

<b>PROCESSO Nº</b>	<b>:</b>	<b>22665-3/2011</b>
<b>PRINCIPAL</b>	<b>:</b>	<b>SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO</b>
<b>SECUNDÁRIO</b>	<b>:</b>	<b>FUNDO PREVIDENCIÁRIO DO ESTADO DE MATO GROSSO</b>
<b>ASSUNTO</b>	<b>:</b>	<b>RECURSO ORDINÁRIO AO ACÓRDÃO 4.106/2011</b>
<b>GESTOR</b>	<b>:</b>	<b>CÉSAR ROBERTO ZILIO</b>
<b>TERCEIRO INTERESSADO</b>	<b>:</b>	<b>BANCO DO BRASIL S/A</b>
<b>RELATOR</b>	<b>:</b>	<b>VALTER ALBANO DA SILVA</b>
<b>EQUIPE TÉCNICA</b>	<b>:</b>	<b>EDMAR CLÁUDIO MARANGON</b>

**Exmo. Senhor Secretário,**

O presente processo refere-se ao recurso ordinário interposto pelo Banco do Brasil – Terceiro Prejudicado, contra a Medida Cautelar proferida por este Tribunal mediante Acórdão nº 4.106/2011– Processo nº 20721-7/2011, que determinou liminarmente ao Secretário de Estado de Administração, Sr. César Roberto Zilio, que suspendesse urgentemente o Contrato n.º 10/2011 e, por consequência, as notas de empenho correspondente ao aludido instrumento contratual, até a decisão de mérito.

O recurso ordinário interposto, fls. 002 a 005, foi conhecido pelo Exmo. Presidente do Tribunal de Contas, porém, apenas no efeito devolutivo, por se tratar de medida cautelar, conforme Inciso I do art. 272 do RITCE.

## **1. Da Decisão Singular e do Acórdão**

### **DECISÃO SINGULAR – Processo 20721-7/2011**

Trata-se de Representação Interna proposta pela titular da Secretaria de Controle Externo desta Relatoria, cujo teor narra irregularidades gravíssimas que envolvem a Dispensa de Licitação 15/2011, realizada com base no art. 24,

inciso VIII, da Lei 8666/93, pela Secretaria de Estado de Administração, que teve como beneficiário o Banco do Brasil S/A, cujo objeto consiste na prestação de serviços de gestão financeira dos recursos garantidores das reservas técnicas dos benefícios de responsabilidade do Sistema Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis, ativos e inativos e dos pensionistas do Fundo Previdenciário do Estado de Mato Grosso - FUNPREV.

A título elucidativo, deve-se registrar que os atos ilegais discriminados pela área técnica questionam a legalidade do procedimento que foi realizado e a ausência de justificativa para o preço que foi estipulado.

Outro fator que deve ficar consignado é que o secretário de Estado de Administração, no dia 2 de junho de 2011, juntamente com os representantes do Banco do Brasil, assinou o contrato 10/2011, o qual se originou da dispensa comentada.

Além desse relato, esclareço que, ao final, a Secex, de forma ponderada, ressaltou que fosse avaliada por esta relatoria a conveniência de aplicação de medida cautelar.

**É a síntese necessária.**

**Passo a decidir:**

Efetuando uma análise cuidadosa de todas as informações que instruem os autos, não há como deixar de concluir pela proposição de medida cautelar, pois é possível verificar de plano que efetivamente a dispensa de licitação está repleta de vícios, e pode inclusive causar danos ao erário e inviabilizar ou tornar difícil a sua reparação.

Nessa linha, só para se ter noção das irregularidades que persistem, assinalo que o auditor apresentou provas robustas de que a posição majoritária atual não aprova o procedimento de dispensa que foi realizado.

Vejam: a grande maioria dos doutrinadores, o Tribunal de Contas da União , a

Advocacia-Geral da União e este Tribunal de Contas possuem entendimento pacífico de que as empresas públicas ou sociedades de economia mista que exercem atividade econômica, como é o caso do Banco do Brasil, com supedâneo no art. 173, §1º da CF, devem se submeter ao procedimento licitatório. Dito de outra forma, não lhes é permitido usufruir do benefício da dispensa de licitação, prevista no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93.

Como se nota, as explicações acima já são suficientes para afirmar que existem elementos concretos que atestam a presença da aparência do bom direito, uma vez que foram menosprezados dispositivos legais e constitucionais e também princípios basilares que envolvem a administração pública.

Sucedede que, para piorar toda a situação, foi constatado que o procedimento realizado contrariou o próprio inciso VIII do art. 24 da Lei de Licitações, na medida em que não foi comprovado se o preço contratado está compatível com o praticado no mercado, condição essa imprescindível para conferir legalidade a esse ato.

**Ora, além do gestor se valer de um dispositivo que tem aplicabilidade extremamente questionável, ele sequer se preocupou em ao menos cumprir na totalidade o comando normativo em questão.**

Pelos precedentes argumentos, depreende-se com facilidade que as irregularidades mencionadas comprometem os princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, do julgamento objetivo, da economicidade, da razoabilidade e outros correlatos pertinentes ao instituto das licitações e contratos administrativos, circunstâncias essas que demonstram incontestavelmente a presença do *fumus boni iuris*.

Além disso, percebe-se também a indispensabilidade de agir urgentemente (*periculum in mora*), sob pena de tal omissão - levando em conta o valor exorbitante que envolve este contrato -, acarretar grave lesão ao erário, sobretudo porque não restou evidenciada a compatibilidade do preço contratado com o de mercado.

Diante do exposto, resta cristalina a ocorrência dos requisitos necessários à adoção de medida cautelar, razão pela qual, com base nos artigos, 71, IX da Constituição Federal, 82 e 83 da LC 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas), e 297 da Resolução 14/2007, determino:

– **Liminarmente, que o secretário de Estado de Administração, Sr. César Roberto Zilio, SUSPENDA URGENTEMENTE o Contrato 10/2011, já assinado com o Banco do Brasil e por consequência a emissão de notas de empenhos correspondentes ao aludido instrumento contratual, até a decisão de mérito.**

– **Determino, também, que o interessado acima citado seja notificado para, no prazo de 15 (quinze) dias, caso não reconheça prontamente as irregularidades apontadas pela SECEX desta relatoria, e por consequência promova a anulação do contrato já celebrado e da dispensa licitatória comentada, por estar desde o seu início revestida de ilegalidades, apresente a defesa que entender pertinente.**

#### **DO ACÓRDÃO N.º 4.106/2011**

EMENTA: SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO E FUNDO PREVIDENCIÁRIO DO ESTADO DE MATO GROSSO. REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA INTERNA. HOMOLOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR ADOTADA SINGULARMENTE.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo n.º 20.721-7/2011.

ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas, nos termos dos artigos 82, parágrafo único, 83 inciso III da Lei Complementar n.º 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), c/c o artigos 297, § 1º, 298, inciso III, 299, inciso I, da Resolução n.º 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), por unanimidade, acompanhando o voto do Conselheiro Relator e de acordo, em parte, com o Parecer emitido oralmente em Sessão Plenária pelo Ministério Público de Contas, nos autos da representação de natureza interna, originada pela

Secretaria de Controle Externo da Primeira Relatoria, formulada em desfavor da Secretaria de Estado de Administração, gestão do Sr. César Roberto Zílio, acerca de irregularidades gravíssimas que envolvem a dispensa de Licitação 15/2011/SAD, realizada com base no artigo 24, inciso VIII, da Lei 8666/93, que teve como beneficiário o Banco do Brasil S/A, representado neste ato pelo procurador Ranulfo de Moura Machado Neto, que resultou no Contrato n.º 10/2011, cujo objeto foi à prestação de serviços de gestão financeira dos recursos garantidores das reservas técnicas dos benefícios de responsabilidade do sistema Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis, ativos e inativos e dos pensionistas do FUNPREV, em HOMOLOGAR a **Medida Cautelar adotada singularmente pelo Relator, mediante Julgamento Singular de fls. 83 a 85-TC, publicado no DOE de 21-11-2011, que determinou liminarmente ao Secretário de Estado de Administração, Sr. César Roberto Zílio, que suspendesse urgentemente o Contrato n.º 10/2011, já assinado com o Banco do Brasil, firmado pelo representante Sr. Marcos Paulo Bankow – Gerente da Agência Setor Público Cuiabá, e, por consequência, as notas de empenho correspondente ao aludido instrumento contratual, até a decisão de mérito.** Notifique-se o Secretário de Estado de Administração, Sr. César Roberto Zílio, para que no prazo de 15 dias, caso não reconheça prontamente as irregularidades apontadas pelos Auditores deste Tribunal, apresente a defesa que entender pertinente. Após, restitua-se o Processo ao Conselheiro Relator Antônio Joaquim para a apreciação do mérito.

## 2. Das razões do Recurso

O recorrente ingressa neste Tribunal com Recurso Ordinário, cujo conteúdo encontra-se às fls. 09 a 29-TC/MT, no qual alega impossibilidade jurídica ou incompetência material do TCE/MT para a edição da medida cautelar. No mesmo recurso solicita que seja declarada a legalidade da contratação por dispensa de licitação.

### Síntese

Para efeitos didáticos, apresenta-se a síntese do recurso em duas partes, a seguir.

## 2.1. Da impossibilidade jurídica ou incompetência material do TCE

Alega o recorrente que o Tribunal de Contas de Mato Grosso não é competente para determinar diretamente a sustação do ato impugnado, violando assim preceitos Constitucionais. Nesse sentido apresenta como argumento o Art. 71, Inciso X, da Constituição Federal, na qual autoriza o Tribunal de Contas da União a sustar ato do Poder Público impugnado, se não atendido pelo Órgão que praticou o ato. Já no § 1º do mesmo artigo essa competência é excepcionada no caso de contrato, conforme reproduzido.

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

[...]

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

[...]

§ 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.

No mesmo sentido a Constituição Estadual reproduziu esse mandamento constitucional.

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

[...]

XI - sustar, se não atendido, a execução de ato impugnado, comunicando, a decisão à Assembléia Legislativa;

[...]

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

Para a decisão em julgamento singular, o Exmo. Cons. Antônio Joaquim considerou a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, com fundamentos no artigo 71, inciso X da Constituição Federal, artigos 82 e 83 da Lei Complementar 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Mato Grosso) e artigo 297 do Regimento Interno do TCE/MT.

O recorrente discorda da presença do *fumus boni iuris*, pois alega que à época da licitação o TCE entendia ser possível a contratação por dispensa de licitação. Alega também que não ocorreram os requisitos ensejadores exigidos pelos artigos 297 e 298 do RITCE, quais sejam, caráter de urgência, provas suficientes de danos ao erário e configuração de ato de improbidade administrativa.

O recorrente também entende a inexistência do *periculum in mora*, visto que o fundamento da decisão liminar se apegou exclusivamente no fato do valor exorbitante que envolve o contrato, acarretar grave lesão ao erário, fatos estes contestados pelo recorrente.

No intuito de preservar a continuidade da execução do contrato 010/2011, recorre aos princípios da Segurança Jurídica e do Interesse Público, pois afirma que o contrato beneficiou o Estado de Mato Grosso, além de apresentar preço compatível com o praticado no mercado e pela grande quantidade de postos de atendimento que o Banco oferece aos servidores do Estado.

## **2.2. Da possibilidade de contratação direta com dispensa de licitação**

A defesa afirma que o Estado ao contratar o Banco do Brasil atendeu a todos os requisitos exigidos pelo Art. 24 da Lei 8.666/93 em seu Inciso VIII, alegando que a dispensa de licitação constitui faculdade do administrador público, desde que justificada dentro das hipóteses legais específicas da lei acima citada.

Ao afirmar que a contratação atende aos requisitos da lei, o recorrente demonstra que o Banco do Brasil é uma entidade que integra a Administração Pública, que foi criado em data anterior à vigência da Lei 8.666/93, e por fim, que o preços contratados são compatíveis com os praticados no mercado.

### 3 - Análise

#### 3.1. Da impossibilidade jurídica ou incompetência material do TCE

As medidas cautelares são o que há de mais próximo do controle prévio por ser medida anterior à análise final da irregularidade, já que visa resguardar a efetividade das deliberações finais do Tribunal e evitar situações de lesividade ao erário.

O Poder Geral de Cautela aos Tribunais de Contas foi outorgado, diretamente, pela própria Constituição da República. Impende desse poder, a adoção de medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das suas competências.

O Tribunal de Contas, ao decidir em liminar que se sustasse o contrato, na verdade adotou medidas necessárias para que o Órgão se abstinhasse de dar prosseguimento aos atos administrativos decorrentes da licitação que originou o contrato 10/2011, conforme se denota do próprio texto da cautelar: “Liminarmente, que o secretário de Estado de Administração, Sr. César Roberto Zilio, SUSPENDA URGENTEMENTE o Contrato 10/2011, já assinado com o Banco do Brasil e **por consequência a emissão de notas de empenhos correspondentes ao aludido instrumento contratual, até a decisão de mérito.**”

Quanto a alegação da impossibilidade de o TCE/MT emitir medida cautelar na qual suspendeu o Contrato 10/2011, já assinado com o Banco do Brasil e por consequência a emissão de notas de empenhos correspondentes ao aludido instrumento contratual, até a decisão de mérito, o Supremo Tribunal Federal, em casos análogos, tem decidido reiteradamente pela legalidade desde o ano de 2003, como o Acórdão relatado pela Ministra Ellen Gracie e voto do Ministro Celso de Mello, desde que o Tribunal **o faça para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões**, conforme reproduzido:

“(…) a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, **supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas**

**cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.** Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (...) É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao Tribunal de Contas da União, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República." (MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 19-11-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.)

Na mesma linha de entendimento, em 2009, decidiu o Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski no Processo de Mandado de Segurança MS 27992 DF.

(...) Decido. Bem examinados os autos, entendo que a pretensão não merece acolhida. Já decidi esta Corte que o TCU pode expedir providimentos cautelares, desde que fundamentadas tais medidas, conforme se observa do julgamento do MS 24.510/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, que porta a seguinte "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".** Ademais, não houve afronta ao art. 71, § 1º, da Constituição, uma vez que o TCU não determinou a sustação do contrato, mas dirigiu ordem a Piauí Turismo -Piemtur para que se abstinhasse de dar prosseguimento aos atos administrativos decorrentes da concorrência

3/2008.Nessa linha, já decidi este Tribunal que o TCU, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou, conforme se observa do julgamento do MS 23.550/DF, Rel. Min. Março Aurélio, assim ementado:"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. (...) Publique-se.Brasília, 17 de dezembro de 2009.Ministro RICARDO LEWANDOWSKI- Relator. (sem destaque no original)

O Ministro Dias Toffoli, em relação ao poder geral de cautela dos Tribunais de Contas, assim assinalou em recente análise do Mandado de Segurança MS 26994 DF: "*No que tange ao poder geral de cautela, em que investidos os membros das Cortes de Contas, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal já se pacificou no sentido de reconhecer-lhe a efetiva existência.*"

Na mesma apreciação do MS, assim discorre no caso idêntico ao que ora se apresenta:

(...) 1. O recurso administrativo interposto contra o Acórdão n. 2.338/2006-TCU-Plenário foi recebido apenas no efeito devolutivo em relação às determinações que confirmaram a medida cautelar, consoante dispõe o art. 520, IV, do CPC, aplicado subsidiariamente nos processos do TCU.2. Da observância pelo TCU ao precedente firmado pelo STF no MS 23.550/DF. O TCU não anulou qualquer ato ou contrato administrativo, apenas determinou à autoridade administrativa a sua anulação, ressaltando, outrossim, que o não-atendimento da referida determinação resultaria na imediata comunicação ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação.3. **O TCU tem legitimidade para expedição de medidas cautelares, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões, consoante entendimento firmado pelo STF.**4. Em sendo o provimento cautelar medida de urgência, admite-se sua concessão 'inaudita altera parte' sem que tal procedimento configure ofensa às garantias do contraditório e ampla defesa, ainda mais quando se verifica que, em verdade, o exercício dos referidos

direitos, observado o devido processo legal, será exercido em fase processual seguinte.

(...) Com efeito, impende reconhecer, desde logo, que assiste, ao Tribunal de Contas, poder geral de cautela. Trata-se de prerrogativa institucional que decorre, por implicitude, das atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas. Entendo, por isso mesmo, que o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Alta Corte, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República. Isso significa que 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. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina - construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819) - enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. 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. **Torna-se essencial reconhecer - especialmente em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, e considerada, ainda, a doutrina dos poderes implícitos (MARCELO CAETANO, "Direito Constitucional", vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense; CASTRO NUNES, "Teoria e Prática do Poder Judiciário", p. 641/650, 1943, Forense; RUI BARBOSA, "Comentários à Constituição Federal Brasileira", vol. I/203-225, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1932, Saraiva, v.g.) - 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.** Cumpre assinalar, neste ponto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 24.510/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, reconheceu assistir, ao Tribunal de Contas, esse poder geral de cautela: "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. - 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).

(...) Cabe registrar, ainda, por relevante, que esse procedimento do E. Tribunal de Contas da União parece estar em consonância com a jurisprudência desta Suprema Corte, que já decidiu, por mais de uma vez, a propósito das atribuições daquela Alta Corte de Contas, que "(...) 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/DF, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).Todas essas razões levam-me a entender inviável a pretendida suspensão cautelar de eficácia da deliberação emanada do E. Tribunal de Contas da União.**É importante lembrar, neste ponto, que o deferimento da medida liminar, resultante do concreto exercício do poder cautelar geral outorgado aos juízes e Tribunais, somente se justifica em face de situações que se ajustem aos pressupostos referidos no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51: a existência de plausibilidade jurídica ("fumus boni juris"), de um lado, e a possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ("periculum in mora"), de outro.**Sem que concorram esses dois requisitos - que são necessários, essenciais e cumulativos -, não se legitima a concessão da medida liminar, consoante enfatiza a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:"Mandado de segurança. Liminar. Embora esta medida tenha caráter cautelar, os motivos para a sua concessão estão especificados no art. 7º, II da Lei nº 1.533/51, a saber: a) relevância do fundamento da impetração; b) que do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida a segurança. Não concorrendo estes dois requisitos, deve ser denegada a liminar."(...) Publique-se.Brasília, 10 de fevereiro de 2011.MINISTRO DIAS TOFFOLI RELATOR

Em relação à descaracterização da presença do *fumus boni iuris* ('fumaça do bom direito' - que há indícios de que quem está pedindo a liminar tem direito ao que está pedindo), o recorrente alegou que à época da licitação o TC/MT entendia ser possível a dispensa. No entanto, o próprio TCE já havia no ano de 2008 se posicionado de forma contrária à dispensa de licitação para este tipo de contratação, conforme Resolução de Consulta nº 22/2008, reproduzido em parte:

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO, nos termos do artigo 1º, inciso XVII, da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso) e artigo 81, inciso IV, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), resolve, por unanimidade, acompanhando o voto do Conselheiro Relator, e de acordo, em parte, com o Parecer nº 1.794/2008 da Procuradoria de Justiça, em conhecer da presente consulta e, no mérito, responder ao consulente que: **1)** há necessidade da realização do processo licitatório para contratação de instituição financeira oficial e não oficial para movimentação da folha de pagamento quando houver gravame para Administração Pública.

Portanto não faz jus a alegação de interpretação distinta do entendimento à época da contratação, caracterizando assim a presença do princípio *fumus boni iuris, visto que*, conforme apresentado em análise do Exmo. Cons. Antônio Joaquim, as irregularidades mencionadas comprometem os princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, do julgamento objetivo, da economicidade, da razoabilidade.

Na mesma esteira, a indispensabilidade de agir urgentemente (*periculum in mora*), fica caracterizada, mesmo que não se considere o valor de R\$ 80.000,00 exorbitante, mas por acarretar possível lesão ao erário, já que, conforme parecer do Exmo. Cons. Antônio Joaquim, não restou evidenciada a compatibilidade do preço contratado com os praticados no mercado.

### **3.2. Da possibilidade de contratação direta com dispensa de licitação**

Em primeira análise, ao se verificar o disposto no art. 24, VIII, da lei 8.666/93, na qual prevê a possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de entidade que integre a Administração Pública, poder-se-ia entender viável a contratação de instituições financeiras que integrassem a Administração Pública indireta sem a realização de licitação, desde que elas tivessem sido criadas em data anterior à vigência da Lei 8.666/93 e que o preço fosse compatível com o praticado no mercado. No entanto, faz-se necessário analisar a natureza jurídica da atividade prestada pelo Banco do Brasil no contrato em questão, para se estabelecer qual o regime jurídico a ela aplicado.

O Ministro Eros Roberto Grau estabelece a atividade econômica (*lato sensu*) como um gênero do qual se destacam duas espécies: os serviços públicos e a atividade econômica *stricto sensu*. A prestação de serviços públicos, expõe ele, seria atividade com previsão direta ou implícita na Constituição, marcada pela sua vinculação ao interesse social. Já a atividade econômica *stricto sensu* é aquela atividade que é desenvolvida dentro do contexto mercadológico. Quando a desempenha, o Estado o faz por exceção, vinculado estritamente às hipóteses constitucionalmente previstas, atuando no mercado em pé de igualdade com os agentes econômicos privados.

O Ministro, em análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1642 MG tratando do situação análoga ao aqui encontrado, assim sintetizou:

*A expressão atividade econômica conota, no contexto do art. 173 e seu § 1º, atividade econômica em sentido estrito. O art. 173, caput, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de atividade econômica. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro, do Distrito Federal e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Atividade econômica em sentido amplo é território dividido em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica em sentido estrito. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios neste segundo campo. O preceito não alcança as empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.*

E o voto assim proferido:

[...]

2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no [§ 1º](#) do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

3. Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito

4. O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.

[...]

Disto denota-se que, quando uma empresa estatal, ainda que constituída sob a forma de direito privado, presta serviço público, goza ela das mesmas prerrogativas advindas do regime de direito público. Porém, quando uma empresa estatal desempenha atividade eminentemente econômica, não há de se falar sobre qualquer prerrogativa que não seja extensível aos demais particulares, pois no desempenho de atividade econômica *stricto sensu* por parte do Estado submete-se ao regime da livre concorrência, conforme art. 170, IV, da Constituição e observados o disposto no art. 173 da Constituição, transcrito abaixo:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

O STF tem considerado inconstitucional quaisquer benefícios ou privilégios concedidos a empresa estatal que desempenhe atividade econômica *stricto sensu*.

O STF e o TCU possuem jurisprudência na qual destaca a obrigatoriedade da realização do procedimento licitatório para a concessão do direito de exclusividade aos bancos para a realização dos pagamentos da folha de servidores ativos, inativos e pensionistas. Conforme informado anteriormente, o TCE, em resposta à consulta sobre o assunto, também seguiu esta linha – Resolução Normativa 22/2008.

No caso ora apreciado, o pagamento da folha de servidores ativos, inativos e pensionistas, trata-se de atividade econômica em sentido estrito, e de forma nenhuma pode ser interpretado como prestação de serviços públicos, já que é atividade tipicamente bancária, que é desempenhada indistintamente por diversas instituições, privadas e públicas.

De acordo com o aqui exposto, denota-se a inaplicabilidade do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93, visto que a dispensa da licitação para a contratação do Banco implicaria numa vantagem que contraria frontalmente a Constituição da República.

A dispensa é viável apenas para os casos de contratação de empresas que não desempenham atividade econômica em sentido estrito. Portanto, é de todo inaplicável à espécie a norma do art. 24, VIII, da Lei de Licitações, que assim prevê:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

#### 4. Da Conclusão

Após análise da defesa, sugere-se o não provimento do recurso tanto no que se refere à incompetência do TCE para edição da medida cautelar, como na possibilidade de contratação direta com dispensa de licitação, pelos motivos acima explanados.

É a análise do recurso apresentado pelo Banco do Brasil contra decisão do Tribunal Pleno em Acórdão, que ora submete-se à apreciação superior.

**Secretaria de Controle Externo da Relatoria do Conselheiro  
Valter Albano da Silva, Subsecretaria de Controle de Organizações Estaduais, em Cuiabá,  
10/02/2012.**

**Edmar Cláudio Marangon**  
Subsecretário de Controle Externo de Organizações Estaduais