



PROCESSO Nº : 22665-3/2011
UNIDADE GESTORA : SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO
FUNDO PREVIDENCIÁRIO DO ESTADO
GESTOR : CÉSAR ROBERTO ZÍLIO
ASSUNTO : RECURSO ORDINÁRIO EM MEDIDA CAUTELAR
REPRESENTAÇÃO INTERNA Nº 20721-7/2011
RECORRENTE : BANCO DO BRASIL S/A
RELATOR ORIGINÁRIO : CONSELHEIRO ANTONIO JOAQUIM
RELATOR DO RECURSO : CONSELHEIRO VALTER ALBANO

EMENTA:

Recurso Ordinário. Medida cautelar. Representação Interna. Contratação de instituição financeira mediante dispensa de licitação, para prestação de serviços financeiros distintos de depósito de disponibilidade de caixa. Determinação ao gestor para adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Competência do Tribunal de Contas prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal. Poder Geral de Cautela. Teoria dos Poderes Implícitos. Manifestação pelo conhecimento e improvemento do recurso.

PARECER Nº 502/2012

I – DO RELATÓRIO

01. Tratam os autos de **recurso ordinário** interposto pelo Banco do Brasil S/A em face do Acórdão nº 4106/2011 que homologou



medida cautelar proferida pelo Excelentíssimo Conselheiro Antonio Joaquim na Representação Interna nº 20721-7/2011.

02. A medida cautelar **determinou** ao Secretário de Estado de Administração que **suspenda o Contrato nº 10/2011** firmado com o Banco do Brasil S/A, bem como as **notas de empenho** correspondentes ao referido contrato, até a decisão de mérito.

03. O Contrato nº 10/2011 tem como objeto a 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.

04. O Excelentíssimo Conselheiro Presidente realizou juízo positivo de admissibilidade recursal (fls. 02/05) e determinou o **desentranhamento** do recurso ordinário dos autos do processo originário (Representação Interna nº 20721-7/2011), por se tratar de recurso em medida cautelar, a fim de que o processo principal tivesse a sua tramitação regular.

05. A Secretaria de Controle Externo do Excelentíssimo Conselheiro Relator manifestou pelo improvimento do recurso ordinário, com a conseqüente manutenção do acórdão recorrido (fls. 33/51).

É o breve relatório, no que necessário.
Segue a fundamentação.



II – DA FUNDAMENTAÇÃO

A) DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

06. Inicialmente, cumpre apontar o acerto da decisão proferida pelo Excelentíssimo Conselheiro Presidente, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade do petitório recursal, quais sejam o cabimento, a legitimidade, o interesse e a tempestividade.

07. Trata-se de recurso cabível (recurso ordinário), interposto dentro do prazo legal (15 dias), por parte legítima (Banco do Brasil S/A – terceiro interessado) e subscrito por procurador habilitado nos autos (procuração fl. 28 e substabelecimento de fl. 29).

08. Além do mais, o recorrente possui interesse recursal, pelo fato de suportar os ônus da medida cautelar homologada pelo Egrégio Plenário do Tribunal de Contas do Estado.

B) DO MÉRITO RECURSAL

B.1) DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA ADOTAR A PRESENTE MEDIDA CAUTELAR

09. Cumpre esclarecer que o presente parecer tem por objeto somente a análise do **recurso ordinário** interposto pelo Banco do Brasil S/A (na condição de terceiro interessado) em face do Acórdão nº 4106/2011 (proferido na Representação Interna nº 20721-7/2011)



que homologou **medida cautelar** expedida pelo Excelentíssimo Conselheiro Relator Antonio Joaquim.

10. Portanto, o **mérito da Representação Interna** nº 20721-7/2011 será julgada nos seus próprios autos, após concluída a instrução processual.

11. No caso em apreço, a irresignação do recorrente está na concessão da medida cautelar que **determinou** ao Secretário de Estado de Administração que **suspenda o Contrato nº 10/2011** firmado com o Banco do Brasil S/A, bem como as **notas de empenho** correspondentes ao referido contrato, até a decisão de mérito.

12. Conforme informado anteriormente, o contrato em questão tem por **objeto** a 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.

13. Analisando as razões recursais, pode-se concluir que o recurso não merece prosperar, devendo ser **improvido** pelo Egrégio Tribunal de Contas.

14. Alega o recorrente que o Tribunal de Contas não possui competência para determinar a suspensão do presente contrato, sendo que tal prerrogativa seria privativa do Poder Legislativo, com fundamento no art. 71, 1º, da Constituição.



15. Todavia, razão não assiste ao recorrente, haja vista que esta competência do Tribunal de Contas está prevista no **inciso IX do art. 71** da Constituição Federal e não no seu § 1º.

16. Trata-se do “poder geral de cautela” conferido constitucionalmente às Cortes de Contas, para a concessão de medidas cautelares a fim de resguardar a proteção do patrimônio público e dos princípios da Administração Pública.

17. Com efeito, reza o inciso IX do art. 71 da Carta Magna que compete ao Tribunal de Contas da União (e, por simetria, aos demais Tribunais de Contas – art. 75, *caput*) “*assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade*”.

18. No presente caso, **o eminente Conselheiro Antonio Joaquim, acertadamente, não sustou o Contrato nº 10/2011**, mas sim **determinou que o Secretário de Estado de Administração sustasse o contrato**, objetivando adotar as providências necessárias ao exato cumprimento da lei de licitações e contrato administrativos, haja vista a existência de flagrante ilegalidade na pactuação.

19. Sem sombra de dúvidas que a competência para sustar diretamente o contrato é da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, por força do art. 71, § 1º, da Constituição Federal.

20. Mas, por outro lado, **também é pacífico que o Tribunal de Contas detém a competência** não para sustar diretamente



o contrato, mas sim para **determinar que o gestor suste o contrato**, visando adotar providências para garantir o exato cumprimento da lei, com escora no art. 71, IX, da Lei Fundamental e na “Teoria dos Poderes Implícitos”, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

21. Neste sentido, eis um trecho do julgamento do **Mandado de Segurança nº 26547/DF¹** proferido pelo **Supremo Tribunal Federal**, sob a relatoria do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello:

*“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,

¹ Disponível em www.sft.jus.br. Acesso em 27 de março de 2012.



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.

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.

22. Para melhor entendimento da matéria, trago à baila a ementa do mencionado julgamento (**MS 26547/DF**):

EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE. DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES,



MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. DELIBERAÇÃO DO TCU, QUE, AO DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, JUSTIFICOU, EXTENSAMENTE, A OUTORGA DESSE PROVIMENTO DE URGÊNCIA. PREOCUPAÇÃO DA CORTE DE CONTAS EM ATENDER, COM TAL CONDUTA, A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PERTINENTE À NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ESTATAIS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CUJO ÂMBITO TERIAM SIDO OBSERVADAS AS GARANTIAS INERENTES À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW". DELIBERAÇÃO FINAL DO TCU QUE SE LIMITOU A DETERMINAR, AO DIRETOR-PRESIDENTE DA CODEBA (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA), A INVALIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO CELEBRADO COM A EMPRESA A QUEM SE ADJUDICOU O OBJETO DA LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 71, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO. APARENTE OBSERVÂNCIA, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NO CASO EM EXAME, DO PRECEDENTE QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU A RESPEITO DO SENTIDO E DO ALCANCE DESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL (MS 23.550/DF, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE). INVIABILIDADE DA CONCESSÃO, NO CASO, DA MEDIDA LIMINAR PRETENDIDA, EIS QUE NÃO ATENDIDOS, CUMULATIVAMENTE, OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DE SEU DEFERIMENTO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida cautelar, impetrado contra deliberação, que, emanada do E. Tribunal de Contas da União (Processo TC-008.538/2006-0), acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 35/36):



"SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. REALIZAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO EM CERTAME LICITATÓRIO. AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL PRÉVIO À ABERTURA DO CERTAME. EDITAL DE CONCORRÊNCIA COM CLÁUSULAS RESTRITIVAS AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. INFRINGÊNCIA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS. INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS LEGAIS RELATIVAS A PROCESSO DE OUTORGA DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. INADEQUABILIDADE DOS ESTUDOS DE VIABILIDADE. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME E DO CONTRATO. MULTA.

1. A modalidade operacional a ser aplicada a cada desestatização deve ser previamente aprovada pelo Conselho Nacional de Desestatização - CND, nos termos da Lei 9.491/97.

2. O programa de arrendamento das áreas e instalações portuárias deve ser elaborado atendendo às suas destinações específicas, de acordo com o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto que contém as áreas objeto de arrendamento, nos termos do Decreto 4.391/02.

3. Os processos de arrendamento de áreas e instalações portuárias cujos valores gerem receita mensal superior a R\$ 50.000,00 sujeitam-se à fiscalização, prévia ou concomitante, do Tribunal de Contas da União, nos moldes previstos na IN TCU 27/98, alterada pela IN TCU 40/02, ante o disposto no Decreto 4.391/02.

4. O processo licitatório e a celebração do contrato de arrendamento de áreas e instalações portuárias depende de prévio licenciamento do órgão ambiental competente,



nos termos da Lei 8.630/93, da Resolução Antaq 55/02 e da Resolução Conama 237/1997.

*5. A identificação de graves irregularidades na fiscalização de procedimento licitatório **enseja a fixação de prazo à entidade para que adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, objetivando a anulação de contrato** celebrado em decorrência de certame impugnado, bem como a aplicação de multa aos responsáveis."(Acórdão nº 2338/2006, Rel. Min. AUGUSTO NARDES – grifei) (destaques nossos)*

23. Está claro, portanto, que no exercício do controle externo da Administração Pública, os Tribunais de Contas possuem o poder de adotar medidas cautelares urgentes, com o objetivo de evitar eventuais prejuízos ao patrimônio público ou violação irreparável aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública.

24. Somente em caso de total descumprimento da determinação proferida pelo Tribunal de Contas é que este deverá provocar o Poder Legislativo para, assim, sustar definitivamente o contrato eivado de ilegalidade, nos termos do art. 71, § 1º, da Constituição Federal.

25. A Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Mato Grosso (Lei Complementar nº 269/2007) dispõe expressamente sobre a concessão de medidas cautelares em seu art. 83, *verbis*:

Art. 83 As medidas cautelares previstas no artigo anterior, desde que se configure ato de improbidade, são:

I. afastamento temporário do titular do órgão ou entidade;

II. indisponibilidade de bens;



- III. sustação de ato impugnado ou suspensão de procedimentos;*
IV. outras medidas inominadas de caráter urgente.

26. O inciso IV do art. 83 trata da adoção de **quaisquer medidas cautelares de caráter urgente**, ou seja, as chamadas “**medidas cautelares inominadas**”, que estão inseridas no “Poder Geral de Cautela” das Cortes de Contas, com amparo no “Princípio dos Poderes Implícitos” reconhecido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

27. Por fim, cumpre reiterar que a medida cautelar proferida pelo Excelentíssimo Conselheiro Antonio Joaquim e homologada pelo Egrégio Tribunal Pleno **encontra total amparo no ordenamento jurídico nacional**, vez que ancorada na competência prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal; no art. 83 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Mato Grosso e na jurisprudência consolidada no Excelso Supremo Tribunal Federal.

B.2) DA ILEGALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO

28. A contratação de instituição financeira pelo Poder Público sem a realização do devido processo licitatório **é nula de pleno direito**, sendo os contratantes passíveis de responsabilização administrativa, civil e criminal.

29. A **única hipótese constitucionalmente aceita** de possibilidade de **dispensa de licitação para a contratação de instituição financeira pelo Poder Público** é para o depósito das



“**disponibilidades de caixa**”, nos termo do art. 164, § 3º, da Constituição Federal.

30. Com efeito, o mencionado dispositivo constitucional reza que “*As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do poder público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei*”.

31. Desta forma, interpretando a regra constitucional, **qualquer outro serviço bancário** que não se encontra dentro do conceito de “**depósito de disponibilidade de caixa**” deve ser **obrigatoriamente contratado mediante prévio processo de licitação**, por se tratar de **atividade econômica** exercida em **regime de concorrência** por instituições públicas e privadas.

32. As instituições financeiras oficiais, sejam elas empresas públicas ou sociedades de economia mista, realizam atividade tipicamente econômica, objetivando lucros, motivo pelo qual estão subordinadas aos princípios constitucionais que regem a ordem econômica e financeira, dentre eles o princípio da livre concorrência, previsto no art. 170 da Carta Política, abaixo transcrito:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, **observados os seguintes princípios:***



(...)

IV – **livre concorrência**; (grifo nosso)

33. Os demais serviços prestados por instituições financeiras, como, por exemplo, o crédito da folha de pagamento dos servidores públicos deve ser contratado mediante licitação, sob pena de violação do art. 37, XXI, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. (...)

*XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as **obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;* (destaque nosso)

34. No caso em apreço o Contrato nº 10/2011, decorrente de dispensa de licitação, **não tem por objeto o depósito de disponibilidade de caixa** do governo do Estado de Mato Grosso, mas sim a prestação de serviços de gestão financeira dos recursos garantidores das reservas técnicas dos benefícios previdenciários de responsabilidade do regime próprio de previdência do Estado.

35. Segundo a obra “Vocabulário Jurídico”, do Prof. De Plácido e Silva², o verbete “disponibilidade” possui o conceito no âmbito econômico-financeiro:

² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 280.



Disponibilidade. Num conceito econômico e financeiro, exprime o vocábulo a soma de bens de que se pode dispor, sem qualquer ofensa à normalidade dos negócios de uma pessoa. Nesta acepção, é geralmente usado no plural: *disponibilidades*.

Indicam-se, por isso, *os recursos*, sejam em bens móveis ou imóveis, em títulos ou em dinheiro, que possam ser utilizados (vendidos, trocados, alienados), sem acarretar dificuldades a quem deles dispõe.

36. Em resumo, a disponibilidade de caixa do governo representa os recursos financeiros à disposição do Tesouro Estadual, para fazer frente às demandas governamentais.

37. Entretanto, no caso em apreço, **os recursos financeiros objeto do contrato não representam as disponibilidades de caixa do governo**, mas sim recursos específicos destinados à garantir as reservas técnicas dos benefícios previdenciários que, aliás, **o Estado não pode dispor ao seu talante**.

38. Não se tratando de recursos referentes às disponibilidades de caixa, o governo deve, obrigatoriamente, contratar a instituição financeira mediante regular processo licitatório, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal.

39. Pelas razões acima invocadas, o inconformismo do recorrente não deve prosperar, motivo pelo qual o recurso ordinário deve ser **conhecido**, mas **improvido**, mantendo-se a decisão atacada.



III – DA CONCLUSÃO

40. À vista do exposto, o **Ministério Público de Contas**, no exercício de suas atribuições institucionais, **manifesta:**

a) pelo **conhecimento** do presente recurso ordinário, por estarem presentes todos os pressupostos de admissibilidade recursal;

b) no mérito, pelo **improvemento**, mantendo-se integralmente o acórdão recorrido.

É o parecer.

Ministério Público de Contas, Cuiabá, 28 de março de 2011.

WILLIAM DE ALMEIDA BRITO JÚNIOR
Procurador de Contas