



PROCESSO N.º: 26.407-5/2017
ASSUNTO: RECURSO ORDINÁRIO EM REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
PRINCIPAL: SECRETARIA DE ESTADO DE TRABALHO E ASSISTÊNCIA SOCIAL DE MATO GROSSO
GESTORA: ROSAMARIA FERREIRA DE CARVALHO – Secretária de Estado
RELATOR RECURSAL: CONSELHEIRO INTERINO JOÃO BATISTA DE CAMARGO JÚNIOR

VOTO-VISTA

Tratam os autos de **Recurso Ordinário** interposto pelo Ministério Público de Contas em face do Acórdão n.º 833/2019-TP, que julgou improcedente a Representação de Natureza Externa proposta pela empresa Shopping do Cidadão Serviços e Informática S/A em face da Secretaria de Estado de Trabalho e Assistência Social – Setas, à época sob a gestão do Sr. Max Joel Russi, em razão de supostas irregularidades na Concorrência Pública n.º 01/2016, instaurada para a celebração de Parceria Público-Privada para a prestação do serviço das unidades de Ganha-Tempo no Estado de Mato Grosso.

Na Sessão Ordinária do Tribunal Pleno realizada em 29/09/2020, após o d. Conselheiro Substituto Moisés Maciel proferir seu voto-vista, aderindo ao posicionamento do d. Conselheiro Interino João Batista Camargo, Relator recursal, pedi e obtive vistas dos autos, a fim de melhor analisar a matéria sob julgamento, diante da sua complexidade fática e jurídica.

Com a devida vênia aos votos que me antecederam, entendo ser o caso de provimento do presente Recurso Ordinário, pelas razões que passo a expor.

1. DA MATÉRIA SUBMETIDA À COISA JULGADA MATERIAL – ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO DO TJMT

Conforme mencionado pelo voto do Relator neste recurso, é importante mencionar que a Concorrência n.º 01/2016 foi objeto da **Ação Anulatória n.º 1034087-63.2017.8.11.0041**, que tramitou perante o Poder Judiciário.





Em segunda instância, o referido processo foi julgado pela 1ª Câmara de Direito Público e Coletivo do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Na ocasião, a Apelação relatada pela eminente Desembargadora Maria Erotides Kneip Baranjak restou assim ementada:

RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEIS – AÇÃO ANULATÓRIA – LICITAÇÃO – CAPACIDADE TÉCNICA – ART. 30 DA LEI Nº 8.666/93 – DEMONSTRAÇÃO – REGULARIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – MODALIDADE DE LICITAÇÃO – MELHOR TÉCNICA E MENOR PREÇO – IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO APENAS DO CRITÉRIO DO MENOR PREÇO PARA ANÁLISE DA EMPRESA VENCEDORA – COMPLEXIDADE DO OBJETO LICITADO A SER EXECUTADO – ADITIVOS CONTRATUAIS – INOVAÇÃO RECURSAL – VEDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO – RECURSOS PROVIDOS.

1. A capacidade técnica tem como escopo aferir, durante a realização do certame, se os concorrentes tem pleno conhecimento do objeto a ser executado, se estes tem habilidade e competência para desempenhar o objeto a ser contratado caso seja o vencedor (art. 30, incisos I a IV, da Lei nº 8.666/93). 2. Atestados expedidos pelo poder público. 3. Se a veracidade dos documentos públicos não foi questionada, presume-se que a declaração ali contida é verdadeira, ante ao princípio da presunção de veracidade dos documentos públicos e legitimidades dos atos administrativos, haja vista que os servidores públicos possuem a fé pública, a teor do que dispõe o art. 405 do Código de Ritos. 4. É função típica, própria e dever do Poder Judiciário analisar a legalidade dos atos administrativos, em estrita observância ao princípio processual e constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, o qual preconiza que cabe à esta função estatal decidir e julgar qualquer lesão ou ameaça à direito, sendo, inclusive, cláusula pétrea previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna. 5. Qualificações subjetivas, tais como, a sua expertise, execução e serviços em outros Estados da federação, reconhecida qualidade dos serviços prestados pelas unidades do Programa Ganha Tempo em nada contribui para o deslinde da causa, uma vez que o processo licitatório é regido por critérios e julgamento estritamente objetivos, em observância aos princípios da impessoalidade e moralidade, eficiência administrativas, a teor do que dispõe o art. 3º da Lei nº 8.666/93. 6. O Edital do certame estabeleceu como modalidade licitatória, a combinação dos critérios menor preço com a melhor técnica, não podendo, portanto, o critério de valor econômico (menor preço) pode ser o único considerado como critério de proposta mais vantajosa à Administração Pública, haja vista tratar-se de licitação voltada à contratação de serviço especializado e complexo, de natureza intelectual e operacional. 7. Formalização de aditivo contratual. 8. Matéria não foi suscitada anteriormente. 9. Configuração de inovação recursal, o que não é admitido em nosso ordenamento jurídico por ferir o princípio processual do duplo grau de jurisdição e supressão de instância. 10. Comprovada a capacidade técnica do licitante, bem como inexistindo qualquer ilegalidade, deve manter-se incólume o processo licitatório. 11. Recursos de Apelação PROVIDOS.¹

Em complemento às informações já constantes nos autos, informo que, em consulta ao sistema PJe, constatei que o referido processo judicial transitou em julgado na data de 16/06/2020.

1 N.U 1034087-63.2017.8.11.0041, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PÚBLICO, MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK, Primeira Câmara de Direito Público e Coletivo, Julgado em 16/12/2019, Publicado no DJE 12/03/2020





Assim, antes de passar ao exame meritório da matéria contida nos presentes autos, cumpre-me esclarecer preliminarmente que esta Corte de Contas e, mais especificamente, este Conselheiro, prezam pelo respeito às decisões exaradas pelo Poder Judiciário, notadamente quando se tem pronunciamento já recoberto sob o manto da coisa julgada, como neste caso.

Isso porque, conforme esclarece o diploma processual civil pátrio, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (artigo 502 do CPC).

Nessa linha intelectual, é certo que os aspectos debatidos perante o TJMT não podem ser rediscutidos nesta esfera, pois presente o *pressuposto processual negativo* da coisa julgada, conforme dispõe o artigo 485, V, do Código de Processo Civil². Trata-se, ademais, de matéria da qual o julgador deve conhecer de ofício, à luz do § 3º do mesmo dispositivo legal³.

Pois bem. Em análise da fundamentação do mencionado acórdão, observo que a matéria discutida pela egrégia 1ª Câmara de Direito Público e Coletivo se cingiu aos critérios de pontuação do julgamento das propostas técnicas dos participantes do certame, mais especificamente os fatores 04, 05 e 12, como deixa ver o seguinte trecho:

O cerne da questão é saber se a empresa Apelante Projecto Gestão, Assessoria e Serviços Eireli cumpriu com os fatores de pontuação F4, F5 e F12 do edital acima mencionado, sendo todos fatores relacionados à capacidade técnica. [...]

Desse modo, visto que essa matéria foi objeto de cognição exauriente pelo Poder Judiciário e atualmente está sujeita à *coisa julgada material*, se revela inviável juridicamente a esta Corte revolver esses pontos, não restando alternativa senão a extinção parcial deste processo de fiscalização no que concerne as essas possíveis impropriedades.

Diante do exposto, voto pela **extinção sem resolução do mérito** das supostas irregularidades referentes aos fatores 04, 05 e 12, diante da existência de coisa julgada material sobre o tema (artigo 485, V, do CPC).

2 Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

3 Art. 485. [...] § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.





Quanto às demais irregularidades arguidas pela Representante, sobre as quais ainda remanesce a possibilidade de verificação por este Tribunal de Contas, considero que devam ser reanalisadas de acordo com os fatos supervenientes que vieram a público mais recentemente, conforme passo a expor a seguir.

2. DOS FATOS SUPERVENIENTES QUE DEVEM SER VERIFICADOS NA ANÁLISE DAS IRREGULARIDADES

Inicialmente, devo enfatizar que, embora o Poder Judiciário tenha sua atuação limitada aos pedidos expressamente deduzidos em juízo (princípio da demanda ou da inércia da jurisdição), situação diversa diz respeito a esta Corte, à qual se permite uma maior margem de iniciativa probatória e cognitiva, sobretudo porque os processos de controle têm como finalidade precípua a busca pela verdade real e a consagração do interesse público.

Até por esse motivo, o presente voto abordará, além da pretensão recursal do Ministério Público de Contas, outros aspectos relevantes indicados pela Representante, assim como os fatos supervenientes à instauração desta Representação de Natureza Externa, ressaltando sempre as matérias já decididas pelo Poder Judiciário.

A respeito desses fatos supervenientes, deve-se ressaltar que este julgamento ocorre no momento em que a parceria público-privada foi objeto da operação policial denominada “*Tempo é Dinheiro*”, na qual o juízo criminal da 7ª Vara desta Capital determinou o cumprimento de diversas medidas cautelares, dentre as quais se incluiu a *ocupação provisória de bens, pessoal e serviços* da Concessionária Rio Verde Ganha Tempo SPE S/A pelo Poder Concedente.

A propósito, destaco que a referida medida cautelar criminal já foi cumprida em âmbito administrativo pela Portaria n.º 075/2020/SEPLAG⁴, que designou Equipe Técnica para Ocupação Provisória Judicial no âmbito da referida concessão administrativa, com “*competência para atuar como Administradora da Concessionária Rio Verde Ganha Tempo SPA S/A*”.

4 Diário Oficial do Estado de Mato Grosso. 04 de setembro de 2020. Edição n.º 27.830.





Ao que consta, a referida investigação criminal teve origem em auditorias realizadas pela Controladoria Geral do Estado – CGE/MT, cujo teor é de domínio público, eis que foram divulgadas no endereço eletrônico do Poder Executivo Estadual⁵, além de terem sido objeto de ampla difusão na mídia local.

Como se pode inferir, tratam-se de fatos graves e que chegaram a conhecimento de toda a sociedade, cuja verificação se impõe por este Plenário para que se efetue uma melhor leitura da matéria constante nos autos.

Para ilustrar a relevância e pertinência das referidas irregularidades, destaco que, dentre os achados de auditoria elencados no **Relatório 025/2019/CGE-MT**, foram observados os seguintes: **i)** constatação de utilização de eventos de senha incoerentes ou não previstos, de modo a diminuir o tempo médio de atendimento e, com isso, aumentar a nota e a remuneração obtidas pela parceira privada; **ii)** constatação de emissões e finalizações de senhas indevidamente, sendo 30 mil delas com tempo de atendimento de até 30 segundos, considerado irrisório pela CGE-MT; **iii)** ausência ou deficiência na implementação de mecanismos de controle da emissão de senhas.

Ademais, segundo esclareceu a própria Controladoria Geral do Estado, tais irregularidades são relevantes, uma vez que 86,5% do valor da contraprestação recebida pela Concessionária está diretamente vinculado à quantidade de senhas emitidas⁶.

Também se impõe revisitar, nesta fase recursal, outro fato já mencionado nestes autos pela Representante, consistente na celebração do Primeiro Termo Aditivo ao Contrato n.º 062/SETAS/2017, com a finalidade de acrescentar ao objeto contratual a “*implantação, gestão, operação e manutenção da Unidade Ganha Tempo Ipiranga – Cuiabá/MT*”, cujo valor foi estimado em **R\$ 62.324.876,00**.

Esclareço que a menção a esses elementos de convicção não importa em expandir o objeto desta Representação, servido tão somente para conferir uma **melhor interpretação** das supostas irregularidades já descritas nos presentes autos, conforme seja pertinente à análise feita nos tópicos a seguir.

⁵ <http://www.controladoria.mt.gov.br/-/12129382-nota-de-esclarecimento-sobre-auditoria-do-ganha-tempo>

⁶ Relatório de Auditoria n.º 25/2019, pg. 12.





Aliás, pontuo que esse exame encontra amparo e autorização legal na teleologia dos artigos 20 a 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os quais impõem a esta esfera controladora o dever de interpretar a legislação pertinente conforme as *circunstâncias concretas* vivenciadas pela Administração Pública.

Em prosseguimento, passo à análise das irregularidades remanescentes.

3. DA OMISSÃO DO PODER CONCEDENTE AO NÃO PROMOVER A DESCLASSIFICAÇÃO DO CONSÓRCIO RIO VERDE POR AUSÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL

No presente tópico, convém realizar uma breve recapitulação dos fatos que sucederam no trâmite administrativo da Concorrência sob análise.

Inicialmente, ao proceder à análise dos requisitos de habilitação das empresas participantes, a Comissão Julgadora entendeu por desclassificar o Consórcio Rio Verde, por considerar que as empresas consorciadas não demonstraram sua regularidade fiscal, nos seguintes termos:

Empresa Softpark: inabilitada porque a certidão negativa estadual apresentada se referia apenas ao ICMS e não ao IPVA e ITCMD e porque a certidão negativa municipal se referia apenas a “débitos mobiliários”, não abrangendo o IPTU.

Empresa Eficaz: inabilitada pela falta de certidão de regularidade fiscal de tributos imobiliários e pela não apresentação de Certidão Negativa de Débitos Pessoais, que seriam exigíveis pela legislação do Município de Bauru, onde era sediada.

Empresa Projecto: inabilitada pela ausência de Certidão Negativa de Débitos Imobiliários do Município em que era sediada.

Não obstante, em sede recursal, a Comissão de Licitação reformou a decisão anterior, por entender que as certidões faltantes não teriam relação direta com o objeto da licitação, podendo ser dispensadas.





Pois bem. O rol da documentação exigida para a comprovação da regularidade fiscal é delineado pelo artigo 29 da Lei 8.666/1993, o qual transcrevo no ponto que interessa à presente análise:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: [...]

III- prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

Como bem ressaltado pelos votos que me antecederam, o referido dispositivo legal é objeto de extensos debates doutrinários, notadamente nos questionamentos sobre quais tributos deveriam ser abrangidos pela aludida prova de regularidade. A propósito, reconheço a existência de parcela doutrinária, elencada nos votos antecedentes, que defende que a regularidade fiscal deveria ser restrita, não abrangendo todos os tributos devidos aos entes emissores da certidão.

Em que pese as valorosas contribuições doutrinárias, penso que tais reflexões foram feitas em abstrato pelos referidos estudiosos, isto é, não foram realizadas analisando um certame específico. Nestes autos, contudo, uma interpretação que somente considere a lei conforme os manuais e tratados estará fadada a ser incompleta.

Isso porque não se tem em análise apenas a norma do artigo 29 da Lei de Licitações, mas também a cláusula editalícia que estabeleceu as condições para aferição da regularidade fiscal. Nesse sentido, se mostra essencial analisar a literalidade do item 11.3.4.1 do instrumento convocatório:

11.3.4.1. A Regularidade Fiscal será comprovada por meio de: [...]

III. Prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional, mediante a apresentação de certidão expedida conjuntamente pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), referente a todos os créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União (DAU) por elas administrados, inclusive os créditos tributários relativos às contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do artigo 11 da Lei Federal nº. 8.212, de 24 de julho de 1991, às contribuições instituídas a título de substituição, e às contribuições devidas, por lei, a terceiros, inclusive inscritos em DAU;

IV. Prova de regularidade, para com a Fazenda Estadual, expedida pela Secretaria da Fazenda Estadual da sede ou domicílio da licitante;





V. Prova de regularidade, para com a Dívida Ativa do Estado, expedida pela Procuradoria Geral do Estado a sede ou domicílio da licitante; a. Serão aceitas as certidões conjuntas de regularidade estadual – Fazendo Estadual e Dívida Ativa – emitidas pelos órgãos competentes nos Estados onde a licitante tenha sede ou domicílio;

VI. Prova de regularidade fiscal junto a Fazenda Municipal, expedidos pelo Fazenda Municipal, da localidade ou sede da licitante; [...]

Da leitura dos referidos dispositivos, observo que a referida cláusula editalícia não comporta uma interpretação que autorizasse a Comissão de Licitação a admitir certidões de regularidade fiscal apenas em relação a alguns tributos, dispensando outros. É dizer, os incisos acima destacados não contêm restrição a apenas determinados tributos, tampouco estabelecem qualquer tipo de exceção, de modo que abranjem a totalidade dos tributos devidos.

Por conseguinte, ao dar provimento ao recurso do Consórcio Rio Verde, o órgão licitante se desviou do próprio instrumento convocatório ao qual se vinculava, contrariando princípio basilar das licitações expressamente elencado no artigo 3º da Lei 8.666/1993:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Com efeito, houvesse previsão no edital de que somente se exigiria a comprovação de determinados tributos, até poderia esta Corte debater se tal cláusula seria consentânea com a Lei 8.666/1993. Contudo, se o edital não fez distinções, tampouco o intérprete poderia fazê-las.

Veja-se, ademais, que não houve impugnação administrativa do item 11.3.4.1, nem mesmo essa norma foi reputada ilegal por qualquer das partes que se manifestaram nestes autos, modo pelo qual deve ser considerada válida e, portanto, aplicável ao caso.





Postos esses fundamentos, tenho que já se teria arcabouço suficiente para sustentar a irregularidade na atuação da Comissão de Licitação ao habilitar o Consórcio Rio Verde. Ainda assim, peço vênica para acrescentar outras colocações a serem sopesadas por esta Corte.

Com efeito, dando prosseguimento a essa interpretação que busca avaliar as circunstâncias práticas de incidência das normas da Lei 8.666/1993, entendo que a exigência de regularidade fiscal quanto a todos os tributos também encontra amparo na principiologia legal e constitucional aplicável sobre o tema. Mais precisamente, no que se refere à incidência do princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CRFB c/c artigo 3º da Lei 8.666/1993) e do princípio da livre concorrência (artigo 170, IV, da CRFB)

Com efeito, as recentes reflexões da doutrina tributarista ressaltam que a inadimplência tributária, além de ser vista como um fenômeno prejudicial aos cofres públicos, demonstra também um impacto concorrencial, porque pode desequilibrar a paridade de forças entre as empresas que competem no mercado.

O raciocínio é por demais simples: a empresa que não arca com os custos tributários possuirá um maior lucro no confronto entre as suas receitas e despesas, podendo, com isso, praticar preços menores que os seus concorrentes que estejam em conformidade com o Fisco.

Na trilha dessas ideias, a doutrina de Luiz Fernando Barboza dos Santos propõe um exame dos impactos que a sonegação fiscal pode ter no princípio da livre concorrência, por estabelecer vantagem indevida ao não pagador de tributos em relação àquelas empresas que cumprem suas obrigações:

Mas a par de se constituir um problema de ordem arrecadatória e, portanto, um obstáculo a mais para uma prestação efetiva das políticas públicas, a sonegação fiscal é apta a gerar grandes problemas ao mercado, uma vez que é potencial causadora de sérios distúrbios concorrenciais. [...]

Os prejuízos concorrenciais decorrentes da sonegação fiscal são gerados pela quebra da igualdade nas condições de competir. O empresário que pratica a sonegação fiscal pode se utilizar da “poupança” propiciada pelo não pagamento dos tributos, a fim de colocar em seus produtos preços inferiores aos dos seus concorrentes, e, dessa forma, alcançar um maior poder de mercado, sem ter a necessidade de diminuir a sua margem de lucro. Ou então, este mesmo empresário pode manter os preços iguais aos dos demais concorrentes, e, com isso, aumentar arbitrariamente seus lucros, por meio da apropriação de valores que deveriam ter sido repassados ao erário.⁷

7 DOS SANTOS, Luiz Fernando Barbosa. Sonegação fiscal e livre concorrência. Tese apresentada no XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado. p. 21.





Também são pertinentes as reflexões colhidas pelo jurista Daniel Moreti no artigo “O devedor contumaz e livre-concorrência”, expondo que “a conduta do devedor contumaz, que se vale do inadimplemento reiterado, sistemático e estruturado de suas obrigações tributárias para obter vantagem competitiva, pode caracterizar prejuízo à livre concorrência (art. 36, inciso I da Lei n.º 12.529/2011)”⁸.

Em sentido semelhante, ao comentar os efeitos da inadimplência das contribuições previdenciárias e os seus reflexos nas licitações – raciocínio que pode ser estendido à inadimplência de qualquer espécie tributária –, o Subprocurador-Geral do Ministério Público de Contas junto ao TCU Lucas da Rocha Furtado esclarece que haverá possibilidade de violação da isonomia entre os competidores caso se admita que uma empresa em débito com a Previdência concorra com as demais, confira-se:

De outro modo, permitir ao inadimplente participar de licitação significa dispensar tratamento igual aos desiguais, haja vista os devedores da previdência social terem condições de cotar preços mais baixos que aqueles que cumprem regularmente suas obrigações. Portanto, desde a habilitação, faz-se necessária a exigência da prova de regularidade dos encargos relativos à seguridade social nas licitações, inclusive na modalidade convite.⁹

Com efeito, especificamente no caso das licitações públicas, é de se imaginar que a irregularidade fiscal de determinada empresa participante, mesmo que restrita aos tributos alheios à sua atividade precípua, pode se mostrar um artifício suficiente para alterar o equilíbrio de forças entre os concorrentes, porque um custo relevante para um dos competidores seria ilicitamente suprimido para outro.

Nessa hipótese, não se teria uma vantagem competitiva oriunda da expertise de determinada empresa no seu campo de atuação. Ao contrário, existiria, pura e simplesmente, uma situação mais facilitada obtida pela prática de um ilícito tributário.

Por fim, considero que a celebração de contrato de concessão com empresa irregular no adimplemento de tributos igualmente afronta o *princípio da seleção da proposta mais vantajosa* (caput do artigo 3º da Lei de Licitações), uma vez que tal pessoa jurídica sem dúvidas trará consigo os riscos econômicos e judiciais inerentes à situação de débito perante a Fazenda Pública.

8 MORETI, Daniel. O devedor contumaz e a livre-concorrência. In: Constructivismo lógico-semântico e os diálogos entre teoria e prática. p. 305. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Artigo-Daniel-Moreti.pdf>.

9 FURTADO, Lucas da Rocha. Curso de Direito Administrativo. Editora Fórum, p. 426.





Esse risco, que já deveria ser detidamente ponderado no caso de licitações para compras e serviços, se mostra ainda mais relevante no caso de uma concessão de serviço público, como se tem nos autos.

Neste ponto, proponho algumas reflexões a este Plenário: Qual seria o prognóstico para uma pessoa jurídica que já inicia a contratação pública com pendências tributárias? Será legítimo ao Poder Público esperar que a referida empresa tenha a saúde financeira necessária para suportar um contrato tão longo quanto à concessão de serviços públicos, com todos os investimentos que lhe são correlatos?

Convém lembrar que a contratação ora analisada teve sua vigência inicialmente prevista para 15 anos, o que impunha ao Poder Concedente agir com prudência maximizada, ante o risco de frustração da parceria público-privada no curso contratual.

Ademais, sempre é bom relembrar que as Unidades de Ganha Tempo constituem instrumentos para consagração da cidadania, eis que visam congregar, em um só espaço, os serviços de diversos órgãos e entidades públicas, de sorte a dinamizar o atendimento e facilitar a vida dos cidadãos, sobretudo os mais necessitados. Desse modo, todo risco à descontinuidade do serviço em questão deveria ser minimizado pelo Poder Concedente, não só pelo mandamento legal do artigo 6º da Lei 8.987/1995¹⁰, mas também pela natureza peculiar desse serviço público concedido.

Assim sendo, por todos os ângulos ressaltados, entendo ser o caso de acolher as razões recursais do Ministério Público de Contas neste ponto, a fim de considerar irregular a atuação da Comissão de Licitação ao habilitar o Consórcio Rio Verde no presente certame, tendo em vista a não apresentação de toda a documentação relativa à regularidade fiscal, caracterizando a irregularidade classificada como **GB 19**¹¹.

¹⁰ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, **continuidade**, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

¹¹ GB19. Licitação Grave 19. Ocorrência de irregularidades relativas às exigências de regularidade fiscal e trabalhista das licitantes (art. 29, da Lei nº 8.666/1993).





4. DA OMISSÃO DO PODER CONCEDENTE AO NÃO PROMOVER A DESCLASSIFICAÇÃO DO CONSÓRCIO RIO VERDE POR INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA

O questionamento acerca da inexecutabilidade da proposta comercial do Consórcio Rio Verde foi posto pela Representante ao aditar a sua petição inicial de propositura da RNE, ocasião em que ofertou elementos adicionais para subsidiar o pleito de medida cautelar (Doc. Digital n.º 263636/2017).

Em análise dos votos que compuseram o acórdão recorrido, observo que esse ponto do processo de fiscalização não foi objeto cognição meritória pelos julgadores que atuaram na condição de Relator e Revisor, apesar de expressamente referido nas manifestações técnica e ministerial. Também por isso, não foi expressamente abarcado pelo recurso do MPC.

Assim, entendendo pertinente debruçar a análise sobre essa possível irregularidade pontuada pela empresa representante, o que faço com fulcro nos princípios da *busca pela verdade real* e da *indisponibilidade do interesse público*, que impõem a esta Corte de Contas examinar todas as alegações de possíveis irregularidades indicadas nos autos, ainda que em sede recursal e especialmente quando o acórdão recorrido não as abordou expressamente.

Em análise do todo processado, noto que o Ministério Público de Contas e a Secex se manifestaram contrariamente à tese da inexecutabilidade da proposta. Não obstante, considero que houve sensível alteração do panorama fático-probatório acerca dessa possível irregularidade, cumprindo a este julgador, ainda que oficiosamente, promover o reexame do tema.

E sobre o tema da inexecutabilidade, convém sublinhar que a disposição do artigo 48, § 1º, da Lei de Licitações, ao estabelecer um parâmetro legal para que as propostas sejam consideradas “*manifestamente inexecutáveis*”, restringiu sua aplicabilidade “*no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia*”.

A se ver, a norma não seria plenamente aplicável certame em tela, que apresenta tipo de julgamento de técnica e preço, além de um objeto complexo (composto da execução de obras somada à prestação de serviços).





Ademais, não se pode pretender, como quis a Secex, que a referida presunção legal exclua outras hipóteses concretas em que se verifique a impossibilidade de execução da proposta apresentada.

A propósito, o Tribunal de Contas da União possui enunciado sumular que aponta nesse sentido, ao prever que o mencionado artigo contém apenas uma *presunção relativa*, vejamos:

TCU. Súmula 262: O critério definido no art. 48, inciso II, §1º, alíneas 'a' e 'b', da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

O referido entendimento também já foi corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgado no qual se considerou se tratar de presunção relativa, de modo que *“a inexequibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida”*¹².

Ora, se a referida presunção se relativiza em favor do futuro contratado, não há porque ser diferente na hipótese em que o Poder Público detenha fundados motivos para cogitar da inexequibilidade, ainda que não se enquadre na frieza matemática do dispositivo legal.

Feito esse esclarecimento sobre a inaplicabilidade do artigo 48 como única referência de inexequibilidade, esclareço que também não coaduno com o entendimento técnico de que a análise da exequibilidade deveria se pautar exclusivamente do exame do Valor por Atendimento (VPA) contido na proposta comercial das empresas, desconsiderando os custos por elas estimados.

Parece-me, em verdade, que a inexequibilidade deve ser aferida justamente do cotejo do VPA com o **valor previsto para os investimentos**, sendo que esse último necessariamente deverá se mostrar compatível com os valores de mercado. Não fosse isso, deixar de examinar a razoabilidade dos valores estimados equivaleria a taxar de inútil a própria apresentação desses custos.

De fato, a seguir na linha de raciocínio de que os custos não seriam relevantes, questiona-se: se órgão licitante não pretendia avaliar a plausibilidade dos

¹² REsp 965.839. Rel. Ministra DENISE ARRUDA, 1ª Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010.





custos informados pelos interessados, qual seria a razão jurídica para submeter os proponentes a elaborarem as planilhas de custos?

Assim, repiso que a caracterização de uma proposta como exequível ou inexecuível deverá perpassar, necessariamente, pela análise da razoabilidade dos custos por ela informados.

Ressalto que o entendimento ora exposto por este Conselheiro encontra eco na doutrina especializada, a exemplo das pertinentes considerações de Ronny Charles Lopes de Torres:

Em uma licitação, o órgão licitante necessita resguardar-se de propostas irresponsáveis, incapazes de suportar os custos da contratação e, portanto, fadadas a uma frustração contratual, gerando enormes prejuízos ao Poder Público.

Essas propostas irresponsáveis são, muitas vezes, caracterizadas pela inexecuibilidade de seus preços. **Consideram-se preços manifestamente inexecuíveis aqueles comprovadamente insuficientes para a cobertura dos custos decorrentes da contratação pretendida.** Assim, na análise das propostas, é fundamental a avaliação da exequibilidade dos preços apresentados.¹³

Para reiterar esse posicionamento, importa colacionar a norma regulamentar vigente no âmbito do Governo Federal, no bojo da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 05/2017, que também considera “*preços manifestamente inexecuíveis aqueles que, comprovadamente, forem insuficientes para a cobertura dos custos decorrentes da contratação pretendida*” (item 9.2).

Por certo que tais custos devem se pautar por valores reais, não se admitindo que os valores informados estejam inteiramente sujeitos ao arbítrio das empresas proponentes.

No caso dos autos, tem-se como elemento não controvertido o fato de que o Consórcio Rio Verde apresentou proposta comercial estimando o valor de **R\$ 10.249.750,00** para os Investimentos Gerais (das obras de construção civil e sistemas de ar condicionado). Esse montante, se consideradas as plantas arquitetônicas apresentadas pela própria empresa, ensejaria um custo de **R\$ 871,36** por metro quadrado.

O referido valor, além de muito inferior aos contidos nas propostas dos demais licitantes, foi também demonstrado como incompatível com os valores de mercado, eis que inferior à metade do valor de Custo Unitário Básico de Construção

¹³ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações Públicas – Lei nº 8.666/1993 p. 240.





(CUB/m²) calculado pelo Sinduscon-MT para os projetos “Padrão Comerciais”, o que à época correspondia aos valores de **R\$ 1.748,53** (padrão normal) e **R\$ 1.912,34** (padrão alto).

De igual modo, o valor por m² apresentado pelo Consórcio Rio Verde também destoava significativamente do referencial contido no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, divulgado pela Caixa Econômica Federal e que, à época, estimava um custo por m² de **R\$ 1.592,64**, considerando a média dos custos de todos os Municípios em que seriam implantadas as Unidades de Atendimento. Ou seja, verificou-se que a proposta comercial da licitante vencedora correspondeu a um valor **82,78%** inferior à referida tabela.

Observo que o Consórcio representado não contestou tais afirmações, resumindo-se a afirmar que os seus custos seriam menores porque uma das empresas consorciadas atuaria no ramo da construção civil e teria aceitado abrir mão de sua margem de lucro.

Contudo, a referida tese defensiva, antes de esclarecer a temática, somente a torna mais obscura. Isso porque, caso se aceitasse a argumentação que toda essa desproporção de custos se deveria tão somente à ausência margem de lucro, seria o equivalente a admitir que a referida construtora normalmente obtém exorbitantes lucros de **R\$ 82,78%** em relação à tabela SINAPI, o que foge da razoabilidade.

Além do mais, friso que não se poderia cogitar desconsiderar a rubrica dos “Investimentos Gerais”, ao argumento de que teria pouca importância na composição dos custos totais de investimento.

Ao contrário, observa-se que o montante de investimentos projetados pelo Consórcio para implantação das unidades correspondeu a **R\$ 21.962.031,00**, fazendo com que somente os “Investimentos Gerais” correspondessem a **46%** desse total, conforme se extrai da seguinte planilha (fl. 4 do Doc. Digital n.º 263680/2017):





Tribunal de Contas
Mato Grosso
TRIBUNAL DO CIDADÃO

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO

Luiz Carlos Pereira

Telefone: (65) 3613-7546 / 3613-7577

e-mail: gab.luizcarlos@tce.mt.gov.br

QUADRO AUXILIAR A2: Projeção de Investimento por Unidade (valores em R\$)

INVESTIMENTO (CAPEX)	DEP	CUIABÁ	RONDONÓPOLIS	SINOP	CÁCERES	BARRA DO GARÇAS	LUCAS DO RIO VERDE	VÁRZEA GRANDE	CENTRAL	TOTAL
TOTAL		5.607.195	3.405.325	3.418.126	2.376.433	2.082.818	2.056.819	2.392.831	622.483	21.962.031
1 - Projetos		450.000	170.000	170.000	110.000	110.000	110.000	120.000	180.000	1.420.000
1.1 - Projetos	25	450.000	170.000	170.000	110.000	110.000	110.000	120.000	180.000	1.420.000
2 - Investimentos Gerais		2.849.750	1.750.000	1.750.000	1.050.000	900.000	900.000	1.050.000	-	10.249.750
2.1 - Investimento em Obra Civil	25	2.649.750	1.600.000	1.600.000	900.000	800.000	800.000	900.000	-	9.249.750
2.2 - Investimento Sistema Ar	10	200.000	150.000	150.000	150.000	100.000	100.000	150.000	-	1.000.000
3 - Mobiliário		450.000	350.000	350.000	300.000	250.000	250.000	300.000	20.000	2.270.000
3.1 - Investimento em Mobiliário Geral	10	450.000	350.000	350.000	300.000	250.000	250.000	300.000	20.000	2.270.000
4 - Comunicação Visual		90.000	70.000	70.000	50.000	50.000	40.000	60.000	-	430.000
4.1 - Investimento Comunicação Visual	10	90.000	70.000	70.000	50.000	50.000	40.000	60.000	-	430.000
5 - Máquinas e Equipamentos		1.290.000	780.000	780.000	625.000	575.000	570.000	620.000	17.000	5.257.000
5.1 - Equipamentos - TI	5	1.250.000	750.000	750.000	600.000	550.000	550.000	600.000	15.000	5.065.000
5.2 - Equipamentos - Específicos	5	40.000	30.000	30.000	25.000	25.000	20.000	20.000	2.000	192.000
6 - Sistemas		150.000	60.000	80.000	50.000	50.000	45.000	40.000	2.000	477.000
6.1 - Sistemas (Soft, Licenças, CFTV, Ponto, Gr Atend)	5	150.000	60.000	80.000	50.000	50.000	45.000	40.000	2.000	477.000
7 - Despesas Pré-Operacionais		103.700	73.800	69.300	58.800	51.100	47.800	64.800	65.800	535.100
7.1 - Seguro	10	5.000	5.000	5.000	5.000	5.000	5.000	5.000	-	35.000
7.2 - Despesas com Implantação das Unidades	10	88.700	58.800	54.300	48.800	41.100	37.800	49.800	65.800	445.100
7.3 - Material divulgação permanente	10	10.000	10.000	10.000	5.000	5.000	5.000	10.000	-	55.000
8 - Despesas Pré-Operacionais Pessoal		223.745	151.525	148.826	132.633	96.718	94.019	138.031	337.683	1.323.181
8.1 - Folha Pagamento Inicial, Recrut e Seleção	10	196.865	133.925	131.546	117.273	85.198	82.819	122.031	81.603	951.261
8.2 - Investimento em Uniformes/Crachás	10	26.880	17.600	17.280	15.360	11.520	11.200	16.000	6.080	121.920
8.3 - Treinamento e Capacitação Inicial	10	-	-	-	-	-	-	-	250.000	250.000

Assim sendo, vislumbro que o Consórcio efetivamente subestimou os custos com os investimentos gerais, havendo fortes indícios de que tal expediente foi realizado para dar ares de viabilidade a um Valor por Atendimento – VPA possivelmente inexecutável, sendo que este último foi determinante para que a pessoa jurídica se sagrasse vencedora.

Prosseguindo nessa linha intelectual, destaco que, apesar de existir parcela doutrinária a advogar pela tese de que a Administração Pública não poderia rejeitar proposta que aparenta ser inexecutável porque essa seria mais vantajosa, a experiência prática demonstra que tal conduta dos entes públicos se revelaria temerária.

É que, não raras vezes, os licitantes se utilizam de ofertas inexecutáveis com a finalidade única de subjugar os seus concorrentes durante o certame público, já com a ciência de que, após celebrada a contratação, obterão oportunidades de recuperar o *deficit* de suas propostas.

Para tanto, poderão se valer das mais variadas estratégias, a exemplo da celebração de aditivos, da superveniente alteração dos quantitativos inicialmente estimados, dentre outras possibilidades.

É neste ponto que se mostram relevantes os fatos supervenientes mencionados anteriormente, os quais devem servir para a necessária contextualização da presente irregularidade.





Refiro-me especialmente à notícia de que, decorridos apenas 07 (sete) meses de execução contratual, houve a celebração do Primeiro Termo Aditivo ao Contrato n.º 062/SETAS/2017, com a finalidade precípua de **incluir uma nova unidade** que não constava no planejamento inicial do órgão, o que totalizou um acréscimo estimado de **R\$ 62.324.876,00** no valor total do contrato.

Ressalta-se que foi eleita para figurar no referido aditivo a Unidade Ganha Tempo Ipiranga, que já era gerida há mais de uma década pelo próprio Poder Concedente¹⁴.

Desta feita, causa espécie que a referida Unidade de Atendimento não tenha sido incluída na modelagem inicial da concessão, vindo a integrar a parceria público-privada somente após a celebração do contrato.

Veja-se que tal fato inclusive chamou atenção da Procuradoria-Geral do Estado em seu Parecer n.º 172/SGAC/2018, exarado no processo administrativo que antecedeu a celebração do termo mencionado aditivo. Peço vênica para transcrever o seguinte trecho:

Observa-se, porém, que no Parecer 29/SGAC/2018 também se estabeleceu algumas condições que ainda não foram plenamente cumpridas. Em primeiro lugar, recomendou-se a feitura de estudo comparativo entre a realização do aditivo e a abertura de novo procedimento licitatório. Esse estudo, se realizado, não foi juntado aos autos. Em segundo lugar, naquela oportunidade se recomendou que:

o órgão competente elabore decisão motivada não apenas nos aspectos econômicos, mas também onde se aponte, de forma clara, as exigências do interesse público superveniente a celebração do contrato que (a) justificam a celebração do aditivo contratual e (b) não recomendam a realização de nova licitação ou a tomada de outras providências em relação à Unidade do Ganha Tempo – Ipiranga.

Esses motivos também não foram expostos adequadamente nos autos. A nota técnica às fls. 55 demonstra o impacto financeiro do aditivo sobre o contrato, detalha o conteúdo do aditivo e opina em seu favor, mas não apresenta os motivos supervenientes de interesse público que o justificam. Não supre, portanto, a condição fixada inicialmente por esta Procuradoria¹⁵.

Porém, a manifestação do órgão consultivo do Poder Executivo Estadual aparentemente restou ignorada no procedimento administrativo, não se constatando qualquer manifestação fundamentada do Poder Concedente sobre quais seriam os

14 Confira-se notícia do ano de 2002, dando conta da mudança de denominação da sede do Ganha Tempo da Praça Ipiranga: <https://www.al.mt.gov.br/midia/texto/pedro-d-abbadia-maciel-da-nome-a-ganha-tempo/visualizar>.

15 Parecer n.º 172/SGAC/2018. Cuiabá. 07/05/2018. Procurador: Igor de Araújo Vilella.





motivos de interesse público superveniente que ensejaram a formalização do aditivo com a inclusão de nova unidade de atendimento.

Como se vê, a tese de inexecutabilidade se robustece ao se verificar a celebração do termo aditivo que incluiu uma nova unidade a ser gerida, sobretudo ao se considerar que se trata de local nitidamente vantajoso a ser explorado, pois contava com infraestrutura prévia que demandaria poucas alterações, além de se situar na região central da capital mato-grossense, com alto fluxo de pessoas em seu entorno.

Aliás, informações do próprio Governo Estadual dão conta de que a Unidade do Ipiranga havia realizado mais de um milhão de atendimentos no exercício de 2017¹⁶.

Somente para contextualizar, esse quantitativo de atendimentos equivale ao dobro do estimado para a Unidade do CPA I (previsão anual de 501.840 atendimentos), que até então era a unidade com maior demanda estimada¹⁷. Representa, igualmente, mais da metade do valor estimado para o somatório das sete unidades de atendimento previstas inicialmente na licitação (1.647.840 atendimentos).

Não bastasse esse fato, penso também deve atrair a atenção deste Plenário o valoroso trabalho de auditoria da Controladoria-Geral do Estado (CGE-MT), que inclusive subsidiou a investigação criminal já mencionada, no ponto em que se constatou um outro artifício possivelmente utilizado para essa insólita tarefa de recuperar os custos de uma proposta inicialmente inexecutável.

Com efeito, notou-se no curso da auditoria interna que a Concessionária teria registrado diversos atendimentos sem correspondência real, valendo-se da emissão de senhas em duplicidade e do registro de atendimentos inexistentes, atuação que ficou conhecida localmente como “atendimentos *fake*”.

Nessa linha de entendimento, pontuou a CGE/MT que, excluindo do cômputo os atendimentos irregulares emitidos pela Concessionária, o Poder Concedente arcou com um VPA efetivo de **R\$ 19,35**, em patamar muito superior ao formalmente ofertado na proposta de preços (**R\$ 13,30**).

¹⁶ Confirma-se trecho da matéria veiculada no endereço eletrônico do Poder Executivo Estadual: “O governador Pedro Taques destacou que o Ganha Tempo é um dos produtos que deve ser referência no atendimento e prestação de serviço ao público. Somente em 2017, a unidade do Ganha Tempo Ipiranga prestou mais de um milhão de atendimentos.” (Disponível em: http://www.mt.gov.br/rss/-/asset_publisher/Hf4xlehM0Iwr/content/id/8300375)

¹⁷ Fonte: Edital Anexo I Termo de Referência Apêndice I, Primeiro Termo de Retificação do Edital.





Registro, por oportuno, que tal valor efetivo apurado pela CGE/MT se mostra superior a todas as demais propostas apresentadas pelas concorrentes, o que mostra que a empresa laborou para transformar um VPA inicialmente subestimado em um verdadeiro *superfaturamento*, ensejando possível dano ao erário estadual de **R\$ 2.093.464,56** somente no período apurado, segundo os cálculos do órgão estadual de controle interno¹⁸.

Para melhor elucidar, transcrevo parte das conclusões dos Auditores Internos:

Um dos elementos que demonstram que os fatores Planejamento e Fiscalização são essenciais para o sucesso do projeto está relacionado aos valores efetivamente pagos por atendimento, que foram fixados na proposta de preços em R\$ 13,30 (VPA, que hoje encontra-se em R\$ 13,88), mas que na prática implica no desembolso de um valor por atendimento bem superior. Para melhor compreensão desse fato, o quadro abaixo traz um cálculo aproximado e simplificado do custo efetivo dos atendimentos realizados em doze meses de execução contratual: [...]

Como se observa, ao se considerar o pagamento mínimo devido às unidades que não atingiram 80% da demanda projetada (cláusula 8.3) e o volume de atendimentos irregulares (aqui identificados apenas atendimentos até 30 segundos), tem-se a seguinte equação:

- Atendimentos efetivos: 873.790 (atendimento real menos senhas com TA até 30 segundos);

- Valores faturados: R\$ 16.913.917,80 (pagos pela demanda real + pagos pelo mínimo 80% da demanda projetada);

- Valor por atendimento efetivo: R\$ 19,35.

Em que pese tal cálculo considere apenas uma parcela dos atendimentos irregulares, essa estimativa é suficiente para demonstrar que o atendimento pago nesses doze meses representam um acréscimo superior a **39,4% do VPA**.

Tal elevação do custo efetivo dos atendimentos decorreu das mencionadas falhas de deficiência no planejamento (não adoção de medidas prévias capazes de suprimir ou mitigar riscos), ausência/insuficiência de estrutura técnica e instrumentos de controle capazes de detectar irregularidades, inexecuções contratuais que obstaculizaram a fiscalização, além das próprias práticas irregulares perpetradas pela Concessionária.¹⁹

Isto posto, entendo que restou devidamente caracterizada a inexequibilidade da proposta comercial do Consórcio Rio Verde, o que se comprova tanto pela composição de custos subestimados em sua proposta de investimentos, quanto pelo VPA que efetivamente foi pago pelo Poder Concedente no curso contratual, que se revelou muito superior ao valor da proposta.

¹⁸ Fls. 38 do Relatório de Auditoria 025/2019.

¹⁹ Fls. 38 do Relatório de Auditoria 025/2019.





Assim sendo, reputo que a atuação omissiva da Comissão de Licitação, ao deixar de desclassificar a proposta comercial inexecutável do Consórcio Rio Verde, ensejou a configuração da irregularidade **GB 13**, a qual classifico como de natureza grave.

5. DOS EFEITOS DO PRESENTE JULGAMENTO

Feita a exposição deste Relator sobre as razões pelas quais entendo que o Recurso Ordinário do Ministério Público de Contas deve ser provido, com a consequente declaração de parcial procedência da Representação de Natureza Externa, cumpre-me averiguar os efeitos de tal constatação.

Para iniciar, pontuo que nestes autos não houve a imputação de culpabilidade a nenhum agente público, embora em tese essa responsabilização pudesse ocorrer. Porém, ante a ausência de inclusão de qualquer agente público na polaridade passiva, restando inexistente a formalização do devido contraditório, considero inviável a aplicação de sanções.

Por outro lado, há que se perquirir quais seriam os efeitos da configuração das irregularidades na validade dos atos administrativos fiscalizados, notadamente no que tange ao Contrato celebrado em decorrência da licitação.

Procedo a esse exame seguindo o que preveem os já conhecidos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cuja literalidade assim estabelece:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.





Em exame das duas impropriedades de natureza grave constatadas nestes autos, observo que ambas guardaram *relação de causalidade direta* com o resultado do certame, uma vez que, tivesse a Comissão de Licitação atuado como dela se esperava, o Consórcio Rio Verde não teria superado a fase de habilitação, pois não demonstrou a regularidade tributária necessária a participar da licitação.

Ademais, a proposta comercial da empresa vencedora também mereceria a desclassificação, porquanto conteve valor por atendimento inexecutável, considerando que os custos foram subestimados para os investimentos em infraestrutura.

Vale dizer que, em tese, a constatação da invalidade desses atos que classificaram o Consórcio refletiria na nulidade de todo o procedimento licitatório que se seguiu, além macular o contrato que sobreveio, conforme se nota da redação dos artigos 49 e 59 da Lei 8.666/1993:

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

[...]

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

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

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

É dizer, caso esta Corte se atenha à literalidade da legislação, a medida cabível seria a determinação para que o Poder Executivo realizasse a anulação do contrato, com os efeitos retroativos previstos nos dispositivos supracitados. Ressalto, por oportuno, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra precedente reconhecendo tal competência aos Tribunais de Contas, inclusive nas concessões de serviços públicos, confira-se:

Mandado de segurança. Ato do Tribunal de Contas da União. Competência prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal. Termo de sub-rogação e rerratificação derivado de contrato de concessão anulado. Nulidade. Não





configuração de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Segurança denegada. **1. De acordo com a jurisprudência do STF, "o Tribunal de Contas da União, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou"** (MS 23.550, redator do acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 31/10/01). Assim, perfeitamente legal a atuação da Corte de Contas ao assinar prazo ao Ministério dos Transportes para garantir o exato cumprimento da lei. **2. Contrato de concessão anulado em decorrência de vícios insanáveis praticados no procedimento licitatório.** Atos que não podem ser convalidados pela Administração Federal. Não pode subsistir sub-rogação se o contrato do qual derivou é inexistente. 3. Não ocorrência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A teor do art. 250, V, do RITCU, participaram do processo tanto a entidade solicitante do exame de legalidade, neste caso a ANTT, órgão competente para tanto, como a empresa interessada, a impetrante (Ecovale S.A.). 4. Segurança denegada.²⁰

Destaco que, por uma perspectiva, a *extinção do contrato* se mostra viável do ponto de vista do interesse público, haja vista que a manutenção da vigência contratual com a atual parceira-privada aparenta ser insustentável, mormente em vista dos questionamentos que se assomam sobre a inidoneidade da atuação do Consórcio, com ênfase para os fatos apurados pela CGE-MT e que deram origem à “Operação Tempo é Dinheiro”.

De outra ponta, me atento ao fato de que a anulação de toda a licitação poderia acarretar em sérios prejuízos ao Poder Concedente e aos cidadãos beneficiários dos serviços do Ganha-Tempo, porque implicaria na solução de continuidade do serviço público.

Como é cediço, a continuidade ostenta a feição de um *princípio explícito* previsto no artigo 6º, § 1º, da Lei n.º 8.987/1995 (Lei de Concessões e Permissões), sendo assim descrita pela doutrina de Rafael Carvalho Rezende Oliveira²¹:

O princípio da continuidade está umbilicalmente ligado à prestação de serviços públicos, cuja prestação gera comodidades materiais para as pessoas e não pode ser interrompida, tendo em vista a necessidade permanente de satisfação dos direitos fundamentais.

Como consequência da necessidade de continuidade do serviço público, exige-se a regularidade na sua prestação. O prestador do serviço, seja o Estado, seja o delegatário, deve prestar o serviço adequadamente, em conformidade com as normas vigentes e, no caso dos concessionários, com respeito às condições do contrato de concessão. Em suma: a continuidade pressupõe a regularidade, pois seria inadequado exigir que o prestador continuasse a prestar um serviço irregular.

20 MS 26000, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2012 PUBLIC 14-11-2012.

21 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 124.





Na prática, muito além de um vetor jurídico interpretativo, a continuidade dos serviços públicos consiste em uma *exigência real* da própria população que usufrui dos serviços públicos, uma vez que as demandas sociais se apresentam diariamente para os cidadãos, não podendo ser suspensas ou interrompidas. Com mais razão na concessão sob análise, cuja principal parcela de usuários consiste em cidadãos de baixa renda.

Assim, sopesando as possíveis alternativas para o caso, de modo a fixar “condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais” (Parágrafo Único do artigo 21 da LINDB), entendo pertinente observar a proposta de encaminhamento formulada pelo Ministério Público de Contas no Parecer n.º 1.317/2017, da lavra do d. Procurador de Contas Getúlio Velasco Moreira Filho, no sentido de promover a:

[...] inversão na empresa vencedora do certame que passa a ser a representante Shopping do Cidadão e Informática S.A., devendo a comissão de licitação rescindir o contrato com a primeira, atribuindo obrigações e deveres à nova contratada, com a devida indenização e pagamento pelos serviços e obras já executados pelo Consórcio Rio Verde Ganha Tempo, que ficará a cargo da Shopping do Cidadão e Informática S.A., pois trata-se de etapa essencial da execução contratual que deveria ter sido executada desde o início por ela, bem como em razão de que os investimentos são amortizados durante o prazo de validade contratual.

A meu sentir, a alternativa então pontuada pelo *parquet* se mostra a mais adequada para evitar a descontinuidade na prestação dos serviços públicos, porque aproveitaria todos os atos já realizados no curso da Concorrência Pública, com exceção daqueles reconhecidos por esta Corte como viciados.

Em simples termos, haveria a anulação tão somente dos atos irregulares e daqueles que sejam consequências diretas – habilitação e adjudicação do objeto ao Consórcio Rio Verde –, sem prejudicar aqueles praticados pelos demais participantes da licitação e que não estejam eivados de invalidade.

Com isso, haveria a economia dos atos processuais praticados no procedimento licitatório, o que, por sua vez, se traduziria em economia de recursos públicos, considerando que o Poder Concedente não teria que arcar com os ônus financeiros e temporais da realização de nova licitação.





Diante desses fundamentos, considero necessário **declarar a ilegalidade** do ato administrativo que julgou habilitado o Consórcio Rio Verde na Concorrência Pública n.º 001/2017 da SETASC, atingindo, por consequência, o ato que declarou o referido consórcio como vencedor e o contrato posteriormente celebrado.

Do mesmo modo, se mostra necessário **assinalar o prazo de 30 (trinta) dias**, na forma do artigo 71, IX, da CRFB, para que o Poder Concedente promova a anulação do ato que habilitou o Consórcio Rio Verde na Concorrência Pública n.º 001/2017 da SETAS e, por conseguinte, a anulação do Contrato n.º 062/SETAS/2017, adjudicando o objeto contratual da Parceria Público-Privada à empresa segunda colocada ou, não havendo interesse dessa, às demais licitantes remanescentes, na ordem de classificação, conforme aplicação analógica do artigo 64, § 2º, da Lei 8.666/1993²², de modo a manter a continuidade do serviço público.

Por fim, destaco que, nos termos do Parágrafo Único do artigo 59 da Lei 8.666/1993, se mostra cabível que o Poder Concedente reconheça eventual direito à indenização do Consórcio Rio Verde pelos investimentos realizados e pelos serviços comprovadamente prestados, sem prejuízo de possíveis multas e glosas que venha a aplicar em desfavor da parceira-privada, em virtude de irregularidades que porventura tenham sido constatadas no curso da execução contratual (artigo 86 e ss. da Lei 8.666/1993).

DISPOSITIVO

Em face do exposto, com a devida vênia dos pronunciamentos anteriores, voto por **conhecer e dar parcial provimento** ao Recurso Ordinário interposto pelo Ministério Público de Contas, da lavra do Procurador-geral de Contas Alisson Carvalho de Alencar, de modo a reformar o Acórdão n.º 833/2019-TP, para **julgar parcialmente procedente** a Representação de Natureza Externa, a fim de:

I. Extinguir sem resolução do mérito as supostas irregularidades referentes à pontuação do Consórcio Rio Verde nos fatores 04, 05 e 12, diante da

²² Art. 64. [...] § 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.





existência de coisa julgada material sobre o tema, nos termos do artigo 485, V, do CPC;

II. Declarar a ilegalidade do ato administrativo que julgou habilitado o Consórcio Rio Verde na Concorrência Pública n.º 001/2017 da SETASC, atingindo, por consequência, o ato que declarou o referido consórcio como vencedor e o contrato posteriormente celebrado, por terem se configurado as seguintes impropriedades, ambas de natureza grave:

- a) Omissão do poder concedente ao não promover a desclassificação do Consórcio Rio Verde por ausência de Regularidade Fiscal das empresas componentes do consórcio – irregularidade **GB 19**;
- b) Omissão do poder concedente ao não promover a desclassificação do Consórcio Rio Verde por inexecutabilidade da proposta comercial apresentada – irregularidade **GB 13**;

III. Assinalar o prazo de 30 (trinta) dias, com fundamento no artigo 71, IX, da Constituição Federal, para que a Secretaria de Estado de Assistência Social e Cidadania, na pessoa de sua atual Gestora, a Sra. Rosamaria Ferreira de Carvalho, **promova a anulação do ato** que habilitou o Consórcio Rio Verde na Concorrência Pública n.º 001/2017 da SETAS e, por conseguinte, a anulação do Contrato n.º 062/SETAS/2017, adjudicando o objeto contratual da Parceria Público-Privada à empresa segunda colocada ou, não havendo interesse dessa, às demais licitantes remanescentes, na ordem de classificação (artigo 64, § 2º, da Lei 8.666/1993), de modo a manter a continuidade do serviço público.

IV. Determinar à Secretaria de Estado de Assistência Social e Cidadania na pessoa de sua atual Gestora, a Sra. Rosamaria Ferreira de Carvalho, que, por ocasião da rescisão contratual, **observe o Parágrafo Único do artigo 59 da Lei 8.666/1993**, para averiguar eventual direito à indenização do Consórcio Rio Verde pelos investimentos realizados e pelos serviços comprovadamente prestados, bem como **os artigos 86 e seguintes da Lei de Licitações**, acerca da possibilidade de aplicação de multas e glosas ao parceiro-privado em virtude de irregularidades que porventura tenham sido constatadas no curso da execução contratual.





Tribunal de Contas
Mato Grosso
TRIBUNAL DO CIDADÃO

GABINETE DO CONSELHEIRO INTERINO

Luiz Carlos Pereira
Telefone: (65) 3613-7546 / 3613-7577
e-mail: gab.luizcarlos@tce.mt.gov.br

É como voto.

Gabinete do Relator, Cuiabá-MT, em 22 de outubro 2020.

LUIZ CARLOS PEREIRA²³

Conselheiro Interino

(Portaria n.º 015/2020, DOC TCE/MT de 19/02/2020)

²³ Documento assinado por assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006

