

**PROCESSO Nº : 22.665-3/2011**  
**INTERESSADO : BANCO DO BRASIL S/A**  
**ASSUNTO : RECURSO ORDINÁRIO**  
**RELATOR : CONSELHEIRO VALTER ALBANO DA SILVA**

### **RAZÕES DO VOTO,**

O recurso interposto pelo Banco do Brasil S/A, objetiva a reforma do Acórdão 4.106/11, onde foi homologada a medida cautelar, que determinou ao Secretário de Estado de Administração de Mato Grosso, a suspensão do contrato 10/11.

Apresenta o recorrente duas matérias preliminares:

A primeira diz respeito à competência deste Tribunal de Contas para sustar o contrato. Segundo alega, a Constituição atribuiu esta competência à Assembleia Legislativa e não ao Tribunal de Contas.

Sem razão o recorrente. A matéria não comporta maiores debates, porquanto há tempo já está pacificada.

Não é demais lembrar que a prerrogativa do Tribunal de Contas em estabelecer prazo para o órgão ou entidade adotar as providências necessárias ao cumprimento da lei, decorre da previsão contida na Constituição da República, reproduzida, por ordem simétrica, no artigo 47, da Constituição do Estado de Mato Grosso, segundo o

qual *“O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: X - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.*

Além do que, a decisão do Relator, homologada pelo Acórdão, em momento algum interferiu diretamente no ato administrativo. A determinação foi para que o gestor adotasse as medidas necessárias a fim de suspender os efeitos do contrato e a emissão de notas de empenho.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal, em sucessivos julgamentos tem decidido:

*“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, Rel. p/ o ac. Min.Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-4-2002, DJ de 31-10-2001.).*

Por estas razões, **rejeito a preliminar.**

A segunda preliminar se refere à matéria de natureza processual.

Sustenta o recorrente que a medida cautelar foi deferida sem que estivessem presentes os pressupostos processuais necessários, alegando a ausência da fumaça do bom direito e do perigo que a demora no provimento final poderia causar ao direito de uma das partes.

A fumaça do bom direito, segundo a lição do processualista Nelson Nery Junior, é a aparência do bom direito, significa que deve haver, no caso concreto, ao menos indícios de que o direito invocado esteja sendo violado. Não é necessária a certeza concreta, basta que a situação sinalize que o direito está sendo, ou está prestes a ser maltratado. (Nelson Nery Junior. Código de Processo Civil Comentado. 9 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. P. 798).

É o que ocorre no caso em julgamento, onde o contrato firmado entre o recorrente e o Estado de Mato Grosso, teve por fundamento a previsão contida no inciso VIII, do artigo 24, da Lei 8.666/93, portanto a contratação foi direta.

Nesse aspecto, é fundamental salientar que a Constituição da República trata esse tipo de contratação como excepcional, pois a regra é o procedimento licitatório que, além de assegurar iguais oportunidades a quem queira contratar com a Administração Pública, possibilita a escolha da proposta mais vantajosa para o Estado.

Tratando-se, portanto, de contratação excepcional, deve o gestor assegurar-se de que todos os requisitos exigidos pela lei foram observados, evitando dessa forma, questionamentos sobre a legalidade de tal opção.

No caso em tela, a Secretaria de Controle Externo da 1ª Relatoria, detectou, no exercício do controle simultâneo, que a contratação não se harmoniza com a legislação, questionando inclusive a aplicação do disposto no inciso VIII, do artigo 24, da Lei 8.666/93.

Além disso, não foi comprovado no procedimento de dispensa da licitação, que o valor estabelecido no contrato é compatível com o preço de mercado, o que demonstra o acerto na instauração da Representação Interna, para apuração detalhada dos fatos. Portanto a aparência do bom direito não milita em favor do recorrente.

Já o perigo na demora, é verificado quando houver fundado receio de que a situação analisada – a execução do contrato 10/11 – cause lesão ao direito de uma das partes, antes do julgamento da lide principal.

No caso, conforme análise preliminar feita pela Secex, há indícios de que a contratação seja irregular, o que poderá causar grande lesão à ordem pública.

Por outro lado, não vislumbro, para efeitos de considerar a revogação da liminar, o chamado *periculum in mora* reverso, e nem mesmo o prejuízo à continuidade do serviço público, uma vez que a suspensão provisória do contrato não terá o condão de causar ao recorrente – Banco do Brasil S/A – lesão irreparável ou irreversível.

Pelas razões expostas, entendo permanecerem os pressupostos que recomendaram o deferimento da medida cautelar, e por isso **rejeito também esta preliminar.**

No **mérito**, pretende o Recorrente que este Tribunal julgue legal e constitucional o processo de dispensa de licitação e o contrato celebrado.

Entendo aqui pela impossibilidade jurídica de analisar o pedido, nesta fase processual.

O recorrente confunde o mérito da presente medida cautelar, com o mérito da Representação Interna 20.721-7/11, que aguarda a emissão de relatório preliminar de inspeção, conforme consulta feita em 9/4/12, quando então haverá a conclusão a respeito dos aspectos legais do contrato 10/11, e do procedimento que o gerou.

É certo que a presente medida cautelar é instrumento acessório e

dependente da Representação Interna instaurada, e sua finalidade é garantir a eficácia da decisão a ser proferida naquele processo, conforme estabelece o artigo 796, do Código de Processo Civil ***“O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”***.

E é por isso, que em sede cautelar, a matéria analisada deve se restringir à avaliação da presença dos pressupostos processuais específicos que são a aparência do bom direito e o perigo na demora do julgamento final, o que já ocorreu quando analisada a matéria preliminar deste recurso.

O processualista e professor Humberto Theodoro Jr., ensina que a medida cautelar é uma ***“providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse do litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal”***. (Humberto Theodoro Jr. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. V. II. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 540.).

Neste sentido, é a orientação do Supremo Tribunal Federal:

***“MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - OUTORGA ESPECIAL DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO QUE NÃO CONHECE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONSEQÜENTE CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA (CPC, ART. 808, III)- NATUREZA ACESSÓRIA DO PROVIMENTO CAUTELAR - AGRAVO IMPROVIDO.***

***- Há entre o processo cautelar e as demais categorias procedimentais, inequívoca relação de acessoriedade. A tutela cautelar não existe em função de si própria. A acessoriedade e a instrumentalidade constituem notas caracterizadoras do processo e da tutela cautelares. A existência dessa situação***

**de conexão por acessoriedade - uma vez encerrada a causa principal - impõe a extinção da eficácia da medida cautelar (CPC, art. 808, III), pois a hegemonia do processo principal torna essencialmente dependente de seu desfecho, a subsistência, ou não, do provimento cautelar anteriormente concedido.**" (STF, 1ª Turma, Ag. Reg. 761/SP, j. em 05/12/1995, DJ 06/06/97 PP - 24876).

Por estas razões, e considerando que o objetivo da medida é especificamente acautelar um direito que pode ou não ser reconhecido no julgamento da Representação Interna 20.721-7/1, não conheço o recurso em relação à matéria de mérito.

## VOTO

Diante do exposto, **acolho em parte** o Parecer Ministerial 502/12, e **VOTO** no sentido de **CONHECER** o Recurso Ordinário, somente em relação às matérias preliminares, e neste aspecto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso**, e **VOTO**, pela manutenção da medida cautelar, até o julgamento final da Representação Interna 20.721-7/11.

Determino o apensamento destes autos, ao processo da Representação Interna 20.721-7/11.

**É COMO VOTO.**

Cuiabá/MT, 9 de abril de 2012.

**Conselheiro VALTER ALBANO DA SILVA**  
Relator