurado o descumprimento da cautelar concedida nessa seara recursal em razão da realização de nova licitação pela Municipalidade de Cuiabá, por meio da Concorrência n. 10/2018.

A realização dessa nova licitação aparenta ser ato lógico decorrente do desdobramento da anulação da licitação anterior e do dever de continuidade dos serviços públicos. Ademais, ao que se colhe dos autos visa cessar a continuidade de sucessivas prorrogações do contrato anterior e sucessivas contratações emergenciais dos serviços de manutenção do parque de iluminação pública municipal. A própria Recorrida suscitou a nulidade da prorrogação do Contrato n. 7731/2012 conforme analisado no tópico 11 deste voto preliminar.

Se a PPP de manutenção e de expansão do parque de iluminação pública se encontrava suspensa, à Administração Pública só restava anular administrativamente, em manifesto reconhecimento das ilegalidades apontadas, ou permanecer contratando tais serviços sob a modalidade de urgência, visto que essa forma de contratação, como bem delimita o artigo 24, IV, da Lei n. 8666/93, só pode se manter pelo prazo de até 180 dias “consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos”.

O descumprimento da medida cautelar adotada por este Tribunal só restaria comprovado se a Municipalidade tivesse, mesmo após ter reconhecido a procedência das irregularidades técnica e ministerialmente apontadas, publicado novo Edital e nova minuta de contrato de PPP com os mesmos termos e sob o mesmo *modus operandi* com base nos quais a Concorrência n. 001/2016 e o Contrato de PPP n. 775/2017 foram realizados.





Não há qualquer alegação nesse sentido, muito menos prova, ainda.

Sendo assim, coaduno com o posicionamento ministerial, lastreado no Parecer n. 3.169/2018, e **rejeito a presente preliminar, negando, por conseguinte, a suspensão da Concorrência nº 10/2018, tendo em vista a inocorrência de violação ao Acórdão 42/2014-TP por sua realização.**

13. PRELIMINAR ALTERNATIVA DE SUSPENSÃO DO PROCESOS PARA FORMALIZAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO (Protocolo n. 20.199-5/2018).

Não conheço do presente pedido de celebração de Termo de Ajustamento de Gestão, na medida em que a empresa Cuiabá Luz S.A, ora Recorrida, não se encontra no rol dos legitimados ativos previstos no §1º do artigo 238-B do RITCEMT, bem como porque, ainda que assim o pudesse fazer de ofício este Relator, os posteriores atos praticados pela Prefeitura Municipal de Cuiabá, em especial a realização de nova concorrência pública para celebração de novo contrato de PPP, refletem a ausência de interesse administrativo na adoção da medida e demandam a atuação mais preeminente deste Tribunal sobre os atos administrativos que sucederam o evento sob exame.

Diante do exposto, com fundamento no §1º do artigo 238-B do RITCEMT, não conheço do presente pedido.

VOTO

Diante do exposto, **acolho o Parecer n. 3.169/2018, e rejeito o Parecer n. 2.025/2018**, todos da lavra do Procurador de Contas Gustavo Coelho Deschamps, e **voto preliminarmente** pela ratificação do conhecimento do presente Recurso Ordinário e **rejeito** as preliminares de: **1)** nulidade do





Acórdão n.º 80/2016-TP; **2)** ilegalidade da assinatura do 7º Termo Aditivo ao Contrato n. 7731/2012; **3)** preliminar alternativa de celebração de Termo de Ajustamento de Gestão; **4)** regularização do polo passivo recursal mediante a inclusão da Câmara Municipal de Cuiabá como litisconsorte necessário; **5)** incompetência do Tribunal de Contas para determinar a anulação de contrato administrativo; **6)** regularização do polo passivo recursal mediante a inclusão de litisconsortes passivos; **7)** necessidade processual de saneamento dos autos; pela rejeição da preliminar de prejudicialidade externa decorrente das decisões judiciais liminares proferidas; **8)** vedação de estabilização das cautelares e de ausência de determinação da suspensão do certame; **9)** superveniência de fato novo descaracterizador da ausência de perigo da demora inverso; **10)** descumprimento da medida cautelar em razão da edição do Decreto n. 6.286/2017; **11)** ilegalidade da anulação do Contrato de PPP n.755/2016; **12)** descumprimento da medida cautelar em razão da assinatura do 7º Termo Aditivo ao Contrato n. 7731/2012; **13)** preliminar de descumprimento da medida cautelar em razão da abertura da Concorrência Pública n. 10/2018;

É como voto as preliminares recursais sob exame.

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

LUIZ CARLOS PEREIRA¹⁹
Conselheiro Substituto

¹⁹Documento assinado por assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006

