



INSTRUÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS

1. IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO

TC - 005.107/2003-4	ESPÉCIE RECURSAL: Pedido de reexame.	
NATUREZA DO PROCESSO: Relatório de Auditoria.	PEÇA RECURSAL: R003 - (Peça 83).	
UNIDADE JURISDICIONADA: Departamento Nacional de Obras Contra as Secas.	DELIBERAÇÃO RECORRIDA: Acórdão 1538/2014-Plenário - (Peça 57).	
NOME DO RECORRENTE	PROCURAÇÃO	ITEM(NS) RECORRIDO(S)
Sondotecnica Engenharia de Solos S A	Peça 3, p. 19.	9.3.2.

2. EXAME PRELIMINAR

2.1. PRECLUSÃO CONSUMATIVA

O recorrente está interpondo pedido de reexame contra o Acórdão 1538/2014-Plenário pela primeira vez?	Sim
---	------------

2.2. TEMPESTIVIDADE

O pedido de reexame foi interposto dentro do prazo previsto na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU?

NOME DO RECORRENTE	NOTIFICAÇÃO	INTERPOSIÇÃO	RESPOSTA
Sondotecnica Engenharia de Solos S A	03/07/2014 - RJ (Peça 82)	18/07/2014 - DF	Sim

2.3. LEGITIMIDADE

Trata-se de recurso interposto por responsável/interessado habilitado nos autos, nos termos do art. 144 do RI-TCU?	Sim
--	------------

2.4. INTERESSE

Houve sucumbência da parte?	Sim
-----------------------------	------------

2.5. ADEQUAÇÃO

O recurso indicado pelo recorrente é adequado para impugnar o Acórdão 1538/2014-Plenário?	Sim
---	------------

2.6. OBSERVAÇÕES

Trata-se de relatório de auditoria realizada nas obras da Adutora do Oeste, no âmbito do Fiscobras

2002, com aporte de recursos federais por meio do Convênio 3/1999, celebrado entre o Departamento Nacional de Obras contra as Secas (DNOCS) e o Ministério da Defesa, executadas parcialmente pelos Contratos 3/2000 (construção), 8/2000 (supervisão) e 9/2000 (supervisão das soldas), firmados pelo 3º Batalhão de Engenharia e Construção - 3º BEC (peça 56, p. 1).

Por meio do Acórdão 1538/2014-Plenário (Peça 57), esta Corte fez as seguintes determinações, no que interessa ao presente exame:

9.3. determinar ao Departamento Nacional de Obras Contra as Secas que:

9.3.2. em relação ao Contrato 8/00, firmado com a empresa Sondotecnica Engenharia de Solos SA, abstenha-se de realizar pagamentos a título de indenização por serviços executados, ante a ausência de comprovação de nexo causal entre os serviços de fato executados e o objeto do contrato;

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 se abstenha de realizar pagamentos indevidos que, se não empreendida 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, poderá propiciar a realização de pagamentos a título de indenização por serviços executados sem comprovação de nexo causal entre os serviços de fato executados e o objeto do contrato assinado e, por corolário sejam empregados recursos públicos federais, tornando sem efeito o teor do *decisum* e os trabalhos de fiscalização/auditoria realizados por este Tribunal.

Registre-se que no Relatório da decisão recorrida, relativamente ao Contrato 03/00, consta que ante "a evidência de que os preços obtidos na Concorrência promovida pela Compepa estariam bem abaixo daqueles praticados pelo Exército e das ocorrências já apontadas nos relatórios de fiscalização do Tribunal, deveriam os gestores do DNOCS, por cautela, ante a suspeita de sobrepreço, aguardar o desfecho da questão para efetivar os pagamentos demandados pelas contratadas, contudo, o DNOCS, na pessoa de seus administradores, efetuou, em tempo recorde, o pagamento à empreiteira Imobiliária Rocha de quase três milhões de reais", a título de indenização pelos serviços prestados (peça 55, p. 10, itens 53 e 54), e que quanto ao Contrato 8/00, firmado com a recorrente, a Comissão designada pelo DNOCS sugere que se efetue a indenização (peça 55, p. 8, item 42).

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, posto que poderão ser ultimados atos administrativos tendentes ao pagamento a título de indenização por serviços executados sem comprovação de nexo causal, que serão financiados por recursos públicos federais.

Nesse sentido, a fim de destacar o potencial risco de ineficácia de decisão prolatada por esta Corte de Contas, 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 a determinação contida no Acórdão recorrido deve ser cumprida pelo jurisdicionado, não realizando pagamentos a título de indenização por serviços executados, ante a ausência de comprovação de nexo causal, 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 eficácia da sua decisão.

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).

Isso 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 necessário determinar ao DNOCS que se abstenha de realizar pagamentos a título de indenização por serviços executados, ante a ausência de comprovação de nexo causal entre os serviços de fato executados e o objeto do contrato.

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 DNOCS pode dar seguimento ao pagamento das indenizações indevidas, caso mantido o entendimento da decisão recorrida.

Por outro giro, não há que se falar em fumaça do bom direito e perigo de demora reverso, porquanto, foi a própria recorrente que não comprovou o nexo causal entre os serviços de fato executados e o objeto do contrato, o que denota para a recorrente a ausência de um direito já constituído que poderia ser afetado pela não concessão de efeito suspensivo ao seu recurso.

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.

Sobre esse aspecto, qual seja, o risco da ineficácia das decisões desta Corte, saliente-se que ao deliberar sobre o Processo TC 006.576/2012-5, em Sessão Ordinária realizada em 14/8/2013, este Tribunal, apreciando pedido de reexame em relatório de auditoria, discorreu acerca do tema. Na oportunidade, o Exmo. Ministro José Jorge externou a sua preocupação em situações em que o efeito suspensivo conferido a dadas deliberações em sede recursal pode, em última análise, tornar inócua a atuação desta Corte no seu mister constitucional de fiscalizar a gestão dos recursos públicos.

Não é demais lembrarmos, ainda, recentes decisões adotadas no âmbito desta Corte que encampam tal posicionamento, a exemplo dos processos TCs 013.710/2011-7 e 019.535/2006-0, em que os eminentes relatores *ad quem*, acompanhando o posicionamento desta Serur, não concederam efeitos suspensivos a determinados itens recorridos que guardavam similitudes com o que ora se avalia.

Em verdade, a proposta aqui alvitrada não difere, em essência, do já decidido por este Tribunal na paradigmática Decisão nº 188/95-Plenário, por meio da qual o TCU deliberou no sentido de:

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;

Nessa mesma direção, citem-se os Acórdãos 711/2009, 324/2009, 1398/2008, 501/2007, 266/2007, 392/2006, 1842/2005, 101/2004, todos do Plenário.

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 9.3.2 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 do pedido de reexame, interposto por Sondotecnica Engenharia de Solos S A 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 9.3.2 do acórdão recorrido, ante a existência dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, com fundamento no poder geral de cautela assegurado a este TCU pelo próprio STF;

3.3 encaminhar os autos ao **gabinete do relator competente para apreciação do recurso**, com fundamento na Portaria/Serur 3/2013;

3.4 à unidade técnica de origem, dar ciência às partes e aos órgãos/entidades interessados acerca do despacho de admissibilidade, **em especial no que tange à adoção de cautelar para não conceder efeito suspensivo ao recurso**, caso o Exmo. Ministro-Relator ratifique a presente proposta.

SAR/SERUR, em 26/08/2014.	Regina Yuco Ito Kanemoto AUFC - Mat. 4604-3	Assinado Eletronicamente
------------------------------	--	--------------------------