

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 019.534/2006-0 [Aposos: TC 027.072/2008-4, TC 033.266/2008-3]

Natureza(s): Agravo (em Representação)

Órgão/Entidade: Banco da Amazônia S.A.

Responsáveis: Abidias Jose de Sousa Junior (279.712.951-20); Ana Lúcia Braga de Araújo (424.518.927-49); Banco da Amazônia S.A. (04.902.979/0001-44); Cobra Tecnologia S.A. (42.318.949/0001-84); Deusdedith Freire Brasil (001.300.442-53); Evandro Bessa de Lima Filho (021.431.947-49); Francisco Serafim de Barros (022.401.811-68); Jose Carlos Rodrigues Bezerra (075.235.051-04); João Batista de Melo Bastos (008.161.242-72); Mancio Lima Cordeiro (045.734.472-53); Milton Barbosa Cordeiro (026.480.672-72); Walter Raimundo Lima Franco (081.806.282-72); Álvaro Chaves Lemos (094.071.972-04)

Interessados: Abidias Jose de Sousa Junior (279.712.951-20); Banco da Amazônia S.a. (04.902.979/0001-44); Cobra Tecnologia S.a. (42.318.949/0001-84); Ouvidoria do Tribunal de Contas da União; Procuradoria da República/PA - MPF/MPU (26.989.715/0019-31)

Recorrente: Cobra Tecnologia S.A. (42.318.949/0001-84)

Advogados constituídos nos autos: Fernando Granvile (OAB/SP 116.077), Miriam Auxiliadora Romanholli (OAB/RJ 163.389) e outros (representando a Cobra Tecnologia S.A. - peça 339); Maria Aparecida Freire Brasil (OAB/PA 7.386) e outros (representando Deusdedith Freire Brasil – peça 359); Paulo Vicente Coutinho dos Santos (OAB/RJ 45.623), Sérgio Ricardo Flor (OAB/DF 33.866) e outros.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. AGRAVO. BASA S.A. COBRA TECNOLOGIA S.A. INDEFERIMENTO DE EFEITO SUSPENSIVO A PEDIDO DE REEXAME EM RELAÇÃO A ITEM QUE DETERMINOU À UNIDADE JURISDICIONADA (BASA S.A.) QUE SE ABSTIVESSE DE PAGAR À EMPRESA CONTRATADA (COBRA TECNOLOGIA S.A. - AGRAVANTE) A QUANTIA CORRESPONDENTE AO SOBREPREGO APURADO NO RESPECTIVO CONTRATO. CONHECIMENTO DO RECURSO. DECISÃO AMPARADA NO PODER GERAL DE CAUTELA. PERICULUM IN MORA. RISCO DE INEFICÁCIA DA DETERMINAÇÃO RECORRIDA NA HIPÓTESE DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. PRECEDENTES. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO AGRAVO. CIÊNCIA À RECORRENTE.

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo interposto pela Cobra Tecnologia S.A. contra despacho deste relator, em que, ao admitir pedido de reexame interposto pela ora agravante contra o Acórdão 3.126/2012-Plenário, negou efeito suspensivo ao recurso em relação à determinação dirigida ao Banco da Amazônia S.A. para que se abstinhasse de pagar à Cobra Tecnologia S.A. a quantia correspondente

ao sobrepreço apurado, mediante este processo de representação, no Contrato 2004/224, firmado entre as partes mencionadas.

2. Segue-se a determinação questionada no pedido de reexame formulado pela ora agravante:

*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);*

3. Reproduzo, a seguir, o teor principal da análise preliminar de admissibilidade do mencionado pedido de reexame, lavrada no âmbito da Secretaria de Recursos, cujas conclusões foram endossadas pela direção da unidade e por este Relator ao emitir o despacho ora agravado (peças 354 a 357 e 365):

“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. DOCTRINA. 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.

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.”

\*\*\*

4. Em consonância com as conclusões da Secretaria de Recursos, admiti o pedido de reexame apresentado pela Cobra Tecnologia S.A., negando, contudo, o efeito suspensivo ao recurso, no que tange à determinação combatida, tendo em vista que medida diversa poderia ensejar a consumação do pagamento impugnado pelo acórdão recorrido, prejudicando sua eficácia (peça 365).

5. Irresignada, a Cobra Tecnologia S.A. interpôs, tempestivamente, o presente recurso de agravo, alegando, basicamente, que:

- a decisão agravada, ao negar efeito suspensivo sobre o item 9.11 do Acórdão 3.126/2012-2ª Câmara “afronta o próprio artigo 48 da Lei nº 8.443, de 1992”, cujo *caput* dispõe: “Art. 48. De decisão proferida em processos concernentes às matérias de que tratam as Seções III e IV deste capítulo caberá pedido de reexame, **que terá efeito suspensivo**.”

- a negativa do reclamado efeito suspensivo também colidiu com as disposições dos arts. 285 e 286 do Regimento Interno do TCU, *verbis*:

“Art. 285. De decisão definitiva em processo de prestação ou tomada contas, inclusive especial, cabe recurso de reconsideração, **com efeito suspensivo** (...) (...)

“Art. 286. Cabe pedido de reexame de decisão de mérito proferida em processo concernente a ato sujeito a registro e a fiscalização de atos e contratos.

*Parágrafo único. Ao pedido de reexame aplicam-se as disposições do caput e dos parágrafos do art. 285.*”

6. Com base nesses argumentos, a Cobra Tecnologia S.A. requer o provimento do presente recurso de agravo, para que se conceda efeito suspensivo ao pedido de reexame à peça R003 no que tange à determinação inserta no item 9.11 do Acórdão 3.126/2012-2ª Câmara.

É o Relatório.