

**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.**

DECISÃO: Cuida-se de Mandado de Segurança, impetrado por CONSÓRCIO CONSTRUTOR SIMPLÍCIO, por meio de suas consorciadas CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. e CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S.A., contra ato do Tribunal de Contas da União.

Busca-se, com o presente *writ*, a anulação do item 9.4 do Acórdão 2234/2011 do Plenário do TCU, o qual teria determinado a retenção de parte do preço contratado entre o Consórcio impetrante e Furnas Centrais Elétricas S.A., para a implantação do aproveitamento hidrelétrico de Simplício, obra compreendida no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Alega o impetrante que a aludida retenção foi determinada pelo Tribunal de Contas da União apenas em razão de uma diferença de 10% entre os preços contratados e os estimados pelos técnicos do TCU.

Argumenta que o TCU não poderia interferir no conteúdo econômico-financeiro do contrato para impor unilateral e retroativamente os preços teóricos calculados pelos seus técnicos, inclusive com relação a serviços já executados e já pagos. Conforme narra, a FURNAS realizou procedimento de seleção por meio de cartas convite, e o contrato foi celebrado em 30/11/2006, sob regime de dispensa de licitação, nos termos do art. 32 da Lei nº 9.074/95, *verbis*:

Art. 32. A empresa estatal que participe, na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público, poderá, para compor sua proposta, colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação.

§ 1º Os pré-contratos conterão, obrigatoriamente, cláusula resolutiva de pleno direito, sem penalidades ou indenizações, no caso de outro licitante ser declarado vencedor.

§ 2º Declarada vencedora a proposta referida neste artigo,

os contratos definitivos, firmados entre a empresa estatal e os fornecedores de bens e serviços, serão, obrigatoriamente, submetidos à apreciação dos competentes órgãos de controle externo e de fiscalização específica.

Segundo consta da exordial, o TCU, apesar de ter reconhecido a regularidade da dispensa de licitação, teria apontado a existência de um sobrepreço de R\$ 128.531.131,64, equivalente a cerca de 20% do valor do contrato. O impetrante informou à Corte de Contas que não poderia repactuar o contrato para adequar-se aos parâmetros de economicidade por ela definidos, pois os preços contratados representariam o valor mínimo pelo qual era possível assumir o empreendimento.

Entende o demandante que o Tribunal de Contas, nesse momento, deveria ter recomendado ao Congresso a sustação do contrato, nos termos do art. 71, § 1º, da Carta Magna (“*No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis*”). Porém, de acordo com a sua narrativa, ante a inércia do TCU ao longo dos anos de 2008 a 2011, o Consórcio continuou a executar o empreendimento, que hoje estaria 95% completo.

Sobreveio, então, o Acórdão 1.789/2011, assim sumariado:

LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. FISCOBRAS/2007. OBRAS DE IMPLANTAÇÃO DA USINA HIDROLÉTRICA DE SIMPLÍCIO. AUDIÊNCIA DO RESPONSÁVEL E OITIVA DO CONSÓRCIO INTERESSADO. AUSÊNCIA DE RAZÕES ADEQUADAS DA ESCOLHA DOS CONTRATADOS E DE JUSTIFICATIVA DO PREÇO. SOBREPREGO. DETERMINAÇÕES CORRETIVAS.

Na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 32 da Lei nº 9.074/1995, deve ser observado o disposto nos arts. 3º, caput, 25, parágrafo único, e 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, e no art. 50, inciso IV e parágrafo único, da Lei nº 9.784/1991, no sentido de demonstrar as razões de escolha do contratado, justificar o preço e publicar no Diário Oficial da União, tão logo sejam celebrados os contratos definitivos derivados dos pré-contratos, além do resumo dos instrumentos firmados, os atos que declararam a dispensa de licitação, com sua motivação.

É de se registrar, ainda, trechos do quanto deliberado e decidido no

TCU:

(...) Irregularidade 1: Contratação por dispensa ou inexigibilidade, em desacordo com o parágrafo único, art. 26, da Lei 8.666/93, relativa ao Contrato 16856, firmado com o Consórcio Construtor Simplício.

(...)

2. Visando sanear os indícios de irregularidade apontados pela equipe de auditoria, após o término da fiscalização, Furnas encaminhou nova documentação, que compõe os volumes do Anexo 3 dos autos. Considerando a materialidade dos valores envolvidos e a importância da obra, o Exmo. Sr. Ministro-Relator solicitou manifestação da Secob sobre as irregularidades apontadas pela equipe de auditoria.

3. É importante salientar que a documentação adicional enviada por Furnas restringe-se ao aspecto do sobrepreço do Contrato 16.856 (Irregularidade 7) e à questão da continuidade da obra. Trata-se de uma estimativa de custos elaborada após a fiscalização do TCU, portanto com o Contrato 16.856 já em andamento. Os valores referenciais adotados por Furnas são de datas-base posteriores à contratual, não havendo qualquer menção a custos estimados na época da contratação.

4. Ou seja, não foram apresentados novos argumentos contra os indícios de irregularidade 1, 2 e 3. Por este motivo, a análise relatada neste documento ficou restrita à estimativa de sobrepreço do Contrato 16.856, referente à execução das obras civis para implantação do AHE Simplício - Queda Única.

(...)

7. Furnas apresentou a seguir detalhada descrição de todas as parcelas do empreendimento AHE Simplício - Queda Única (fls. 14-17, Anexo 3), concluindo que não se pode comparar a implantação deste projeto com outros empreendimentos de geração de energia de porte semelhante. Para ilustrar toda sua argumentação, Furnas apresentou (Anexo 3, fls. 19-32) diversos mapas, elaborados a partir de fotografias aéreas, contendo o arranjo geral das estruturas do empreendimento.

(...)

9. Furnas finalizou suas alegações apresentando os impactos econômicos decorrentes do atraso nas obras (Anexo 3, fls. 44-47), demonstrando que os prejuízos causados pelo atraso na implantação do empreendimento superam os prejuízos potenciais oriundos dos indícios de sobrepreço apontados no

Contrato 16.856. A Estatal argumenta que:

Terá perda mensal média de receita da ordem de 22,25 milhões por conta do atraso na operação do empreendimento;

Poderá sofrer as penalidades previstas no Contrato de Concessão, de até 2% sobre o faturamento anual da concessionária;

Poderá sofrer as penalidades previstas na REN ANEEL 063/2004, de até 1% do faturamento da concessionária.

(...) as informações trazidas aos autos por Furnas, em conjunto com as obtidas durante a execução da fiscalização 81/2008 (Fiscobras 2008) e com a observação in loco das instalações e da extensão territorial da obra, deixaram transparecer que os custos com administração local da obra do AHE Simplício - Queda Única são, de fato, elevados, não podendo ser comparados com a média de outros empreendimentos de configuração comum. Por outro lado, também não se pode concluir pela adequação de uma relação tão alta "Grupo A"/"Grupo B" como a verificada (50,2%).

(...)

11. Para uma melhor avaliação dos preços contratados, a análise foi dividida em duas partes, de acordo com a classificação dada aos serviços: pertencente ao "Grupo A" ou ao "Grupo B". Os serviços do Contrato 16.856 referentes à mobilização, à desmobilização, a construção, manutenção e operação dos canteiros e à supervisão da obra foram tratados como itens do "Grupo A". Os demais, ou seja, todos os serviços de construção civil excluídos aqueles classificados como "Grupo A", foram classificados como pertencentes ao "Grupo B".

(...)

22. A adequação dessa estimativa foi avaliada sob diversos aspectos: conformidade dos custos unitários em relação ao mercado, precisão das quantidades e pertinência dos itens considerados.

23. Os serviços que compõem o "Grupo A" em geral possuem características bastante distintas entre si e com relação aos do "Grupo B". Por esse motivo, os custos unitários referenciais de mercado foram pesquisados em fontes distintas, sempre verificando a validade, a qualidade e a representatividade das informações obtidas.

24. Adotou-se preferencialmente o SICRO2 como fonte de custos e composições referenciais. Subsidiariamente, consultou-se o SINCTAN (ou SICRO3), o novo sistema de

custos do DNIT, que consiste numa versão ampliada do SICRO2, englobando outros modais de transporte além do rodoviário. Este sistema foi aprovado para utilização pelo DNIT em maio/2008 como referencial em todas as suas licitações futuras (Anexo 5, fls. 2-6). Nesta análise, o uso do SINCTAN restringiu-se às ocasiões em que houve ganho significativo na congruência entre o elemento avaliado e o referencial, ou quando apenas nele se encontrou o serviço ou insumo em análise.

25. Para os serviços de alimentação e transporte de pessoal buscaram-se referências nos estudos elaborados no âmbito do Sistema Estratégico de Informações (SEI) do Governo do Estado de São Paulo, disponíveis no Cadastro de Serviços Terceirizados (CADTERC) (www.cadterc.sp.gov.br). Tais estudos fazem parte de uma série sobre serviços terceirizados, em que foram estabelecidas diretrizes, normas e critérios para orientar as contratações feitas pelo poder executivo do Estado de São Paulo. Considerou-se que os trabalhos consultados possuem excelente qualidade técnica e são apropriados para constituir parâmetro nesta análise.

26. Em alguns casos pontuais, serviram como fonte de custos de mercado o SINAPI e a base de dados do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Rio Grande do Sul - DAER/RS. Justificou-se o uso desta última por ter sido a adotada por Furnas para um serviço inexistente nas demais fontes preferenciais. A comparação de preços por meio de sítios especializados na internet também foi utilizada alternativamente.

27. Além dos referenciais pesquisados, foram consultados os dados obtidos durante a fiscalização 81/2008 (Fiscobras 2008, TC 006.293/2008-3), relativa à mesma obra. Conforme relatado naqueles autos, um dos objetivos da auditoria de 2008 foi buscar informações suplementares para subsidiar a análise da manifestação de Furnas que constitui o Anexo 3 do TC 008.970/2007-8. Os documentos obtidos naquela ocasião foram juntados a este processo, formando o Anexo 4.

28. Esses dados atualizados e originários da obra em questão foram bastante úteis, especialmente na verificação da precisão das quantidades estimadas por Furnas e na avaliação dos custos de supervisão da obra. Para esta última atividade, foram adotados como referenciais de mercado os salários efetivamente pagos pela contratada aos seus funcionários.

29. Para a determinação dos preços correspondentes aos custos referenciais, aplicou-se a taxa de BDI de 29,63%, que foi calculada pela equipe de auditoria a partir dos valores informados pelo Consórcio Construtor Simplício (fls. 162-163).

30. Os preços finais resultantes desta análise foram utilizados como referenciais para a avaliação dos valores contratuais.

(...)

34. Como se observa nas tabelas de resultados, concluiu-se que a estimativa de Furnas contém indício de sobrepreço da ordem de 82% (R\$ 100.513.213,95) em relação ao referencial de mercado dos serviços analisados. Adotando o mesmo referencial para avaliar os preços contratados, quantificou-se o indício de sobrepreço em torno de 54%, equivalente a R\$ 66.087.496,51.

(...)

39. Os serviços do "Grupo B" contratados por preço unitário totalizam R\$ 347.295.575,63 (fl. 6). Na auditoria realizada durante o Fiscobras 2007, apontaram-se indícios de sobrepreço de R\$ 71.753.060,53 nestes serviços, ou seja, 30% (fl. 6). Furnas apresentou manifestação contrária ao entendimento da equipe de auditoria, concluindo que não há sobrepreço no Contrato 16.856.

(...)

55. Sobre a inaplicabilidade dos sistemas referenciais de preços (DNIT, DNOCS e CODEVASF), não se constataram diferenças técnicas que inviabilizem a utilização das referências, desde que efetuadas as adaptações necessárias.

(...) concluiu-se que o valor global do indício de sobrepreço do "Grupo B" deve ser reduzido em relação ao apontado pela equipe de auditoria. Diante do exposto, a nova estimativa de sobrepreço para os serviços contratados por preço unitário corresponde a R\$ 62.443.635,13, o que equivale a cerca de 25% acima do referencial de mercado dos serviços avaliados. Na Tabela 5 apresentam-se os resultados desta análise.

(...)

67. Após avaliados serviços que juntos representam cerca de 89% da estimativa elaborada por Furnas, concluiu-se que essa estimativa comporta indício de sobrepreço da ordem de 82% (R\$ 100.513.213,95) em relação ao referencial de mercado dos serviços analisados. Adotando o mesmo referencial para avaliar os preços contratados, quantificou-se o indício de

sobrepço em torno de 54%, equivalente a R\$ 66.087.496,51.

68. Quanto ao "Grupo B", percebeu-se a necessidade de realizar adaptações em parte das referências de custo utilizadas no relatório de auditoria. Efetuadas as mudanças, concluiu-se pela manutenção do índice de sobrepreço para os serviços do "Grupo B" contratados por preço unitário, porém com revisão do valor total, que passou de R\$ 71.753.060,53 para R\$ 62.443.635,13, ou em termos percentuais, de 30% para 25% acima dos referenciais de mercado dos itens avaliados.

69. A mesma análise foi estendida aos serviços do "Grupo B" contratados por preço global, que apresentaram índice de sobrepreço da ordem de 6%. Considerando o pequeno percentual, julgam-se adequados os valores dos serviços do "Grupo B" contratados por preço global.

(...)

74. Por sua vez, com relação ao Contrato 16856, considerando que ainda persistem os indícios de sobrepreço no valor total de R\$ 128.531.131,64, que representam cerca de 20% do valor global do contrato, não está afastada a possibilidade de danos ao erário, persistindo o periculum in mora. Porém, considerando que o sobrepreço observado pode ser saneado sem a interrupção da execução do contrato, julga-se oportuno modificar a medida cautelar originalmente proposta pela Secex-RJ, no sentido de se efetuar retenção de somente 10% dos pagamentos totais ao Consórcio Construtor Simplício. Esta medida não prejudicaria o regular andamento da obra, pois tal percentual corresponde exatamente ao lucro bruto informado pelo referido consórcio na sua composição de BDI (fl. 05). Ou seja, mesmo com a retenção, estariam garantidos os recursos necessários à execução dos serviços até que o Tribunal decida sobre o mérito.

(...)

77. Considerando que o relatório de auditoria às fls. 134-177 foi encaminhado ao Congresso Nacional com quatro indícios de irregularidade do tipo "IG-P", o que pode ensejar o bloqueio da execução orçamentária e financeira do empreendimento pela Comissão Mista de Orçamento, propõe-se informar àquela Comissão que os indícios de irregularidade ora apontados não recomendam a paralisação física, financeira e orçamentária do empreendimento, desde que efetuada a retenção cautelar ora proposta.

(...)

VOTO DO MINISTRO RELATOR

(...)

11. Desde já, registro que a Secob, na instrução com a análise das razões de justificativa formuladas pelo Sr. José Pedro Rodrigues de Oliveira, asseverou que, tendo o Tribunal se pronunciado pela existência de amparo constitucional para o disposto no art. 32 da Lei nº 9.074/1995, conforme Acórdãos nº 2.090/2004 e 1.843/2007 - Plenário, não se aplicaria ao caso o disposto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos e seria a hipótese de aceitar a defesa do ex-gestor.

12. Posteriormente, na instrução datada de 14/9/2009, que cuidou da análise de elementos adicionais juntadas aos autos, a Secob considerou que e a contratação direta se justifica na hipótese contemplada no art. 32 da Lei nº 9.074/1995, mas, no seu entender, "a dispensa do dever de licitar não vem acompanhada da dispensa do cumprimento dos demais princípios que regem a administração pública, especialmente o da moralidade, da publicidade e da economicidade como decorrência da eficiência", destacando-se o teor do art. 26 da Lei nº 8.666/1993, "segundo o qual a dispensa deverá ser instruída com os seguintes elementos (dentre outros): (i) razão da escolha do fornecedor ou executante; e (ii) justificativa do preço".

(...)

15. Segundo o Parquet, as exigências de motivação do ato de dispensa de licitação e de publicidade dos seus elementos essenciais teriam outras raízes no caso em análise, quais sejam, respectivamente: o art. 50, inciso IV e parágrafo único, da Lei nº 9.784/1991, transcrito a seguir, e o princípio da publicidade contemplado no art. 37 da Constituição Federal e no art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993 (...)

20. Infiro, portanto, que tanto o art. 26 da Lei nº 8.666/1993 como o art. 50, inciso IV e parágrafo único, da Lei nº 9.784/1991 e o princípio da publicidade, contemplado, entre outros, no art. 37 da Constituição Federal e no art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993, podem ser utilizados para se exigir, nos contratos firmados com base no art. 32 da Lei nº 9.074/1995, a existência de fundamentação, em especial quanto às razões de escolha do contratado e à justificativa do preço, e a publicidade dos atos de dispensa.

(...)

41. Dessa forma, ainda que se reconheça o ineditismo, a grandeza e a complexidade da infraestrutura e da logística do

empreendimento, bem como sua importância para o acréscimo da oferta de energia elétrica, não há como descaracterizar o sobrepreço apontado neste processo. Entretanto, entendo não ser o caso de aplicar, nesta oportunidade, multa ao ex-gestor, isoladamente ouvido em audiência, haja vista as ponderações da unidade técnica indicadas no item 25 retro.

42. Quanto ao encaminhamento a ser dado à questão, reporto-me à última proposta feita pela Secob de determinar a Furnas que efetue a repactuação do valor do Contrato nº 16856 junto ao Consórcio Construtor Simplício, de comum acordo, a fim de adotarem os valores indicados na instrução datada de 14/9/2009, e que promova o desconto nas próximas medições e pagamentos de todo o montante pago a maior, para observar que, segundo as informações disponibilizadas nos autos, o referido ajuste tinha previsão de vigência até 31/1/2010 (fl. 139), o que inviabilizaria sua implementação.

43. Em pesquisa realizada por meu Gabinete no site da Imprensa Nacional, apurou-se, todavia, que, por meio do Aditamento nº 04 - CT 16.856, o contrato foi prorrogado até 31/3/2013, tendo seu valor passado para R\$ 893.167.844,59 após o último acréscimo de R\$ 122.599.567,96 (Diário Oficial da União - Seção 3, de 30/5/2011).

46. Em relação à proposta constante do processo de se determinar a Furnas que promova a formalização de termo aditivo ao Contrato nº 16856, reduzindo os percentuais de BDI aplicáveis sobre os pagamentos efetuados após 31/12/2007, em decorrência da extinção da CPMF, e adote medidas para compensar os valores indevidamente pagos, quando da liquidação das próximas faturas a pagar, anoto que, na nota juntada às fls. 668/683, a entidade informou que já havia tomado providências visando implementar a aludida proposta, o que deve ser objeto de comprovação perante esta Corte.

(...)

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de levantamento de auditoria realizado, no âmbito do Fiscobras 2007, nas obras de implantação do Complexo de Geração e Transmissão de Energia Elétrica de Simplício - Queda Única.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição

Federal, no art. 45 da Lei nº 8.443/1992 e no art. 251 do Regimento Interno/TCU, determinar a Furnas Centrais Elétricas S.A. que:

9.1.1. efetue a repactuação do valor do Contrato nº 16856 junto ao Consórcio Construtor Simplício, a fim de adotar os valores indicados na instrução datada de 14/9/2009 e detalhados em seu Apêndice (fls. 617-665);

9.1.2. caso exista saldo suficiente, promova o desconto, nas próximas medições e pagamentos, do montante pago a maior ao Consórcio Construtor Simplício por conta do Contrato nº 16856.

9.2. determinar, ainda, a Furnas que:

9.2.1. informe ao Tribunal, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da notificação desta deliberação, o resultado das providências referidas nos subitens precedentes, bem como o nome completo, cargo/função e endereços profissional e residencial atualizados dos técnicos que participaram da aferição da planilha orçamentária do Contrato nº 16856, indicando, para cada um deles, as respectivas tarefas desempenhadas;

9.2.2. esclareça, no mesmo prazo, as medidas adotadas pela entidade no sentido de promover, em decorrência da extinção da CPMF, a redução do BDI aplicável aos pagamentos efetuados após 31/12/2007 ao Consórcio Construtor Simplício, informando, inclusive, os eventuais descontos nos pagamentos efetuados em razão dessas medidas;

9.3. informar ao Consórcio Construtor Simplício que, caso a repactuação ora determinada no valor do Contrato nº 16856 não seja aceita, as empresas integrantes do Consórcio poderão responder solidariamente pelos prejuízos apurados, nos termos da alínea "b" do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.443/1992;

9.4. alertar a Furnas que, na hipótese da dispensa de licitação prevista no art. 32 da Lei nº 9.074/1995, deve ser observado o disposto nos arts. 3º, caput, 26, parágrafo único, e 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, e no art. 50, inciso IV e parágrafo único, da Lei nº 9.784/1991, quanto a demonstrar as razões de escolha do contratado, justificar o preço e publicar no Diário Oficial da União, no caso de vencer a licitação de concessão de outorga, tão logo sejam celebrados os contratos definitivos derivados dos pré-contratos, os atos que declararam a dispensa de licitação, com sua motivação, e o resumo dos instrumentos firmados;

9.5. determinar à Secob-3 que monitore o cumprimento das

determinações contidas nos subitens 9.1 e 9.2 retro;

9.6. encaminhar cópia desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, à Segecex para subsidiar o cumprimento do disposto no subitem 9.2.2 do Acórdão nº 2.090/2004 - Plenário;

9.7. enviar cópia desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, ao Ministério de Minas e Energia e à Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados (em complemento às informações encaminhadas em atendimento ao Ofício nº 384/2009 daquela Comissão)

Ata 27/2011 - Plenário

Sessão 06/07/2011

Dou 11/07/2011

Dessa decisão, o ora impetrante opôs embargos de declaração, julgados pelo Plenário do TCU nos seguintes termos:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que ora são analisados embargos de declaração oposto pelo Consórcio Construtor Simplício contra o Acórdão nº 1.789/2011-Plenário, referente à auditoria realizada, no âmbito do Fiscobras 2007, nas obras de Implantação do Complexo de Geração e Transmissão de Energia Elétrica de Simplício.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer dos embargos de declaração opostos pelo Consórcio Construtor Simplício contra o Acórdão nº 1.789/2011-Plenário, para, no mérito, acolhê-los, nos termos do art. 34, §1º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287 do Regimento Interno/TCU;

9.2. tornar insubsistentes os subitens 9.1, 9.1.1, 9.1.2, 9.2.1, 9.3, e 9.5 do Acórdão nº 1.789/2011-Plenário, nos termos do art. 174 do Regimento Interno do TCU;

9.3 determinar a oitiva de Furnas e do Consórcio Construtor Simplício, para que, se desejarem, apresentem, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta deliberação, manifestação acerca dos indícios de irregularidades levantados no presente processo;

9.4 determinar a Furnas Centrais Elétricas S.A que:

9.4.1 retenha, cautelarmente, com fundamento do art. 276 do Regimento Interno do TCU, em virtude de fundado receio de lesão ao Erário e ineficácia de futura decisão de mérito, a quantia de R\$ 59.710.850,00 (a valores originais contratados) do saldo financeiro do Contrato n. 16.856/2006, celebrado com o Consórcio Construtor Simplício, até que este Tribunal delibere definitivamente sobre as questões tratadas nestes autos;

9.4.2 como alternativa à retenção de valores determinada no item 9.4.1, propicie ao Consórcio Construtor Simplício a oportunidade de oferecer nova fiança bancária ou outra garantia de alta liquidez dentre aquelas previstas no art. 56, §1º, da Lei nº 8.666/1993, em garantia ao Contrato n. 16.856/2006, revestidas de abrangência suficiente para assegurar o resultado da apuração em curso no Tribunal e Contas da União acerca de eventual dano ao Erário, contendo cláusulas que estabeleçam:

9.4.2.1 prazo de validade vinculado à decisão definitiva do TCU da qual não caiba mais recurso com efeito suspensivo;

9.4.2.2 reajuste mensal; e

9.4.2.3 obrigação de a instituição garantidora, onde for o caso, depositar a garantia nos cofres da União em até 30 (trinta) dias após o trânsito em julgado de eventual acórdão deste Tribunal que condene a empresa a restituir valores;

9.4.3 no caso de adoção da medida prevista no item 9.4.2 acima, encaminhe imediatamente a este Tribunal os documentos comprovadores, para acompanhamento;

9.5. deixar assente que a adoção da medida alternativa do item 9.4.2 supra não revoga a medida cautelar prevista no item 9.4.1, mas suspende sua eficácia enquanto a medida alternativa estiver validamente em vigor;

9.6. determinar à Secob que, imediatamente após as respostas às oitivas determinadas no item 9.3 acima, reinstrua os autos e submeta-os ao relator;

9.7. considerar prejudicado o pedido de certidão formulado por Furnas Centrais Elétricas S.A. (doc. 466938459);

9.8 encaminhar cópia desta deliberação, bem como do relatório e do voto que a fundamentam a Furnas e ao Consórcio Construtor Simplício.

Ata 35/2011 - Plenário

Sessão 24/08/2011

Dou - Vide publicação na Ata 35 - Plenário, de 24/08/2011

Esse último ato é o que se visa a impugnar por meio do presente

mandamus. Afirma o impetrante que há ofensa ao art. 58, § 1º, da Lei 8.666/93, porquanto não é possível a alteração de cláusulas econômico-financeiras do contrato administrativo. Cita decisões desta Corte, no sentido de que o TCU não tem poder para anular ou sustar contratos administrativos diretamente. Defende que não poderia o Tribunal de Contas, também, alterar unilateralmente o contrato para fixar preços pós-estabelecidos em favor do poder público, bem como não lhe seria dado determinar a retenção de parte dos pagamentos devidos à impetrante.

Alega a parte demandante que a Lei nº 12.465/2011, no seu art. 91, V, previu que qualquer retenção de valores dependeria de anuência do contratado, não podendo ser imposta pelo TCU, *verbis*:

Art. 91. § 1º Para os efeitos desta Lei, entendem-se por:

IV - indícios de irregularidades graves com recomendação de paralisação - IGP, os atos e fatos materialmente relevantes em relação ao valor total contratado que apresentem potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros e que:

a) possam ensejar nulidade de procedimento licitatório ou de contrato; ou

b) configurem graves desvios relativamente aos princípios constitucionais a que está submetida a administração pública;

V - indício de irregularidade grave com recomendação de retenção parcial de valores - IGR, aquele que, embora atenda à conceituação contida no inciso IV do caput deste artigo, permite a continuidade da obra desde que haja autorização do contratado para retenção de valores a serem pagos, ou a apresentação de garantias suficientes para prevenir o possível dano ao erário, até a decisão de mérito sobre o indício relatado;

Pleiteia, liminarmente, a suspensão dos efeitos do item 9.4 do acórdão 2234/2011 do Plenário do TCU, e, ao final, a concessão da ordem para anular o referido item e determinar à autoridade apontada como coatora que se abstenha de impor a modificação unilateral de preços do contrato administrativo.

É o relatório. Passo a decidir.

A questão jurídica debatida no presente *mandamus* é, basicamente, saber se assiste ao Tribunal de Contas da União atribuição para determinar

a Sociedade de Economia Mista que retenha, cautelarmente, com fundamento do art. 276 do Regimento Interno do TCU, em virtude de fundado receio de lesão ao Erário e ineficácia de futura decisão de mérito, determinada quantia de saldo financeiro de Contrato Administrativo celebrado com particulares, até que o referido Tribunal delibere definitivamente sobre as questões tratadas no procedimento fiscalizatório.

A tese do impetrante, acima relatada, não merece prosperar.

Não há dúvidas de que o Tribunal de Contas pode exercer controle de economicidade de atos administrativos, sem que se possa vislumbrar nisso qualquer inconstitucionalidade. Nas palavras de Lucas Rocha Furtado, “[n]o controle de economicidade, serão examinados aspectos relacionados 1) à efetividade, em que se examina em que medida as metas definidas foram alcançadas; 2) à eficiência, que busca ponderar os custos do programa em face dos benefícios; e 3) à eficácia dos programas, cujo foco corresponde à análise dos resultados efetivamente obtidos” (Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 1098).

Obviamente, para se desincumbir de seus misteres, não se pode negar às Cortes de Contas todos os meios necessários à preservação do resultado final de suas atividades. Marçal Justen Filho anota que “[o] reconhecimento de um poder geral de cautela aos Tribunais de Contas (...) amplia a riqueza e a complexidade das competências desses órgãos” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 861).

Nesse diapasão, a doutrina tem reconhecido ao Tribunal de Contas, com base na teoria dos poderes implícitos, atribuição para adotar medidas cautelares destinadas a assegurar a utilidade de suas manifestações e evitar danos irreparáveis ao Erário (SILVA JÚNIOR, Bernardo Alves da. O exercício do poder cautelar pelos tribunais de contas. Revista do Tribunal de Contas da União, v.40, nº 113, p. 33-40, set./dez. de 2008; AGUIAR, Ubiratan. Os Tribunais de Contas e o poder de cautela. Revista do Tribunal de Contas dos municípios do Ceará, nº 16, p. 169-177, dez. De 2004; WILLEMANN, Marianna Montebello. O controle de licitações e contratos administrativos pelos Tribunais de Contas. Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, nº 64).

Também a jurisprudência dessa Corte inclina-se pelo reconhecimento de poder cautelar aos Tribunais de Contas, com o fito de impedir a concretização de lesão ao Erário ou ao interesse público antes do pronunciamento final dessas Cortes sobre as irregularidades investigadas.

Cito, nesta linha, as seguintes decisões:

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, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956)

EMENTA: **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE.** DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES, MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. DELIBERAÇÃO DO TCU, QUE, AO DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, JUSTIFICOU, EXTENSAMENTE, A OUTORGA DESSE PROVIMENTO DE URGÊNCIA. PREOCUPAÇÃO DA CORTE DE CONTAS EM ATENDER, COM TAL CONDOTA, A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PERTINENTE À NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ESTATAIS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CUJO ÂMBITO TERIAM SIDO OBSERVADAS AS GARANTIAS INERENTES À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW". DELIBERAÇÃO FINAL DO TCU QUE SE LIMITOU A DETERMINAR, AO DIRETOR-PRESIDENTE DA CODEBA (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA), A INVALIDAÇÃO DO

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO CELEBRADO COM A EMPRESA A QUEM SE ADJUDICOU O OBJETO DA LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 71, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO. APARENTE OBSERVÂNCIA, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NO CASO EM EXAME, DO PRECEDENTE QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU A RESPEITO DO SENTIDO E DO ALCANCE DESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL (MS 23.550/DF, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE). INVIABILIDADE DA CONCESSÃO, NO CASO, DA MEDIDA LIMINAR PRETENDIDA, EIS QUE NÃO ATENDIDOS, CUMULATIVAMENTE, OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DE SEU DEFERIMENTO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

(MS 26547 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/05/2007, publicado em DJ 29/05/2007 PP-00033)

(...) Postulava o impetrante, com o ajuizamento deste mandamus, suspender a eficácia de decisão monocrática proferida por Ministro do Tribunal de Contas da União, que lhe impôs a sustação de certame licitatório que estava a promover. Tal ordem fora proferida pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao apreciar representação ofertada pela empresa Garra Empreendimentos e Serviços S.A., fundamentada em supostas irregularidades que estariam a cercar o desenrolar do certame. No que tange ao poder geral de cautela, em que investidos os membros das Cortes de Contas, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal já se pacificou no sentido de reconhecer-lhe a efetiva existência. (...)

Constata-se, destarte, que agindo da forma como procedeu, a autoridade apontada como coatora nada mais fez senão exercer, em sua plenitude, os poderes inerentes ao cargo que exerce, sem abusos ou ilegalidades de nenhuma espécie. Forçoso concluir, então, que não se mostra presente o direito líquido e certo alegado, pela impetrante, ao ajuizar este mandamus, do que decorre a denegação da ordem. Anote-se, por oportuno que, nos termos do artigo 205 do Regimento Interno desta Corte, em hipóteses como a presente, em que o mandado de segurança versar “matéria objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal”, poderá o relator decidi-lo monocraticamente. E tal tipo de agir, conferido ao relator do

feito, também já foi submetido ao crivo do Plenário desta Corte, o qual referendou tal possibilidade, ao apreciar o MS nº 27.236-AgR/DF, relator o Ministro Ricardo Lewandowski (DJe de 30/4/10), cuja ementa assim dispõe, na parte em que interessa: Nos termos do art. 205 do Regimento Interno do STF, pode o Relator julgar monocraticamente pedido que veicule pretensão incompatível com a jurisprudência consolidada desta Corte, ou seja, manifestamente inadmissível. IV - Agravo regimental improvido” Ante o exposto, denego a segurança. Custas pelo impetrante, não havendo que se falar em condenação em honorários de advogado, nos termos da Súmula nº 512, desta Corte. Publique-se. Brasília, 10 de fevereiro de 2011. MINISTRO DIAS TOFFOLI RELATOR

(MS 26094, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 10/02/2011, publicado em DJe-031 DIVULG 15/02/2011 PUBLIC 16/02/2011)

Não convence a tese do impetrante de que, se apenas o Congresso Nacional pode sustar contratos administrativos, nos termos do art. 71, § 1º, da Carta Magna, não poderia o Tribunal de Contas determinar a retenção de valores em sede cautelar nesses casos. Resulta cristalino do inciso IX do art. 71 da Lei Maior que, mesmo em se tratando de contratos, o Tribunal de Contas pode assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade. E, como bem assinala José de Ribamar Caldas Furtado, “[s]e o Tribunal de Contas pode, verificando uma ilegalidade, assinar prazo para ela ser corrigida, exatamente por esse motivo, pode também prevenir, suspendendo o ato impugnado enquanto se verifica se há ilegalidade ou não, evitando que se torne inútil a decisão futura” (Controle de legalidade e medidas cautelares dos Tribunais de Contas. Revista do Tribunal de Contas da União, v.39, nº 110, p. 67-70, set./dez. de 2007). Ademais, o § 2º do mesmo art. 71 prevê que se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas determinadas pelo Tribunal de Contas, a decisão final caberá a este.

Ademais, não se diga que a Lei nº 12.465/2011, no seu art. 91, V, exigiria a autorização do impetrante para a medida cautelar adotada pelo TCU. Por óbvio, nenhuma determinação legal pode obstar o exercício de um poder que, conforme já demonstrado, é inferido da própria Constituição.

Caso o impetrante queira discutir a razoabilidade dos valores

praticados no contrato, ou pleitear algum tipo de verba resultante da avença, deve fazê-lo pelas vias próprias, já que o Mandado de Segurança não se presta à satisfação de pretensões que exijam dilação probatória nem pode ser utilizado como sucedâneo de ação de cobrança (verbete nº 269 da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal).

Ex positis, denego a segurança, com fulcro no art. 38 da Lei nº 8.038/90. Condeno o impetrante ao pagamento de custas e demais despesas processuais. Sem condenação em honorários, conforme o art. 25 da Lei nº 12.016/09.

Publique-se.

Brasília, 20 de outubro de 2011.

Ministro **LUIZ FUX**

Relator

Documento assinado digitalmente