

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade fixados no art. 289 do Regimento Interno deste Tribunal, cumpre conhecer do presente recurso de agravo.

2. Conforme visto no relatório, a agravante, empresa Cobra Tecnologia S.A., insurge-se contra a negativa de efeito suspensivo a seu pedido de reexame interposto contra o Acórdão 3.126/2012 – TCU – Plenário, no que tange à determinação contida no respectivo subitem 9.11, foco específico do recurso original, *verbis*:

‘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. Vê-se, de plano, que a referida determinação possui um objetivo nitidamente **preventivo de dano** aos cofres do Banco da Amazônia S.A. – BASA –, em virtude da apuração, neste processo, de um superfaturamento equivalente à quantia glosada no comando descrito.

4. Conforme bem anotado no exame preliminar de admissibilidade do pedido de reexame, realizado pela Secretaria de Recursos, “o item transcrito determina que a entidade jurisdicionada adote providências que, **se não empreendidas neste momento, pode tornar inócua e ineficaz a decisão prolatada.**”

5. Apenas com base nessa breve explanação já se pode concluir que a eventual concessão de efeito suspensivo – conforme pretendido pela agravante – poderá ensejar sua reclamação, junto ao BASA, do pagamento da quantia impugnada. Caso esse pagamento ocorra, restará consumado o equivalente prejuízo aos cofres do banco estatal.

6. Ainda que se invoque a possibilidade de reversão do referido comando na fase de recursal, essa hipótese não autoriza o pagamento da quantia impugnada antes do trânsito em julgado do acórdão que, porventura, dê provimento ao recurso.

7. A par dessas razões, consigno também que este Tribunal possui jurisprudência antiga e bem sedimentada no sentido de que, mesmo durante o efeito suspensivo de um recurso, o gestor público não está autorizado a praticar atos contrários à determinação recorrida, sob pena de cometer grave infração à norma legal, conduta sujeita à multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, caso a determinação seja mantida após o julgamento do recurso. Essa dicção foi assentada, em caráter normativo, mediante a Decisão Plenária 188/95, de 10/5/1995, relatada pelo Ministro Carlos Átila, sendo até hoje mantida, *verbis*:

Decisão:

“6 - considerar como de caráter normativo o entendimento de que o efeito suspensivo dos pedidos de reconsideração e de reexame, bem como dos embargos de declaração, impetrados contra as Decisões do Tribunal, susta provisoriamente os efeitos das mesmas até o julgamento do recurso, mas não autoriza o recorrente a, antes do pronunciamento do Tribunal sobre o mérito do recurso, praticar qualquer ato ou adotar qualquer providência que direta ou indiretamente contrarie qualquer dos itens da decisão recorrida, sujeitando-se o infrator à multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92, combinado com o art. 220, II, do Regimento Interno;” (Decisão 188/95-Plenário, Ata nº 18/95, de 10.5.95) [grifei]

8. Nessa linha, citam-se os Acórdãos 1.256/2005, 1.842/2005, 266/2007, 2.051/2009, 1.724/2010 e 496/2013, todos do Plenário, entre outros. Reproduzo a seguir uma parte do sumário do Acórdão 2.051/2009 – Plenário que clarifica o entendimento assinado na Decisão 188/95-Plenário:

2. O efeito suspensivo dos recursos não tem o poder de transformar em legal o ato ilegal ou, ainda que seja, de sobrestar a ilegalidade até segunda ordem.

3. Se o Tribunal confirmar, após o julgamento do recurso, que o ato é ilegal, ilegal ele terá sido durante todo o tempo, incluindo o período de efeito suspensivo, tornando-se possível a cominação da penalidade por infração a normas, conforme prevê o art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92, mesmo se o ato tiver sido praticado naquele interregno.

4. O responsável não será punido por descumprimento de decisão do TCU que esteja suspensa em função de recurso, mas poderá sê-lo pela prática de irregularidade, ainda que constitua objeto recursal e que tenha ocorrido durante o período de efeito suspensivo. (Ac. 2.051/2009-Plenário – Relator: Ministro Augusto Nardes)

9. Em outras palavras, ainda que se concedesse o pretendido efeito suspensivo em favor da agravante, isso não atenderia, necessariamente, a seu interesse. É que, mesmo nessa hipótese, os gestores do BASA continuariam, em tese, impedidos de realizar o pagamento pretendido pela agravante, pois tal conduta poderia tipificar grave infração à norma legal, à luz da citada jurisprudência.

10. Note-se, contudo, que essa peculiaridade não tipifica ausência de interesse recursal, haja vista que, conforme anotarei a seguir, a eventual suspensão da determinação atacada poderia ser interpretada pelo BASA, ainda que erroneamente, como um permissivo para realizar o pagamento impugnado no acórdão recorrido.

11. Nesse passo, a negativa de efeito suspensivo guiou-se pela preocupação deste Relator de evitar o risco de consumação de prejuízo ao erário. Tal precaução se justifica porque, em tese, seria possível que o banco estatal, mal interpretando a eventual concessão do efeito suspensivo à norma de proibição que lhe foi dirigida (subitem 9.11 do Acórdão 3.126/2012-Plenário), viesse a realizar, temerariamente, o pagamento antes do julgamento do recurso. Embora os responsáveis ficassem sujeitos às sanções previstas na Lei 8.443/92 com essa conduta, conforme já explicado, o prejuízo ao banco já estaria consumado, com grave ofensa ao interesse público.

12. Por óbvio, tais considerações somente se aplicam na hipótese de a determinação questionada no pedido de reexame da Cobra Tecnologia S.A. ser mantida no julgamento do recurso. Contudo, enquanto não julgado o recurso, prepondera a necessidade de garantir a efetividade futura da determinação questionada, que, *in casu*, – repito – visa a impedir a concretização de prejuízo aos cofres do BASA.

13. Trata-se, portanto, de uma medida adotada com base no **poder geral de cautela** que incide sobre a atuação desta Corte de Contas, com fundamento na teoria dos poderes implícitos, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do acórdão proferido no MS 24.510/2007-DF.

14. Embora esse precedente do STF tenha enfocado apenas o procedimento cautelar previsto no art. 276 do Regimento Interno deste Tribunal, no caso da decisão agravada, o poder geral de cautela foi aplicado com base na competência conferida aos relatores de recursos, mediante o art. 50, §1º, da Resolução-TCU 191/2006, de fixar os itens do acórdão recorrido sobre os quais incide o efeito suspensivo. E esse procedimento, conforme visto no Relatório, seguiu, em essência, a proposta da própria unidade técnica, que também vislumbrou a necessidade manter os efeitos da determinação em comento, sem conferir-lhe efeito suspensivo.

15. Ressalto que a decisão adotada no despacho agravado não constitui nenhuma inovação processual no âmbito desta Corte de Contas. Isso está bem demonstrado na instrução preliminar da Secretaria de Recursos, reproduzida no Relatório, da qual destacamos essas duas passagens:

“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 ressaltou, 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 n° 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.”

16. Sem prejuízo dessas considerações – suficientes para fundamentar o indeferimento do pedido recursal –, pondero que o improvimento do presente agravo, ao ser proferido mediante acórdão, representa uma ratificação ou homologação do Tribunal pleno à decisão recorrida, efeito equivalente ao procedimento adotado no §1º do art. 276 do nosso Regimento Interno, aplicável às decisões cautelares desta Corte de Contas.

17. Observo, para finalizar, que a regra geral que confere efeito suspensivo ao pedido de reexame, apesar de escrita no *caput* do art. 48 da Lei 8.443/92, não pode sobrepor-se, de forma absoluta, ao princípio da efetividade do processo, ou seja, não pode por em risco a eficácia do acórdão. E por essa razão, a regra geral do efeito suspensivo deve ceder espaço ao poder geral de cautela, sempre que esse efeito ensejar um *periculum in mora* em ameaça ao interesse público que norteia os processos nos tribunais de contas. Esta é a hipótese do caso vertente.

18. Por todas essas razões, nego provimento ao agravo.

Do exposto, VOTO por que seja aprovado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de novembro de 2013.

RAIMUNDO CARREIRO



Relator