



## EXAME DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS

### 1. IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO

<b>TC – 019.534/2006-0</b>	<b>ESPÉCIE RECURSAL:</b> Pedido de Reexame
<b>ENTIDADE/ÓRGÃO:</b> Banco da Amazônia S.A. – BASA. <b>RECORRENTES:</b> Cobra Tecnologia S.A. (R003 – Peça 346). <b>PROCURAÇÕES:</b> Peça 27, p. 57/60, c/substabelecimento à Peça 339.	<b>DELIBERAÇÃO RECORRIDA:</b> Acórdão 3126/2012 (Peça 298). <b>COLEGIADO:</b> Plenário. <b>ASSUNTO:</b> Representação. <b>ITEM RECORRIDO:</b> 9.11.

### 2. EXAME PRELIMINAR

<b>2.1. PRECLUSÃO CONSUMATIVA:</b> O recorrente está interpondo a espécie de recurso pela primeira vez?	SIM
<b>2.2. TEMPESTIVIDADE:</b> <b>2.2.1.</b> O recurso foi interposto dentro do prazo previsto na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU?  Data de notificação da deliberação: <b>6/12/2012</b> (Peça 332). Data de oposição dos embargos: <b>11/12/2012</b> (peça 312, p. 1). Data de notificação dos embargos: <b>13/5/2013</b> (Peça 349). Data de protocolização do recurso: <b>3/5/2013</b> (Peça 346, p. 1).  *Considerando que a oposição de embargos de declaração é causa de <u>suspensão</u> do prazo para interposição dos demais recursos (art. 34, § 2º da LOTCU), ainda que interpostos por terceiros, conclui-se que, para a presente análise de tempestividade, devem ser considerados tanto o lapso ocorrido entre a data de notificação da decisão original e a data de oposição dos referidos embargos, quanto o prazo compreendido entre a notificação da deliberação que julgou os embargos e a data de interposição do presente recurso. Com relação ao primeiro lapso, foi considerada a data que consta no AR da peça 332, qual seja, 6/12/2012. Tendo em vista que os embargos foram opostos no dia 11/12/2012 (Peça 312, p. 1), transcorreram, neste caso, 5 (cinco) dias. Com relação ao segundo lapso, não houve contagem de prazo em razão de o recurso ter sido interposto antes mesmo da notificação da decisão que julgou os embargos de declaração, razão pela qual o presente apelo é tempestivo.	SIM
<b>2.2.2.</b> Em sendo intempestivo, houve superveniência de fatos novos?	-
<b>2.3. LEGITIMIDADE:</b> O recorrente é parte legítima para interpor o recurso?  Trata-se de recurso interposto por responsável/interessado habilitado nos autos, nos termos do art. 144 do RI-TCU.	SIM
<b>2.4. INTERESSE:</b> Houve sucumbência da parte?	SIM
<b>2.5. ADEQUAÇÃO:</b> O recurso indicado pelo recorrente é o adequado para impugnar a decisão recorrida?	SIM
<b>2.6. OBSERVAÇÃO:</b>  Trata-se de representação originária de reclamação apresentada à Ouvidoria deste Tribunal em relação a indícios de irregularidades na contratação direta da empresa Cobra Tecnologia S. A. pelo Banco da Amazônia S. A. – Basa, por meio do Contrato 2004/224.  Por meio do Acórdão 3126/2012 – TCU – Plenário, esta Corte fez a seguinte	



determinação, no que interessa ao presente exame:

“9.11. determinar ao Banco da Amazônia S.A. que, no âmbito do contrato 2004/224, considerando inclusive o 14º Termo Aditivo, abstenha-se de pagar à contratada o valor de R\$ 11.564.967,04 (onze milhões, quinhentos e sessenta e quatro mil, novecentos e sessenta e sete reais e quatro centavos), referente ao sobrepreço efetivo calculado pela diferença dos valores de venda da empresa Cobra Tecnologia S.A. ao Banco da Amazônia S.A. propostos no cronograma físico-financeiro do referido contrato e nos seus 6º, 7º e 14º termos aditivos (R\$ 113.732.103,22), e o valor de custo da empresa Cobra Tecnologia S.A. acrescido de 25% (R\$ 102.167.136,18) (peça 274, p. 12, item 159);”

Ressalte-se, a bem da maior efetividade das ações de controle empreendidas por esta Corte, pautadas na plena observância da supremacia do interesse público e com o propósito de salvaguardar o erário, que o item transcrito determina que a entidade jurisdicionada adote providências que, se não empreendidas neste momento, pode tornar inócua e ineficaz a decisão prolatada.

Em regra, todo recurso de reconsideração, pedido de reexame e embargos de declaração, se tempestivos, têm efeito suspensivo com vistas a inibir que a decisão recorrida surta os seus efeitos.

No entanto, no presente caso, verifica-se que o transcurso de eventual lapso temporal, gerado até que se julgue o recurso, fará com que as obrigações decorrentes do negócio jurídico inquinado sejam consumadas e, por corolário, torne sem efeito o teor do *decisum* e os trabalhos de fiscalização/auditoria realizados por este Tribunal.

Nesse rumo, eventual efeito suspensivo a ser conferido ao presente recurso se evidencia prejudicial ao objeto da determinação, que restará sem nenhuma eficácia e inapta para o fim colimado, qual seja, o de evitar que recursos públicos sejam aplicados de maneira contrária à escorreita e judiciosa gestão orçamentário-financeira.

Nesse sentido, inclusive, registre-se que o Acórdão 1879/2011-TCU-Plenário reconheceu a perda de objeto de determinação em face do fim da vigência do contrato celebrado, uma vez que o recurso interposto resultou na suspensão dos efeitos dos itens questionados.

Nesses termos, considerando que as determinações contidas no Acórdão recorrido devem ser cumpridas pelo jurisdicionado ainda na vigência do contrato, é mister que o Tribunal, arrimado no seu poder geral de cautela, não conceda efeito suspensivo ao presente recurso com relação ao item em referência, com vistas a resguardar a sua eficácia.

A possibilidade de concessão de medida cautelar por esta Corte está assegurada pelo artigo 276 do Regimento Interno/TCU e, sobretudo, encontra amparo na jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

#### **EMENTA**

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/DF, grifou-se).

#### DECISÃO MONOCRÁTICA

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. PODER CAUTELAR. RETENÇÃO DE VERBAS. CONTRATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. ART. 71, IX E §§ 1º E 1º DA CRFB. DOUTRINA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA (MS 30.924/DF).

Isto posto, para a concessão de tal medida é imprescindível que se configurem os requisitos necessários para a adoção da cautela, vale dizer, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No caso em apreço, a fumaça do bom direito existe em razão da própria decisão desta Corte, que entendeu necessária a realização de retenção/glosa de pagamentos do contrato fiscalizado nos autos. Com efeito, é possível assimilar a existência de uma apuração prévia que já apreciou o fato ora objeto de recurso e deliberou pela determinação ora questionada. Assim, até o presente momento, constata-se que este Tribunal deliberou pela existência de irregularidade a ser sanada.

O perigo da demora, por seu turno, mostra-se evidente diante do risco de que o interregno entre o conhecimento do presente recurso e o seu julgamento comprometa a eficácia da determinação proferida por este Tribunal, uma vez que o ajuste firmado poderá vir a termo sem que se procedam aos ajustes nos valores pagos indevidamente.

Por outro giro, não há que se falar em fumaça do bom direito e perigo de demora reverso, porquanto os valores a serem retidos/glosados são apenas a parte dos pagamentos controversos no âmbito do contrato e não a sua totalidade.

Desse modo, primando pela máxima efetividade das decisões deste Tribunal tomadas no exercício de sua missão constitucional de assegurar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, propõe-se, cautelarmente, não conceder efeito suspensivo ao recurso em relação ao item acima mencionado.

Por oportuno, vale citar o Acórdão 902/2009-Plenário, por meio do qual este Tribunal, acompanhando a proposta do Relator, Exmo. Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, manteve em seus exatos termos a certidão expedida por esta Secretaria de Recursos à Ecoplan Engenharia Ltda., líder do Consórcio Ecoplan Planave, na qual se ressalvou, com base no poder geral de cautela assegurado ao TCU, que o efeito suspensivo dos embargos de declaração opostos contra o Acórdão 327/2009-Plenário não alcançaria o subitem 9.1.3 do acórdão embargado, transcrito abaixo, por se tratar de medida acautelatória adotada com o fim de preservar o patrimônio público:

9.1. determinar à Secretaria Especial de Portos da Presidência da República que, no âmbito do contrato nº AQ-96/2003-00:

(...)

**9.1.3. efetue retenções dos valores indevidamente pagos nas faturas vincendas do contratado.** (grifou-se)

Por intermédio do Acórdão 1508/2009-Plenário, esta Corte de Contas, acompanhando mais uma vez a proposta do Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, apreciou agravo interposto pela Ecoplan Engenharia Ltda. contra a decisão

supramencionada, negando a ele provimento.

Na mesma linha de entendimento encontra-se a admissibilidade relacionada ao recurso examinado no âmbito do TC 000.279/2010-2, interposto pela Construtora Celi Ltda., empresa contratada pelo município de Fortaleza/CE para construção de unidades habitacionais. Em despacho de admissibilidade, o Exmo. Ministro-Relator do recurso, Augusto Nardes, conheceu da peça apelativa, mas não concedeu efeito suspensivo em relação ao item do acórdão recorrido que determinava a retenção de parcela controversa do contrato.

Verifica-se, portanto, que este Tribunal já acolheu a tese de que o efeito suspensivo dos recursos não se estende a certas determinações cuja finalidade é de resguardar o erário público, sob pena de torná-la ineficaz, quando do julgamento de mérito do recurso, diante da dificuldade de, caso não indeferido o pedido do recurso em análise, se restituir os valores pagos indevidamente ao recorrente.

Por fim, traçando-se um paralelo com o Código de Processo Civil, nota-se que o art. 497, apesar de expressamente vedar a concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, ao permitir que a decisão recorrida produza a eficácia que lhe é própria – porquanto são aqueles recebidos somente no efeito devolutivo, nos termos do artigo 542, § 2º, do CPC –, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) orienta-se, há tempos, no sentido de que é possível a propositura de ação cautelar para suspensão da eficácia da decisão recorrida mediante os recursos mencionados.

Ao apreciar a Petição nº 764-6-RJ, a 2ª Turma do STF acentuou que:

(...) como o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, esta Corte tem admitido, em situações limitadas e excepcionais, medida cautelar para lhe dar este efeito, nas hipóteses de proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação ou para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa, desde que ele já se encontre a sua jurisdição. (Rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 22/10/93, p. 22.252).

Nessa esteira também é a jurisprudência do STJ, o qual, inclusive, já decidiu no sentido de adoção de medida cautelar em sede de recurso extraordinário ou especial ainda não interposto ou pendente de admissão na origem, conforme evidencia o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, em *Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo*, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 516, **verbis**:

A decisão recorrível mediante recurso extraordinário ou recurso especial é eficaz desde logo – vale dizer, desde o momento em que prolatada. O fato de a decisão produzir efeitos de imediato gera a possibilidade de a decisão provocar danos na esfera jurídica da parte de maneira igualmente imediata. Observe-se que nesse caso a decisão pode causar dano ainda dentro do prazo que a parte dispõe para elaboração do recurso cabível ou mesmo durante o processamento desse recurso no tribunal de origem. Como a jurisdição é inafastável – e todos têm direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva –, é logicamente cabível a propositura de ação cautelar visando à suspensão da eficácia da decisão recorrida, mesmo que ainda não interposto o recurso extraordinário ou o recurso especial ou pendente o recurso de admissão na origem. Portanto, presentes os pressupostos que autorizam a concessão do provimento cautelar, vale dizer, a plausibilidade do direito alegado e a probabilidade do dano, cabe a concessão da medida cautelar para suspender a eficácia da decisão, mesmo que ainda não interposto o recurso extraordinário ou o recurso especial ou que pendente o recurso de admissão na origem. (...) (STJ, 3ª Turma, AgRg na MC 13.123/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20/9/2007, DJ 8/10/2007, p. 259).

É certo que, nos casos acima mencionados, a concessão de cautelar tem o intuito de conceder efeito suspensivo a recursos em que não há previsão legal para



tanto, ao contrário do que se pretende nesta análise – abster de se conceder efeito suspensivo a recurso que tem previsão legal para recebê-lo nos seus efeitos suspensivo e devolutivo. Contudo, ressalta-se que o objetivo maior de ambas as situações é o mesmo, qual seja, garantir a tutela jurisdicional/administrativa adequada e efetiva. De nada adianta o direito à interposição de recurso, se, quando do seu julgamento, a decisão provavelmente carecerá de eficácia.

À vista dessas razões, conclui-se pela não concessão de efeito suspensivo ao item 9.11 do acórdão recorrido, por meio de concessão de medida cautelar, cujos pressupostos se encontram presentes neste caso concreto, conforme informado acima.

### 3. CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO PRELIMINAR

Em virtude do exposto propõe-se:

**3.1. conhecer o pedido de reexame**, nos termos do artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU;

**3.2. cautelarmente**, não conceder efeito suspensivo ao item **9.11** do acórdão recorrido, ante a existência dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, com fundamento no artigo 276 do Regimento Interno/TCU e no poder geral de cautela assegurado a este TCU pelo próprio STF; e

**3.3. encaminhar os autos ao gabinete do relator competente para apreciação do recurso**, com fundamento na Portaria/Serur 1/2013.

SAR/SERUR, em 21/5/2013.

Carlos Alberto F. da Silveira  
TFCE-CE – Mat. 1627-6

ASSINADO ELETRONICAMENTE