



PROCESSO : 26.407-5/2017

REPRESENTADOS : SECRETARIA DE ESTADO DE TRABALHO E ASSISTÊNCIA SOCIAL DE MATO GROSSO (SETAS/MT)
: MÔNICA CAMOLEZI DOS SANTOS MELO
: MAX RUSSI

REPRESENTANTES : SHOPPING DO CIDADÃO SERVIÇOS E INFORMÁTICA S.A.
: PLÍNIO RIPARI
: RICARDO RASERA

ADVOGADOS : PATRÍCIA DE OLIVEIRA GONÇALVES (OAB/MT 14.645)
: ÁLVARO LUIZ MIRANDA COSTA JUNIOR (OAB/DF 29.760)
: JORGE ULISSES MELO JACOBY FERNANDES (OAB/DF 6.646)
: MURILO QUEIROZ MELO JACOBY FERNANDES (OAB/DF 41.796)
: MURILLO BARROS DA SILVA FREIRE (OAB/MT 8.492)
: DARLÃ MARTINS VARGAS (OAB/MT 5300-B)

ASSUNTO : RECURSO DE AGRAVO – REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA

RELATOR : CONSELHEIRO INTERINO ISAIAS LOPES DA CUNHA

RAZÕES DO VOTO

30. Inicialmente, registra-se que a Concorrência Pública nº 1/2016, tipo técnica e preço, realizada pela Secretaria de Estado de Trabalho e Assistência Social de Mato Grosso (SETAS/MT), trata da concessão administrativa para implantação, gestão, operação e manutenção de sete unidades de atendimento “Ganha Tempo”, localizadas nos Municípios de Barra do Garças, Cáceres, Cuiabá, Lucas do Rio Verde, Rondonópolis, Sinop e Várzea Grande, a fim de ampliar o Programa “Ganha Tempo”.

31. Todos os documentos do procedimento licitatório em questão estão disponibilizados e podem ser consultados na página eletrônica da Secretaria de Estado de Trabalho e Assistência Social de Mato Grosso¹.

32. Para melhor compreensão, é imperioso destacar a ordem em que os

¹ <http://www.setas.mt.gov.br/-/8291872-ppp-ganha-tempo>



fatos relacionados ao procedimento licitatório e a Representação de Natureza Externa neste Tribunal se sucederam.

33. A fase externa do procedimento licitatório em questão foi iniciada em maio de 2016 com a publicação do edital.

34. Em 28/08/2017, posteriormente ao julgamento das propostas comerciais e divulgação do resultado final do certame, no qual consagrou-se vencedor o Consórcio Rio Verde Ganha Tempo, a licitante Shopping do Cidadão e Informática S.A. protocolou a presente Representação de Natureza Externa neste Tribunal, com pedido de liminar, a fim de suspender o certame, em razão de supostas irregularidades na fase de habilitação, no julgamento dos Fatores de Pontuação nº 4, 5 e 12, bem como nos custos e exequibilidade da proposta comercial do Consórcio Rio Verde Ganha Tempo.

35. O Consórcio Rio Verde Ganha Tempo, licitante vencedor, foi convocado para assinar o instrumento contratual em 13/09/2017.

36. Em 04/10/2017, após analisar os argumentos e documentos da representante, proferi o Julgamento Singular nº 739/ILC/2017, divulgado no Diário Oficial Eletrônico de Contas de 09/10/2017, por meio do qual admiti a presente Representação e indeferi a medida cautelar.

37. Em 10/10/2017, a Secretaria de Estado de Trabalho e Assistência Social de Mato Grosso e o Consórcio Rio Verde Ganha Tempo assinaram o Contrato nº 67/2018, decorrente da Concorrência Pública nº 01/2016. Nessa mesma data, inconformada com o indeferimento da medida cautelar, a Representante interpôs Recurso de Agravo, o qual é o objeto do atual exame.

38. No dia seguinte (11/10/2017), a Secretaria Estadual emitiu a Ordem de Serviço nº 01/SETAS/PPP/2017, autorizando a Concessionária a iniciar a execução do contrato de concessão administrativa.



39. Vale frisar que o Shopping do Cidadão Serviços e Informática S.A. interpôs Recurso de Agravo, com pedido de efeito suspensivo ativo, em face do Julgamento Singular nº 739/ILC/2017, que conheceu a Representação de Natureza Externa em face da Secretaria de Estado de Trabalho e Assistência Social de Mato Grosso e indeferiu a medida cautelar pleiteada para suspender a Concorrência Pública nº 1/2016.

40. Feitos esses esclarecimentos, passo a discorrer acerca da admissibilidade do Recurso de Agravo.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

41. Preliminarmente, no que tange à admissibilidade das espécies recursais, registro que o Regimento Interno deste Tribunal (RITCE/MT) incorporou os seguintes requisitos da Teoria Geral dos Recursos: cabimento, interesse, legitimidade, tempestividade e regularidade formal, os quais passo a examinar.

42. O artigo 270, inciso II, do RITCE/MT dispõe que caberá Agravo contra julgamentos singulares e decisões do Presidente deste Tribunal. Considerando que a presente peça recursal visa atacar decisão singular proferida por este Relator, não restam dúvidas acerca do seu cabimento.

43. De acordo com o §3º, do artigo 270, do RITCE/MT, o prazo de interposição de todas as espécies recursais é de 15 (quinze) dias, contados da publicação da decisão no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas.

44. No caso em tela, o Julgamento Singular nº 739/ILC/2017 foi publicado no Diário Oficial de 09/10/2017, sendo considerada como data de publicação o dia 10/10/2017 e a data final para interposição de recurso 25/10/2017, conforme certidão acostada nos autos (Doc. nº 281592/2017).

45. A peça recursal foi protocolada pelo Agravante em 10/10/2017 (Doc. nº 283450/2017), dentro do prazo estipulado, atestando-se a sua tempestividade.



46. A regularidade formal está veiculada no artigo 273 do RITCE/MT, o qual determina que (i) a petição de recurso deverá ser interposta por escrito; (ii) dentro do prazo regimental; (iii) com a qualificação indispensável à identificação do interessado, se não houver no processo original; (iv) contendo a assinatura por quem tenha legitimidade para fazê-lo; e (v) apresentação do pedido com clareza, inclusive e, se for o caso, com indicação da norma violada pela decisão recorrida e comprovação documental dos fatos alegados.

47. Voltando-se para a peça sob exame, nota-se que ela foi apresentada por escrito, com a devida qualificação, assinada pelos procuradores constituídos e o pedido apresenta-se com redação clara e compreensível.

48. Com relação ao interesse, não se pode negar que eventual decisão de suspensão do certame e de procedência da presente Representação é benéfica para o Agravante, já que ele questiona o procedimento licitatório do qual é participante, classificada em segundo lugar e possui pretensão de contratar com a Administração Pública.

49. Por fim, quanto à legitimidade, frisa-se que, no âmbito deste Tribunal, são autorizados a interpor recurso, **quem é parte** no processo principal originário e o Ministério Público de Contas, nos termos do §2º, do artigo 270, do Regimento Interno deste Tribunal.

50. Nesse contexto, é indispensável a análise dos institutos da denúncia e da representação previstos no ordenamento jurídico, decorrente do Princípio da Democracia adotado pela Constituição da República, a fim de assegurar a participação dos cidadãos no controle dos atos da Administração Pública. Esse controle, chamado de controle social, não se confunde com o controle externo desempenhado pelos Tribunais de Contas, nem com o jurisdicional exercido pelo Poder Judiciário. Explico:

51. De acordo com o artigo 1º, da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. O regime político brasileiro funda-se no Princípio Democrático, o qual requer a participação do povo (cidadão) e de suas organizações no processo político e na Administração Pública.



52. Segundo as lições de José Afonso da Silva², a democracia representativa, participativa e pluralista constituem princípios fundamentais do regime democrático.

53. A democracia representativa, em apertada síntese, consubstancia-se na garantia da participação popular no processo político, nos termos dos artigos 14 e 17 da Constituição Federal.

54. A democracia participativa, fundamentada no Princípio Participativo, caracteriza-se pela participação direta e pessoal do cidadão na formação das políticas públicas, constituindo efetivo mecanismo de controle da sociedade civil sob a Administração Pública, como por exemplo as hipóteses previstas nos artigos 10, 11, 31, §3º, 37, §3º, 74, §2º, 194, VII e 206, §1º, da Constituição Federal.

55. A democracia pluralista constitui-se no reconhecimento de uma sociedade pluralista, previsto no preâmbulo da Constituição Federal, e na preservação dessa pluralidade no sistema político (art. 1º, V, CF).

56. O modelo adotado pela Constituição Federal incorpora princípios da justiça social e do pluralismo, revelando uma democracia social, participativa e pluralista, conforme explica José Afonso da Silva³:

Os constituintes optaram por um modelo de democracia representativa que tem como sujeitos principais os partidos políticos, que vão ser os protagonistas quase exclusivos do jogo político, com temperos de princípios e institutos de participação direta dos cidadãos no processo decisório governamental. Daí decorre que o regime assume uma forma de democracia participativa, no qual encontramos participação por via representativa (mediante representantes eleitos através de partidos políticos, arts. 1º, parágrafo único, 14 e 17; associações, art. 5º, XXI; sindicatos, art. 8º, III; eleição de empregados junto aos empregadores, art. 11) e participação por via direta do cidadão (exercício direto do poder, art. 1º, parágrafo único; iniciativa popular, referendo e plebiscito, já indicados; participação de trabalhadores e empregados na administração, art. 10, que, na verdade, vai caracterizar-se como uma forma de participação por representação, já que certamente vai ser eleito algum trabalhador ou empregador para representar as respectivas categorias e, se assim é, não se dá participação direta, mas por via representativa; participação na administração da justiça pela ação

² Curso de Direito Constitucional Positivo, 23ª edição, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

³ Curso de Direito Constitucional Positivo, op.cit.



popular; participação na fiscalização financeira municipal, art. 3, §3º; participação da comunidade na seguridade social, art. 194, VII; participação na administração do ensino, art. 206, VI).

57. A previsão de instrumentos na Constituição Federal que assegurem a participação dos cidadãos é fundamental para o estabelecimento de um regime político e uma gestão democráticos.

58. A gestão democrática apenas é possível com a garantia da participação popular, a qual consiste não só na disponibilização de informações para o acompanhamento das ações governamentais, como também na criação de instrumentos para que o cidadão possa participar das decisões e do controle dos atos da Administração Pública.

59. Nessa vertente, o comando contido no artigo 74, §2º, da Constituição Federal, assegura aos cidadãos e suas entidades representativas o direito de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante os Tribunais de Contas, como um dos instrumentos de controle social da Administração Pública e, por consequência, perfaz a democracia participativa.

60. Partindo da perspectiva do Direito Constitucional e adentrando o Direito Administrativo, essa participação do cidadão é denominada de controle social, o qual juntamente com o controle interno e externo contemplam uma das classificações doutrinárias das modalidades de controle.

61. De forma resumida, o controle interno é aquele realizado pelo próprio órgão sobre seus atos; o controle externo é o executado por outro órgão que não integra a estrutura organizacional controlada; e o controle social, como já dito, é o exercido pela sociedade, pelos cidadãos.

62. Nas palavras de Evandro Martins Guerra⁴, o controle da Administração Pública é a possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros Poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção gerencial de um Poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme aos modelos desejados e

⁴ Os controles externo e interno da Administração Pública. 1. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.



anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática.

63. O controle externo exercido pelos Tribunais de Contas está previsto nos artigos 70 a 74 da Constituição Federal e, diferentemente do controle social, visa à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

64. A Constituição Federal, ao tratar da integração dos três tipos de controles, no artigo 74, dispõe no §1º, que é obrigação dos responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilidade solidária. Em seguida, o §2º da Lei Maior legitima o cidadão, partido político, associação e sindicato para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.

65. Os dispositivos acima demonstram que os controles devem atuar de forma integrada, a fim de garantir a eficiência e eficácia no controle da administração pública.

66. Nesse sentido, Márcio Ferreira Kelles⁵ cita as palavras do Conselheiro do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, Hélio Saul Mileski para explicar a diferença dos controles:

Portanto, na atualidade, consoante o Estado Democrático de Direito em que se constitui o Estado brasileiro, nos termos da Constituição e da legislação infraconstitucional, é possível a prática do controle social sobre os atos da Administração Pública, direcionando-se também para os aspectos de política fiscal, sendo a transparência e a participação elementos fundamentais para o seu exercício, uma vez que envolvem princípio legal que proporciona ao cidadão em geral condições efetivas de participação e fiscalização no processo orçamentário, dando-lhe condições para propor, acompanhar, avaliar e controlar a ação dos Gestores Públicos.

No entanto, **o controle social exercido pelo cidadão não se esgota em si mesmo, nem possui a função de substituir o controle oficial regulado constitucionalmente. O controle social é complementar ao controle oficial e depende deste último para ter eficácia. O controle social, para fazer valer as suas constatações contra irregularidades praticadas pelo Poder Público, deve buscar a própria Administração**

⁵ Controle da Administração Pública democrática: Tribunal de Contas no controle da LRF. Belo Horizonte: Fórum, 2007.



para correção das falhas encontradas, representar aos integrantes do sistema de controle interno, denunciar fatos ao Tribunal de Contas ou representante do Ministério Público. (grifei)

67. Seguindo o comando constitucional e acentuando a competência dos Tribunais de Contas para efetuar o controle externo dos atos e contratos administrativos, o artigo 113, §1º, da Lei nº 8.666/93, assegura ao licitante o direito de representar ao Tribunal de Contas contra irregularidades, consoante abaixo:

§ 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.

68. Apesar dos dispositivos constitucionais e legais supracitados assegurarem ao denunciante ou representante o direito de comunicarem irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas, a fiscalização delas será efetuada por meio de procedimentos específicos de controle externo e de acordo com as regras regimentais dos Tribunais de Contas.

69. Neste sentido, o artigo 219, §2º, do RITCE/MT dispõe de forma expressa que a **participação dos denunciantes e representantes se encerra com a apresentação da própria denúncia ou representação de natureza externa**. Logo, o denunciante ou representante não é parte nos autos e não possui poderes processuais para atuar nos autos.

70. Da análise dos autos, verifico que o Agravante não é parte e, por consequência, não possui legitimidade para propor o presente recurso, seja porque o próprio Regimento Interno negou-lhe essa condição, seja porque a natureza dos processos de controle externo não comporta a defesa de direitos e interesses privados.

71. Portanto, o simples ato de denunciar ou representar não confere ao denunciante ou representante a condição de parte ou legitima o exercício de faculdades processuais, consoante verifica-se da jurisprudência deste Tribunal de Contas:

ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 1º, XVI, da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica



do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), c/c o artigo 30-E, XIII, § 1º, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), por unanimidade, acompanhando o voto da Relatora e de acordo com o Parecer nº 1.840/2018 do Ministério Público de Contas, em tornar sem efeito o Julgamento Singular constante do documento digital nº 32.785-5/2017 e NÃO CONHECER o Recurso de Agravo constante do documento nº 33.449-9/2017, interposto pela empresa Verde Transportes Ltda., por intermédio da Sra. Carolina Neumann Pinheiro – administradora, neste ato representada pelo procurador Max Willian de Barros Lima, em face do Julgamento Singular nº 792/JJM/2017, que julgou extinta, sem análise do mérito, a Representação de Natureza Externa formulada em desfavor da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística, gestão do Sr. Marcelo Duarte Monteiro, e da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso, gestão, à época, do Sr. Eduardo Alves de Moura, sendo o Sr. Fábio Calmon – atual presidente que realizou sustentação oral em sessão plenária, em face da ausência do requisito estabelecido no artigo 273, IV, da Resolução nº 14/2007, conforme fundamentos constantes no voto da Relatora.

(Acórdão nº 330/2018, Plenário, rel. Conselheira Interina Jaqueline Jacobsen, divulgado na edição de 05/09/2018 do Diário Oficial de Contas, Processo nº 109410/2017)

Decisão nº 281/WJT/2016

Trata este processo de recurso ordinário interposto pela empresa Globaltask Tecnologia e Gestão S/A, representada pelo sócio e administrador - Joelcio Colombo Júnior (procuradores constituídos nos autos, Dr. Fábio Luis de Mello Oliveira – OAB/MT nº 6.848; Dr. Thiago Affonso Diel – OAB/MT nº 19.144 e outros), contra decisão do e. Tribunal Pleno, Acórdão nº 52/2015-TP.

Conforme o artigo 277, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas efetuei o juízo de admissibilidade da presente peça recursal.

Quanto ao recurso em exame temos que:

- a) Cabimento: verifica-se que o recurso interposto está adequado às previsões contidas nos artigos 67, caput, da Lei Complementar nº 269/2007 c/c o art. 270, inciso I, do Regimento Interno do TCE/MT, uma vez que foi interposto por escrito, contra acórdão do Tribunal Pleno, e dirigido à autoridade competente.
- b) Tempestividade: verifica-se que a peça recursal foi protocolada em 18/3/2016 ou seja, dentro do prazo de 15 (quinze) dias estipulado no RITCE/MT. Posto isso, concluo que o recurso ora analisado é tempestivo, tendo em vista que a data final para interposição de recurso era até o dia **21/3/2016**, conforme certidão constante nos autos.
- c) Legitimidade: constata-se que a recorrente **não** tem legitimidade para recorrer, nos termos do § 2º, do art. 270 do RITCE/MT, tendo em vista que o § 2º, do artigo, 219, da Resolução Normativa nº 14/2007 – Regimento Interno deste Tribunal de Contas, dispõe que “nos processos de denúncia ou representação, a participação do denunciante ou representante cessa com a apresentação da denúncia ou representação.”

Como se vê da decisão recorrida, a empresa recorrente não foi parte no processo principal, e muito menos sofreu alguma espécie de sanção direta decorrente da decisão, que a habilitaria a intervir como terceira interessada. Por outro lado, há explícita regra regimental a qual dispõe



que a participação do representante cessa com a apresentação da representação, o que a torna ilegítima para recorrer neste caso.

Diante do exposto, e tendo em vista, sobretudo, que a peça recursal descumpra o requisito de legitimidade, tendo em vista que a empresa recorrente não foi parte no processo principal e a participação do representante cessa com a apresentação da representação, o que contraria os critérios de admissibilidade impostos pelo Regimento Interno, **DECIDO pelo não conhecimento** do recurso ordinário, por ausência de legitimidade da recorrente, com base nos artigos 219, § 2º e 270, § 2º, ambos da Resolução Normativa nº 14/2007 – Regimento Interno do TCE-MT.

(Decisão nº 281/WJT/2016, rel. Conselheiro Waldir Júlio Teis, divulgado na edição de 24/03/2016 do Diário Oficial de Contas, Processo nº 194751/2015)

ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 1º, XV, da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), por unanimidade, acompanhando o voto do Relator e contrariando o Parecer nº 1.146/2015 do Ministério Público de Contas em, preliminarmente, **tornar sem efeito** o juízo de admissibilidade positivo proferido, constante do documento nº 83802/2014; e, com base no artigo 219, §2º da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), **NÃO CONHECER** dos Embargos de Declaração, opostos pela Empresa Grifort Indústria e Serviço de Apoio e Assistência à Saúde Ltda., neste ato representada pelo procurador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes – OAB/DF nº 6.546 e outros, em face da decisão proferida por meio do Acórdão nº 461/2014-TP, face a vedação regimental, conforme consta nas razões do voto do Relator, restando prejudicada a análise de mérito. Após as anotações de praxe, arquivem-se os autos.

(Acórdão nº 3.010/2015, Plenário, rel. Conselheiro Sérgio Ricardo, divulgado na edição de 17/07/2015 do Diário Oficial de Contas, Processo nº 44504/2012)

72. Esse é o mesmo entendimento encampado pelo Tribunal de Contas da União, conforme verifica-se a seguir:

(...) Conforme ricamente demonstrado pela unidade instrutora, esta Corte tem posição serena no sentido de não reconhecer o denunciante como parte interessada no processo de denúncia ofertada, como regra geral. Por esse motivo, reputo adequada e não passível de modificação a decisão contida no acórdão recorrido, no sentido de não admitir o denunciante como interessado, o que afasta a legitimidade para interpor o presente recurso.

Há inúmeros precedentes jurisprudenciais nessa linha, a exemplo dos Acórdãos 320/2006, 2.323/2006, 139/2007, 1.855/2007, 519/2008, e 649/2008, 1.218/2008, 2.632/2008, 923/2010, 1.430/2010, 1.793/2010, 2.627/2010, 3.327/2010, 88/2011, 161/2011, 257/2011 e 1.881/2014, do Plenário; os Acórdãos 4.423/2009, 2.389/2010, 3.793/2010, 5.057/2010 e 48/2011, da Primeira Câmara; e os Acórdãos 3.003/2010, 3.037/2010, 3.200/2010, 4.073/2010, 7.317/2010, 206/2011 e 383/2011, da Segunda Câmara.



Apenas em casos excepcionais o Tribunal reconhece razão legítima para intervir no processo, a qual deve ser demonstrada de forma clara e objetiva (Acórdão 773/2004-TCU-Plenário). Tal condição não restou demonstrada pelo ora recorrente, já que sua irresignação se restringe a repetir argumentos esposados em momentos anteriores nestes autos.

(Acórdão nº 1955/2017, Plenário, rel. Min. Bruno Dantas)

(...) "Considerando que, irresignado, o denunciante interpôs recurso (peça 24), que não foi conhecido como pedido de reexame por ausência de legitimidade do recorrente, conforme o Acórdão 2.551/2015-TCU-Plenário (peça 20).

Considerando que neste momento, o responsável ingressa com o expediente que ora se analisa (peça 25), com o objetivo de impugnar mais uma vez os termos da deliberação que julgou a denúncia improcedente no âmbito deste Tribunal.

Considerando que o requerente não é parte nos autos, não possuindo legitimidade para atuar nesta seara recursal, conforme dispôs o Acórdão 2.551/2015-TCU-Plenário. Por esta razão, seu anterior recurso não foi conhecido.

Considerando que, o não conhecimento do anterior pedido de reexame do requerente resultou na preclusão consumativa estabelecida no artigo 278, §§ 3º e 4º, do Regimento Interno do TCU.

Considerando que, de acordo com os normativos desta Corte, face ao trânsito em julgado da decisão proferida nos autos, não se vislumbra possível conhecer de novo expediente apelativo no presente caso.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, por unanimidade, com fundamento nos arts. 143, IV "b" e 278, do RI/TCU; em:

a) receber a peça como mera petição e negar seguimento do pleito, em razão da ausência de legitimidade do requerente, da preclusão consumativa e do disposto no artigo 278, §§ 3º e 4º, do Regimento Interno do TCU, e nos termos do art. 50, § 4º, da Resolução-TCU 259, de 7 de maio de 2014; negar o seu seguimento

b) à unidade técnica de origem, dar ciência ao peticionário e aos órgãos/entidades interessados do teor deste Acórdão.

(Acórdão nº 1617/2016, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro)

(...) "Considerando que, na decisão anterior, o Tribunal julgou a presente denúncia improcedente, ao considerar que os gastos incorridos pelo Conselho Tutelar da Ordem do Mérito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios com as respectivas condecorações era materialmente irrelevante em face do montante total de despesas do órgão, bem como por ser a escolha dos agraciados, mesmo que posteriormente condenados pela Justiça, assunto inserto na órbita da discricionariedade do administrado;

Considerando que, conforme a processualística adotada por esta Corte de Contas, o denunciante não é, a princípio, considerado parte processual, não estando, portanto, automaticamente legitimado para intervir no processo após o impulso original;

Considerando que a peça recursal apenas expressa inconformismo com o entendimento adotado pelo TCU, não demonstrando a existência de fato que adentre a esfera de direitos subjetivos do denunciante, capaz de justificar seu reconhecimento como parte interessada;

Considerando que a Serur propôs não conhecer do recurso, haja vista a ausência de legitimidade do recorrente.



GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO

Isaias Lopes da Cunha
Telefones: (65) 3613-7536
e-mail: gab.isaiaslopes@tce.mt.gov.br

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, com fundamento nos arts. 32, 33 e 48 da Lei 8.443/1992 e no art. 5º, § 1º, da Resolução TCU 254/2013, em:

- 8.1. não conhecer do presente pedido de reexame, por ausência de legitimidade do recorrente;
- 8.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente, com o envio da respectiva instrução; e
- 8.3. classificar este acórdão como público.”

(Acórdão nº 2551/2015, Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro)

(...) **“É que se reconhece, pacificamente na Casa, que o papel do representante, tal como o do denunciante, é apenas o de provocar a atuação fiscalizadora da Corte, a quem compete, a partir daí, prosseguir com as averiguações, com base no princípio do impulso oficial** (v.g. Acórdãos nºs 1.615/2011, 370/2011, 87/2011, 2.873/2010, 1.617/2010, 1.090/2010, 1.218/2008, 649/2008, 139/2007, 2.323/2006, do Plenário e 8.071/2010 e 5.562/2010, da 1ª Câmara).

Assim, a finalidade da representação e da denúncia não é a tutela de interesse subjetivo próprio ou de terceiros, mas sim a defesa da administração pública e a correta aplicação de dispositivos normativos.

Acrescente-se que o §1º do art. 113 da Lei nº 8.666/1993, ao facultar a qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica representar ao Tribunal de Contas ou ao controle interno, deixa claro, em sua parte final, que o objetivo de tal faculdade é subsidiar a ação de controle exercida por aqueles órgãos fiscalizadores, prevista no caput do mencionado artigo.

Não há, pois, que se falar em necessidade de interesse e de legitimidade da autoria quando se trata de representação, o que afasta, conseqüentemente, a incidência dos dispositivos do CPC mencionados pelos recorrentes.” (grifei)

(Acórdão nº 2341/2011, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes)

(...) “6. A interposição de recursos, de modo geral, fundamenta-se no princípio constitucional da ampla defesa, que encontra-se igualmente consagrado no art. 31 da Lei nº 8.443/92.

7. Tal exercício (de ampla defesa) foi disciplinado recentemente nesta Casa por intermédio da Resolução nº 036, de 30.08.95, que estabeleceu, em seu artigo segundo, que são partes no processo o responsável e o interessado, não incluindo dentre os últimos os autores de denúncia. A mencionada norma definiu como interessado todo aquele que, “em qualquer etapa do processo, tenha reconhecida (...) razão legítima para intervir no processo ou na possibilidade de lesão a direito subjetivo”, o que não ocorre com o denunciante.

8. Carece o reclamante, portanto, de legitimidade ativa para postular a alteração da mencionada Decisão nº 231/94 - TCU - Plenário.

9. Tal, contudo, não significa dizer que os elementos complementares remetidos pelo Sr. Ricardo Izar simplesmente escaparão à análise desta Casa. Ao contrário, os documentos remetidos foram objeto de análise pela SECEX-RJ e pelo Ministério Público, e poderão ser considerados como elementos adicionais, quando do exame final de mérito das contas.”

(Acórdão nº 35/1996, Plenário, rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi)



73. Nessa vertente, destaco abaixo trechos do voto condutor do Acórdão nº 2.079/2012 – TCU – 1ª Câmara, o qual transcreve trechos do Acórdão nº 8071/2010–TCU-1ªCamarã, ambos do Ministro-Substituto Weder de Oliveira, que com propriedade elucida a questão:

9. O mero fato de a licitante ter representado perante esta Corte ilegalidades que entende ter sofrido em certame licitatório não pode ser admitido como razão suficiente para ingresso no processo como interessado, sob pena de transformar o instituto da representação em nova instância recursal administrativa, onde a representante virá defender seus direitos contra a Administração.

(...)

Entretanto, não se pode olvidar que o processo licitatório e a faculdade de representar não visam à tutela de interesses individuais, de forma a propiciar a revisão desses atos por esta Corte quando não ficar evidenciada a preponderância do interesse público.

Sobre o tema, repiso a lição de Diógenes Gasparini, com ajustes de forma:

'Atente-se que, nesse mesmo sentido e com maior amplitude, o §2º do art. 74 da Constituição Federal prevê essa faculdade, a ser exercitada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato na forma da lei. A representação mencionada no inciso II do art. 109 da Lei federal 8.666/1993 é recurso, enquanto a referida no §1º do art. 113 dessa mesma lei é mera denúncia, tal qual está consignado no §2º do art. 74 da Lei Maior. Mediante aquela quer-se uma revisão do ato, decisão ou comportamento da autoridade recorrida, ao passo que, por esta, deseja-se a legalidade e moralidade dos atos, decisões e comportamentos denunciados e, evidentemente, a nulidade da medida irregular, ilegal ou imoral e a punição dos responsáveis, observado, sempre, o interesse público. Não se está pela denúncia, pelo menos em tese, buscando a revisão de qualquer dos atos, decisões ou comportamentos denunciados com o fito de atender aos interesses do denunciante, uma vez que esse não é o objetivo de tal faculdade, nem o Tribunal de Contas da União tem poderes para tanto.' (Gasparini, Diógenes. Direito Administrativo. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p.696)

7. Incumbir o TCU da análise dos atos administrativos praticados num processo licitatório, nos quais não se sobressaia o interesse público tem, na prática, o efeito de transformá-lo em nova instância recursal dos certames instaurados nos diversos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, o que não encontra respaldo no direito pátrio.

(...)

9. A jurisprudência desta Corte de Contas é pacífica no sentido de que o patrocínio de interesses particulares não está afeto às suas competências, conforme Decisões TCU s 209/1999, 823/1999, 657/2000, 125/2001 e 1438/2002, todas do Plenário, razão pela qual a representação em tela não deve ser conhecida." (grifei)

(...)

13. O segundo equívoco é que a instância a que deve socorrer-se a



licitante para litigar com a Administração visando rechaçar ilegalidades contra ela perpetradas em processo licitatório é o Poder Judiciário, e não o Tribunal de Contas da União, ao qual as ilegalidades podem (e devem) ser noticiadas pelo licitante para o exercício do controle externo dos atos da Administração Pública, ação diversa da exercida pelo Poder Judiciário em sua função de dirimir disputas entre partes.

14. Nessas condições, a pretensão da representante para ingressar no processo e exercer faculdades processuais, tais como realizar sustentação oral e recorrer de decisões desfavoráveis, teria que estar inserida em razão de ordem pública, ou fundada em eventual prejuízo que lhe teria sido causado diretamente pela decisão recorrida, mas nenhum desses quesitos é identificável em seu recurso, que, apenas, remete a argumentos carreados em seus pedidos e em sua representação.

15. No caso concreto, na mesma linha adotada por este Tribunal nos Acórdãos 1615/2011-TCU-Plenário e 9239/2011-TCU-1ª Câmara, os elementos trazidos na representação são regimentalmente analisados e apreciados nesta proposta de deliberação, com vistas à proteção ao interesse público, razão pela qual a atuação deste Tribunal em relação ao teor da representação e ao representante, cujo interesse é subsidiário ao interesse público primário que impulsiona os processos desta Corte, resta exaurida.

74. Essa restrição também decorre da natureza do processo administrativo, pois, como ensina Cretella Junior⁶ “tanto no processo penal como no processo administrativo a relação não se dá entre dois particulares, mas entre Estado e o administrado, particular ou funcionário público, acusado ou indiciado”. Em seguida, Mileski⁷ enfatiza que “do mesmo modo que o processo administrativo, no processo de fiscalização não há partes na forma conceituada pelo processo civil, mas sim a figura do fiscal (o Tribunal de Contas) e do fiscalizado”.

75. Ao final, o Conselheiro Helio Mileski arremata que no processo de fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, a relação jurídica processual que se estabelece entre o Tribunal de Contas e os administradores e demais responsáveis pelos diversos órgãos e entidades públicas também propicia o surgimento de direitos e obrigações para ambas as partes.

76. O processo de fiscalização ou de controle externo possui natureza completamente diversa dos processos judiciais, nos quais há incidência da Teoria Triangular, originária do doutrinador Oskar Von Bulow, em que o processo é visto como uma relação

⁶ *Apud* MILESKI, Helio Saul. **O Controle da Gestão Pública**. 2ª ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 398.

⁷ *Idem*, *idem*, p. 399



jurídica de natureza triangular que se estabelece entre o juiz, autor e réu. Além disso, os direitos tutelados nas ações judiciais possuem natureza privada, isto é, pertencem às partes que compõe essa relação jurídica.

77. Nos processos administrativos afetos ao controle externo há apenas uma relação entre o órgão de controle e o órgão controlado, com vistas à tutela do direito público primário, qual seja, o interesse social, da coletividade como um todo, dos objetivos do Estado consubstanciados no texto constitucional.

78. Desse modo, ao receber uma Denúncia ou Representação, o órgão de controle externo procederá a sua apuração sob o prisma da legalidade, legitimidade e economicidade do ato ou contrato administrativo e não do interesse particular do denunciante ou representante, consoante lições do doutrinador Marçal Justen Filho⁸:

“É imperioso ter em vista sempre que os Tribunais de Contas não são órgãos jurisdicionais, o que significa que **a destinação de sua existência não consiste em compor litígios nem de dizer o direito para o caso concreto**. Essa advertência é relevante porque os Tribunais de Contas exercitam atividade de controle e o exercício dessa competência pode importar efeitos jurídicos similares às decisões proferidas pelo Estado no exercício da função jurisdicional.”

79. Assim, na seara do controle externo, não há partes litigantes, ou seja, pessoas que disputam interesses próprios e contrapostos em um processo. Por isso, o Regimento Interno deste Tribunal, aprovado pela Resolução Normativa nº 14/2007, disciplina a relação processual utilizando vez ou outra a denominação de “interessado”, “parte interessada”, “gestor interessado” ou simplesmente parte, vejamos:

Art. 39. A lista dos processos que constituirão a pauta da sessão plenária deverá ser encaminhada à Secretaria Geral do Tribunal Pleno pelo gabinete do respectivo Relator com antecedência mínima de 06 (seis) dias úteis, dela constando o número do protocolo do processo, **a parte interessada** e o assunto a que se refere, por ordem de prioridade de inclusão na pauta, devendo ser submetida à homologação do Presidente do Tribunal em até 72 (setenta e duas) horas antes da respectiva sessão. (Nova redação do caput do artigo 39 dada pela Resolução Normativa nº 32/2012).

(...)

§ 3º. O Relator poderá disponibilizar ao **gestor interessado**, por meio eletrônico, no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas antes da sessão de

⁸ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos - 16ª ed. rev., atual. e ampl. São paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014.



julgamento, o relatório de análise da defesa das suas contas anuais, desde que o gestor cadastre seu endereço eletrônico para esse fim. (Nova redação dos §§ 2º e 3º, do artigo 39 dadas pela Resolução Normativa nº 32/2012).

(...)

Art. 40. (...)

§ 2º. Se na sessão estiverem presentes os **interessados** e/ou seus procuradores, a eles serão disponibilizados pela Secretaria Geral do Tribunal Pleno, sempre que solicitados, os relatórios e pareceres respectivos, desde que comprovada a condição de parte ou de procurador constituído, dispensada a juntada de procuração quando representado e representante estiverem presentes. (Nova redação do § 2º do artigo 40 dada pela Resolução Normativa nº 19/2015).

(...)

Art. 45-B. As **partes** ou seus procuradores poderão manifestar-se de forma eletrônica antes do início da sessão virtual, enviando arquivos eletrônicos nos formatos texto, áudio e vídeo.

(...)

Art. 46. (...)

§ 2º Na apreciação e julgamento dos processos será respeitada a ordem estabelecida na pauta e a ordem de antiguidade dos Conselheiros e dos Conselheiros Substitutos, salvo pedido de preferência, inversão ou adiamento devidamente justificado, efetuado pelo próprio Relator, pela **parte** ou por seu procurador presente à sessão, cujo deferimento competirá ao Presidente.

(...)

Art. 49. Na apreciação ou julgamento dos processos em pauta, a discussão será iniciada após a leitura da síntese do relatório pelo Relator ou por seu substituto, se for o caso, com a sustentação oral da **parte interessada** ou do procurador constituído, e da manifestação oral do representante do Ministério Público de Contas. (grifei)

80. O Tribunal de Contas da União (TCU), no art. 2º, da Resolução nº 36/1995, considera parte no processo apenas o responsável e o interessado, nos seguintes termos:

Art. 2º São partes no processo o responsável e o interessado.

§ 1º **Responsável** é aquele que figure no processo em razão da utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, ou por ter dado causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário.

§ 2º **Interessado** é aquele que, em qualquer etapa do processo, tenha reconhecida, pelo Relator ou pelo Tribunal, razão legítima para intervir no processo ou na possibilidade de lesão a direito subjetivo próprio. (grifei)

81. Observo que o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso adota as expressões “interessados”, “partes interessadas” ou “partes” como sinônimo de responsáveis pelos atos administrativos de gestão dos recursos públicos.



82. Isso posto, o representante ao comunicar irregularidades nos procedimentos licitatórios, trazendo fatos, provas e indícios de ilegalidade, exerce a função de colaborador do Tribunal de Contas, com o intuito preservar o interesse público primário e, ao mesmo tempo, auxiliar a fiscalização da gestão dos recursos públicos.

83. A figura do representante nos processos de controle externo pode ser comparada ao assistente de acusação no Processo Penal, o qual não é considerado parte, mas sim auxiliar do Ministério Público, podendo se manifestar, propor meios de prova, arrazoar recursos interpostos pelo Ministério Público. Todavia, a legislação não lhe confere legitimidade para se utilizar de forma ordinária e independente todas as modalidades recursais.

84. Com efeito, a colaboração de licitante, na condição de representante, é essencial e relevante para fiscalização dos atos e contratos administrativos porque a atividade de controle deve observar o princípio básico do custo-benefício, por isso, o trabalho de controle externo, em regra, é feito por técnicas de amostragem, utilizando-se de critérios de relevância, materialidade e risco.

85. Por exemplo, no Estado de Mato Grosso há muitos procedimentos licitatórios que são realizados semanal ou mensalmente pelos órgãos e entidades públicas estaduais e municipais. Todavia, por obediência ao Princípio do Custo-benefício do Controle, a estrutura administrativa e os recursos humanos e financeiros do Tribunal de Contas não são suficientes (e nem deveriam ser) para examinar todos os certames de forma prévia, concomitante ou a posteriori.

86. Dessa forma, a condição do representante perante o órgão de controle externo é de colaborador, não de parte ou interessado, cuja participação encerra-se com o protocolo da representação, com a finalidade de aferir a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos de gestão dos recursos públicos, convergindo esforços na proteção do interesse público primário.

87. Ademais, o Código de Processo Civil não só veicula essa possibilidade, como também impõe a necessidade do terceiro demonstrar a lesão ao seu direito, conforme



se depreende da leitura seu artigo 996, vejamos:

Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica.

Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.

88. Nesse diapasão, este entendimento não exclui a possibilidade de terceiro prejudicado, isto é, daquele que tem o seu direito diretamente lesado por deliberação desta Corte de Contas de interpor eventual e competente recurso. É o caso, por exemplo, de deferimento de liminar em processo de representação concedida *inaudita altera partes* para suspender a execução de determinado contrato, cabendo ao contratado, que teve seu direito diretamente afetado pela decisão, interpor recurso e integrar a relação processual como terceiro interessado.

89. No caso sob análise, cabe pontuar que o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso atua como órgão controlador e a Secretaria de Estado de Trabalho e Assistência Social de Mato Grosso como órgão controlado e o objeto a ser examinado é a regularidade da Concorrência Pública nº 1/2016.

90. Os fatos apontados como irregulares pelo Representante, ora Agravante, no procedimento licitatório em questão serão devidamente apurados por este Tribunal. Todavia, por impulso oficial e dentro das regras regimentais desta Corte de Contas.

91. Analisando a peça recursal, no tópico relativo à admissibilidade (fl. 3, Doc. nº 283456/2017), verifica-se que o Agravante parte do princípio de que é parte legítima nos autos, sem apresentar qualquer razão legítima para intervir nos autos, revelando o seu simples inconformismo em não ter o seu pleito acautelatório atendido.

92. Diante de exposto, acolho o Parecer Ministerial e **VOTO** no sentido de não admitir o Recurso de Agravo interposto pelo Shopping do Cidadão Serviços e Informática S.A por ausência de legitimidade e de interesse público nas suas pretensões,



vez que o Representante não é parte neste tipo de processo e este Tribunal não é o foro legítimo para tutelar interesses privados.

EXAME DOS REQUISITOS AUTORIZADOS DA MEDIDA CAUTELAR

93. Superado esse ponto, passo a discorrer estritamente acerca dos requisitos autorizadores do pedido de cautelar, sob pena de invasão à matéria de mérito em momento inapropriado.

94. A medida cautelar visa assegurar a eficácia do processo, isto é, evitar que o transcurso do tempo prejudique o seu resultado útil. A concessão dessa medida, porém, pressupõe a existência de dois requisitos cumulativos: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

95. O *fumus boni iuris* consubstancia-se no exame da probabilidade do direito, isto é, a análise dos fatos e do direito pretendido indicam que há procedência nas alegações. Já o *periculum in mora* constitui o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

96. Além disso, o Novo Código de Processo Civil seguindo os entendimentos firmados ao longo do tempo pela jurisprudência e doutrina, impôs no artigo 300, §3º, expressamente que a tutela de urgência não será concedida caso haja perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

97. Nesse sentido, destaco as explicações doutrinárias a seguir:

“A probabilidade do direito refere-se ao juízo de aparência realizado pelo órgão julgante quanto à questão fática narrada pela parte e sua adequação ao direito pretendido. Diante das provas já produzidas, o magistrado, no mais das vezes baseado em um juízo de cognição meramente sumário, posiciona-se entre a dúvida e a certeza, mas se sente mais próximo desta. De se ressaltar que a análise não é só dos fatos, pois também essencial que estes possam conduzir às consequências jurídicas que o autor almeja.

O fundado receio de dano, por sua vez, é requisito que se relaciona com o elemento tempo. O receio de dano nasce quando exista a possibilidade de deterioração ou perdimento do direito, que poderá ser prejudicado em



decorrência do retardamento da prestação jurisdicional. Em uma definição mais precisa, seria a potencialidade de lesão (ou perigo de lesão) ao direito (material ou processual) frente à demora. Tal situação justifica a necessidade de pronta intervenção jurisdicional, seja adiantando o próprio provimento, seja protegendo o futuro resultado útil da demanda.

Entretanto, a presença de tais requisitos, por si, não bastará para a concessão da medida. Isto, pois, mantendo imposição similar a já contida no antigo diploma, o novo código prevê situação que, uma vez presente, impedirá a concessão da medida: a irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

(O Novo Código de Processo Civil Brasileiro -Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos / coordenação Thereza Arruda Alvim [et.al.] - Rio de Janeiro: Forense, 2015.)

98. Os Tribunais de Contas, por sua vez, possuem competência para expedir medidas cautelares, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal colacionada abaixo:

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.

(MS 24510, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004)

99. Na primeira análise efetuada, contida no bojo do Julgamento Singular nº 739/ILC/2017, compreendi que a medida extraordinária em questão não poderia ser concedida devido à ausência do requisito do *fumus boni iuris*, sobretudo porque a licitação seguiu o trâmite regular disposto na Lei nº 8.666/93, não houve a transgressão flagrante a nenhum dispositivo legal, os recursos administrativos interpostos foram devidamente apreciados pela Comissão de Licitação, a qual fundamentou todas as suas decisões, notadamente a de aceitar as certidões do Consórcio Rio Verde Ganha Tempo como válidas para comprovar a sua regularidade fiscal, como se depreende de trecho da decisão



destacado abaixo:

De acordo com a representante, as empresas que compõem o consórcio não apresentaram todas as certidões necessárias para comprovar a regularidade fiscal. A empresa SoftPark Informática Ltda não teria apresentado as certidões de dívida ativa e de débitos imobiliários. As empresas Eficaz Construtora e Comércio Ltda e Projecto - Gestão, Assessoria e Serviços EIRELI também não teriam apresentado certidões relativas aos débitos imobiliários. E a empresa Eficaz não teria apresentado certidão de débitos pessoais.

No entanto, em sua manifestação, o representado encaminha a Certidão de Dívida Ativa perante o fisco estadual apresentada pela empresa SoftPark no momento da habilitação (fl. 8 do documento digital 276763/2017), o que, ao meu ver, é suficiente para afastar o apontamento neste momento.

Quanto às certidões de débitos imobiliários e pessoais, a Comissão Especial de Licitação compreendeu que elas não eram essenciais, uma vez que a regularidade deve guardar correlação com o objeto do certame, mais especificamente com os débitos mobiliários, especialmente o Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN). Assim, na sua visão, a exigência das demais certidões poderia configurar uma restrição à participação no certame.

A matéria em questão é divergente. Analisando a manifestação exarada pela Comissão de Licitação, verifico que ela foi devidamente fundamentada e alinhada, pelo menos em parte, à parte da doutrina e jurisprudência, motivo pelo qual não visualizo indícios suficientes para suspendê-la nesta ocasião.

Com relação ao julgamento da proposta, considerando a necessidade de exame de diversos itens técnicos, compreendo que esse não é momento adequado para se aprofundar nessa seara, sendo elementar a realização de uma análise pela equipe técnica de auditoria.

100. Examinando a peça recursal, nota-se que o Agravante não trouxe novos elementos relativos aos requisitos autorizados da medida cautelar, revelando o seu simples inconformismo. Ademais, os documentos juntados e fatos ocorridos posteriormente ao Julgamento Singular nº 739/ILC/2017 ratificam a manutenção do meu posicionamento no sentido de que os requisitos autorizadores não se encontram presentes para a concessão dessa medida extraordinária.

101. Apesar de não haver previsão legal e editalícia expressa, o Representante, ora Agravante, requer que sejam exigidas as certidões de débitos imobiliários e de débitos pessoais.



102. Ora, a ausência de especificação no edital das certidões negativas de débitos estaduais e municipais necessárias para comprovação da regularidade fiscal não comporta interpretação extensiva ou ampliativa pela Comissão de Licitação, a qual implicaria em ilegalidade e restrição a competitividade do certame.

103. De fato, a exigência de comprovação de quitação de débitos relacionados ao Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) não guardam relação com o objeto da licitação, pois da análise das atividades econômicas das empresas que compõe o Consórcio Rio Verde Ganha Tempo, verifico que elas são, em sua maioria, de prestação de serviços conforme demonstra o quadro abaixo:

NOME EMPRESARIAL	DESCRIÇÃO ATIVIDADES
SOFTPARK INFORMÁTICA LTDA	62.04-0-00 Consultoria em tecnologia da informação 42.21-9-05 Manutenção de estações e redes de telecomunicações 47.52-1-00 Comércio varejista especializado de equipamentos de telefonia e comunicação 95.12-6-00 Reparação e manutenção de equipamentos de comunicação 85.99-6-04 Treinamento em desenvolvimento profissional e gerencial 78.30-2-00 Fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiro 80.20-0-01 Atividades de monitoramento de sistemas de segurança eletrônico 62.01-5-01 Desenvolvimento de programas de computador sob encomenda 47.51-2-01 Comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática
EFICAZ – CONSTRUTORA E COMÉRCIO LTDA	42.99-5-99 Outras obras de engenharia civil não especificadas anteriormente 47.44-0-99 Comércio varejista de materiais de construção em geral 43.99-1-99 Serviços especializados para construção não especificados anteriormente 71.12-0-00 Serviços de engenharia
PROJECTO – GESTÃO, ASSESSORIA E SERVIÇOS EIRELI	78.30-2-00 Fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros 63.11-9-00 Tratamento de dados, provedores de serviços de aplicação e serviços de hospedagem na internet 71.20-1-00 Testes e análises técnicas 78.20-5-00 Locação de mão de obra temporária 81.11-7-00 Serviços combinados para apoio a edifícios, exceto condomínios prediais 93.11-5-00 Gestão de instalações de esporte

Fonte: Consulta Situação Cadastral CNPJ na Receita Federal

104. Além disso, não há qualquer razoabilidade dessa exigência (certidões negativas de débitos de IPTU e ITCMD), já que os imóveis das Unidades de Atendimento são de propriedade do Estado e, segundo as regras do Direito Civil Brasileiro, a pessoa



jurídica não possui capacidade sucessória, logo, não é contribuinte ou responsável pelo ITCMD.

105. Com efeito, as atividades econômicas das empresas pertencentes ao Consórcio, com exceção das atividades comerciais, são de prestação de serviços, cuja competência para tributar pertence ao município. Logo, a regularidade fiscal exigida do licitante deve restringir-se ao exercício de sua atividade econômica.

106. A orientação contida no Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União⁹ é no sentido de que os licitantes devem apresentar a inscrição e as certidões em conformidade com o objeto da licitação e a sua respectiva tributação, consoante a seguir:

Na análise da documentação relativa a habilitação fiscal deve ser observada a regularidade do licitante perante o fisco. A documentação exigida, conforme o caso, será:

- prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF/MF) ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ/MF);
- prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, relativa ao domicílio ou sede do licitante, concernente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto do contrato;
- essa exigência será definida em cada procedimento licitatório, diante da especificidade do objeto;
- se o objeto do certame referir-se a compra de bens, deve ser exigida do licitante inscrição no cadastro de contribuinte estadual;
- se for o caso de prestação de serviços, será exigida do licitante a inscrição municipal;

107. A inexistência de precedente desta Corte de Contas acerca da temática não justifica a adoção de uma medida tão excepcional como é a cautelar. Pelo contrário, exige mais atenção do relator para a doutrina e jurisprudência correlata à matéria, que no caso concreto, caminha no sentido contrário do direito pleiteado pelo representante, conforme bem reconheceu o Procurador de Contas em seu parecer (fl. 15, Doc. nº 329646/2017).

108. Especificamente sobre o Fator de Pontuação nº 4 (Capacidade técnica em implantação, envolvendo disponibilização de projeto executivo e a sua execução),

⁹ Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU, rev. atual. e ampl. Brasília: 2010.
Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A>



ressalta-se que a Comissão de Licitação atendeu a diligência requerida pelo Consórcio Shopping do Cidadão e efetuou a conferência *in loco* das metragens das Unidades apresentadas pelo Consórcio vencedor e concluiu pela suficiência da metragem.

109. No tocante ao Fator de Pontuação nº 5 (Capacidade técnica em implantação de sistema e gerenciamento do atendimento), a Unidade de Instrução e o Ministério Público de Contas coadunaram com a improcedência dos argumentos do Agravante.

110. Quanto ao Fator de Pontuação nº 12 (Equipe técnica para operação) da proposta técnica, a Comissão de Licitação compreendeu que os atestados emitidos pela Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão da Prefeitura Municipal de São Caetano do Sul e pela empresa SOCICAM apresentados pelo Consórcio Rio Verde Ganha Tempos são suficientes para comprovar a experiência profissional dos Senhores Emerson Alaer Borges e Marcos Juliano Casoni Almeida.

111. Não obstante, em relação ao julgamento das propostas, especialmente a suficiência do investimento para a sua execução, como bem explicitado no Julgamento Singular nº 739/ILC/2017, o seu exame confunde-se com o mérito da Representação, que será objeto de análise técnica, verificação *in loco* e, se for preciso, de perícias contábil e de engenharia, não sendo possível afirmar, no presente momento, que a proposta do Consórcio vencedor é inexecutável.

112. No tocante ao *periculum in mora*, saliento que o procedimento licitatório da Concorrência Pública nº 1/2016 foi finalizado e o Consórcio Rio Verde Ganha Tempo consagrou-se como vencedor, apresentando o menor Valor Por Atendimento (R\$ 13,94).

113. Ademais, o Contrato nº 62/2017, celebrado entre o Consórcio Rio Verde Ganha Tempo e a SETAS/MT encontra-se em execução, inclusive com a inauguração de três unidades Ganha Tempo, em Cuiabá (CPA), Rondonópolis e Sinop. Noutras palavras, o serviço contratado está sendo devidamente prestado pelo Consórcio contratado, de acordo com o cronograma, com aporte dos recursos previstos, sem nenhuma intercorrência relativa ao desempenho das obrigações acordadas, conforme informação acostada nos autos pela



SETAS/MT (Doc. nº 13623/2018).

114. Portanto, a adoção de uma medida cautelar, neste momento, suspendendo a execução do Contrato nº 62/2017 atenta contra o interesse público, pois prejudicará diretamente a população, que terá a prestação do serviço público paralisada, bem como trará prejuízo a ordem econômica do Estado de Mato Grosso em razão do atraso na implantação e operacionalização do Programa Ganha Tempo nos outros 4 (quatro) municípios matogrossenses, sem contar na indenização do contratado pelos investimentos realizados e pelos lucros cessantes.

115. É evidente que o dano a ser suportado pela paralisação do serviço é superior à manutenção da execução do Contrato nº 62/2017, o que impede a concessão da medida acautelatória, consoante jurisprudência colacionada a seguir:

REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO ELETRÔNICO. INDEVIDA DESCLASSIFICAÇÃO DA LICITANTE. CONTRATAÇÃO DA LICITANTE REMANESCENTE COM PREÇO POUCO SUPERIOR. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. NEGATIVA DA CAUTELAR, DIANTE DA ATUAL AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. DETERMINAÇÃO. AUDIÊNCIAS DOS RESPONSÁVEIS.

(...) Já no que concerne ao pedido de cautelar suspensiva, vislumbrou-se a incidência do **periculum in mora** reverso, haja vista que o dano à administração pública e ao funcionamento da EsSEx pela paralisação da execução do aludido serviço seria, de fato, maior que o estimado prejuízo pelo prosseguimento da contratação, já que o certame foi homologado em 2/9/2016 e o contrato foi assinado em 14/9/2016, com o início da execução previsto para 24/10/2016 (Peça nº 11), devendo ser indeferido, então, o aludido pedido de cautelar.

(Acórdão 8913/20170Segunda Câmara, TC 027338/2016-9)

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO COM INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES. PROPOSTA DE CAUTELAR NÃO ACATADA. AUDIÊNCIAS E OITIVAS. JUSTIFICATIVAS PARCIALMENTE ACOLHIDAS. CIÊNCIA AO CNPQ. DETERMINAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. As exigências previstas na fase de habilitação devem ser suficientes para selecionar o licitante capacitado a prestar o serviço, sem impor restrições desnecessárias que venham a comprometer o caráter competitivo do certame. 2. A relevância dos requisitos de habilitação deve ser justificada tecnicamente nos autos do certame licitatório. 3. Eventuais inabilitações de licitantes devem ser justificadas com clareza e precisão.

(...)

17. No entanto, não é o caso de suspender o contrato que já se encontra celebrado com a empresa Exclusive Service Agência de Turismo Ltda. e em vigor desde 28/2/2011 (peça 8), visto que os serviços estão em plena execução, havendo, portanto, risco de **periculum in mora** reverso, pela



interrupção de serviços em execução e essenciais ao funcionamento do CNPq.

(Acórdão 2998/2011-Plenário, TC 014554/2011-9)

116. O fato do Representante ter encaminhado manifestação a este Tribunal se comprometendo a dar integral cumprimento ao cronograma contido no instrumento contratual (Doc. nº 23031/2018) apenas ratifica o meu posicionamento de que haverá prejuízo para a prestação dos serviços para a sociedade.

117. Não obstante, ressalto que o momento processual apropriado para suspensão do contrato, como pretende o Representante, é no julgamento do mérito, ou seja, após a instrução processual necessária e imprescindível para constatação da ocorrência de vício, sob pena de cometer injustiça nesta fase do processo.

118. O posicionamento acima vai de encontro aos parâmetros estabelecidos pela Lei Nacional nº 13.655/2018, conhecida como Lei da Segurança Jurídica, a qual promoveu significativas alterações na Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro – LINDB, visando garantir segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

119. A referida lei estabeleceu parâmetros que devem ser observados pelos julgadores nas tomadas de decisões, tais como, indicação das consequências práticas de sua decisão, inclusive em face de possíveis alternativas as suas consequências jurídicas e administrativas, bem como estabeleceu que a decisão deve levar em consideração as peculiaridades de cada caso na interpretação das normas (artigos 20 e 21).

120. As peculiaridades do caso em tela expostas até aqui corroboram a inadequação do pleito de suspensão da execução contratual postulado pelo Ministério Público de Contas.

121. Outrossim, com intuito de corroborar o meu posicionamento de que inexistente perigo na demora, acrescento que a questão dos autos também se encontra judicializada e que a única cautelar deferida até o presente momento foi suspensão, conforme as decisões proferidas pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso,



Desembargador Rui Ramos (Doc. nº 28749/2018 – Suspensão de Liminar nº 013138-44.2017.8.11.0000), e pela Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministra Laurita Vaz (Pedido de Suspensão de Segurança nº 2.885/MT-2017/0044345-2).

DISPOSITIVO DO VOTO

122. Diante do exposto, ACOLHO, em parte, o Parecer nº 6.053/2017 da lavra do Procurador-Geral Substituto de Contas, Dr. Alisson Carvalho de Alencar e com fulcro no artigo 275 do Regimento Interno, **VOTO** no sentido de não conhecer o Recurso de Agravo interposto pelo Shopping do Cidadão Serviços e Informática S.A, mantendo-se inalterado os termos do Julgamento Singular nº 739/ILC/2017, bem como de negar a concessão da cautelar formulada pelo Ministério Público de Contas.

É como voto.

Tribunal de Contas, 17 de setembro de 2018.

(assinatura digital)¹

Conselheiro Interino **ISAIAS LOPES DA CUNHA**

Relator

(Portaria nº 124/2017, DOC/TCEMT nº 1199, de 15/09/2017)

¹ Documento firmado por assinatura digital, baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006 e Resolução Normativa Nº 9/2012 do TCE/MT.
Z:\WORD\GAB ISAIAS\2018\RECURSOS\AGRAVO\RAZÕES DO VOTO\264075-17 - SETAS-MT - Shopping Cidadão - Voto Versão Atualizada em 17-09-18.odt