

01/03/2016

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
IMPTE.(S) : CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A
ADV.(A/S) : ALEXANDRE AROEIRA SALLES E OUTRO(A/S)
IMPDO.(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA

Mandado de segurança. Ato do Tribunal de Contas da União. Competência prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal. Contrato rescindido unilateralmente pela Administração. Abertura de processo de tomada de contas especial. Dano ao erário configurado. Devolução de valores a título de sobrepreço. Necessidade de dilação probatória. Não ocorrência de violação do princípio do devido processo legal. Segurança denegada.

1. É legítima a condenação solidária da impetrante ao ressarcimento do dano causado ao erário, bem como sua consequente inscrição no CADIN, no caso de inadimplemento, tudo em consonância com a Lei nº 8.443/92. Devolução de valores ao erário em razão de superfaturamento de preços constatado em aditamentos contratuais. Valores calculados com base não na execução do contrato, mas sim na diferença dos valores apurados a título de sobrepreço pelo TCU.

2. A análise do **quantum** a ser cobrado e do que deveria ser considerado, ou não, pelo TCU para a realização dos cálculos – e.g. a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato - é inviável no presente **writ**, na medida em que, dada a natureza da ação mandamental, é condição necessária para seu manejo que o direito pleiteado seja líquido e certo. Necessidade de dilação probatória. Precedentes.

3. Ausência de violação do princípio do devido processo legal. Os pedidos formulados pelos interessados foram analisados e o cálculo do **quantum** do sobrepreço foi formulado em consonância com os critérios

MS 29599 / DF

tecnicamente utilizados pela Corte de Contas e com as normas de seu regimento interno.

4. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em denegar a segurança, revogar a liminar anteriormente deferida e julgar prejudicado o agravo regimental interposto, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 1º de março de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

07/05/2013

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
IMPTE.(S) : **CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A**
ADV.(A/S) : **ALEXANDRE AROEIRA SALLES E OUTRO(A/S)**
IMPDO.(A/S) : **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A em face do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, com o objetivo de anular a decisão em que se condenou solidariamente a impetrante à devolução de valores ao erário nos autos do TC nº 003.334/1997-0, Acórdão nº 854/2005, em razão de superfaturamento de preços constatado em aditamentos contratuais celebrados entre ela e o DER/MT para a realização de obras na Rodovia BR 163/MT, com o aporte de recursos federais oriundos de convênios firmados com o DNER.

Alega a impetrante ter participado de regular processo licitatório, abarcado pelo Decreto-Lei 2.300/86, tendo cumprido todas as especificações do Edital, inclusive com relação ao preço dos serviços a serem executados.

Defende, em complemento, que não houve nenhuma ilegalidade em sua conduta e que o Tribunal de Contas da União não possui competência constitucional para promover a alteração retroativa e unilateral dos preços, modificando cláusulas econômico-financeiras do contrato.

Acrescenta:

“63. Por essa razão, mesmo que pudesse o TCU, por absurdo, com base em juízo de economicidade, anular o contrato ou os aditivos firmados com a impetrante e fixar novos preços, deveriam ser preservados os direitos adquiridos ou os

MS 29599 / DF

efeitos consolidados desses contratos e aditivos, no que diz respeito aos serviços já executados.

64. A ilegalidade do Acórdão decorre, ainda, da violação ao devido processo legal, em razão da desconsideração, na análise de economicidade, dos elementos técnicos que seriam favoráveis ao particular e do indeferimento do requerimento de produção de prova pericial da impetrante.”

Na peça inicial formulada, pede a impetrante a anulação do Acórdão 1513/2010, item 51, b, na parte em que manteve a condenação à devolução de valores ao erário prevista no item 9.1.2 do Acórdão 854/2005.

Em decisão de 17 de dezembro de 2010, deferi o pedido de liminar.

Sobrevieram as informações da autoridade coatora, preliminarmente, pela extinção do processo sem resolução de mérito, em razão da necessidade de aprofundado exame do acervo fático-probatório, e, no mérito, pela denegação da segurança, diante da ausência de lesão a direito líquido e certo.

Contra a decisão que deferiu a liminar a União interpôs agravo regimental.

A impetrante apresentou contrarrazões ao recurso.

A douta Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da segurança, em parecer assim ementado:

“Mandado de segurança. Superfaturamento. Obrigação de restituição de valores recebidos indevidamente. Possibilidade de inclusão do contratado recalcitrante no CADIN. Decisão do TCU que não destoia da Constituição ou dos princípios administrativos. Pela denegação da ordem.”

É o relatório.

07/05/2013

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Como relatado, o objetivo do presente **mandamus** consubstancia-se na pretensão da impetrante de ver anulada decisão do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 854/2005, no qual a Corte de Contas a condenou, solidariamente, à devolução de valores ao erário, em razão de superfaturamento de preços constatado em aditamentos contratuais.

O acórdão questionado foi proferido em tomada de contas especial (TC-003.334/1997-0), resultante da conversão de processo de denúncia fundado em alegadas irregularidades em termos aditivos aos contratos celebrados entre o DER/MT e a impetrante para a realização de obras na Rodovia BR 163/MT, com o aporte de recursos federais oriundos de convênios firmados com o DNER.

No processo de denúncia, o Tribunal de Contas da União, por sua unidade técnica local, auditou o contrato e considerou haver sobrepreço ou superfaturamento, com vantagem indevida para a impetrante, conforme decisão do Plenário da Corte de Contas, Acórdão nº 444/2000, a qual foi assim ementada:

“Denúncia. Possíveis irregularidades praticadas pelo DNER. Convênio. DER MT. Pavimentação da BR-163/MT. Superfaturamento de preços nos contratos para realização das obras. Conhecimento. Procedência. Prazo para anulação dos Termos Aditivos ao contrato. Desconto quando do pagamento das próximas faturas. Encaminhamento de cópia a Comissão Parlamentar. Determinação.”

Na sequência, foram interpostos pedidos de reexame, embargos de declaração e recurso de revisão, não tendo havido alteração da decisão do TCU.

Com o intuito de cumprir determinação do TCU, o Estado do Mato

MS 29599 / DF

Grosso chamou a impetrante para repactuar os termos do contrato, o que não foi aceito por ela. Diante da negativa da empresa contratada, o Estado rescindiu o instrumento contratual e seus aditivos, com base no art. 78, VII, da Lei nº 8.666/93.

Com a rescisão do contrato, a denúncia foi convertida em tomada de contas especial, ao fim da qual a Corte de Contas confirmou o superfaturamento da obra, determinando, por meio do Acórdão nº 854/2005, o seguinte:

“9.1. julgar as presentes contas irregulares e condenar, solidariamente, os responsáveis a seguir indicados ao pagamento das quantias abaixo discriminadas, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’ do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas a seguir especificadas até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor (...)”.

Ressalte-se que a impetrante, no referido processo, apresentou alegações de defesa e interpôs recurso de reconsideração, do qual se conheceu, tendo-se dado parcial provimento ao recurso para retirar a multa que lhe fora aplicada (Acórdão nº 1.513/2010-TCU-Plenário).

Essa é a moldura fática do caso em questão.

Especificamente no que se refere ao caso dos autos, o inciso IX do art. 71 da Carta Maior fornece o núcleo das prerrogativas do TCU no exame de atos e negócios administrativos. Suas atribuições abrangem a fixação de prazo ao órgão ou à entidade a fim de que adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.

De acordo com a jurisprudência do STF em torno desse inciso,

"o Tribunal de Contas da União, embora não tenha poder

MS 29599 / DF

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 nº 23.550, Relator para o acórdão o Ministro **Sepúlveda Pertence**, julgamento realizado em 4/4/01, Plenário, DJ de 31/10/01.)

A participação do TCU no processo de **anulação, resolução** ou de **resilição** de contratos, conforme haja ou não o elemento ilícito ou o culposo na causa determinante da extinção anormal da avença, limita-se a determinar essa conduta à autoridade. Os efeitos da não observância do comando do Tribunal de Contas se dilatam para outra esfera. A esse respeito, **vide** o que dispõe a Lei nº 8.443/92:

“Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, **assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei**, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I - sustará a execução do ato impugnado;

II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei.

§ 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.”

A eminente Ministra **Ellen Gracie**, no julgamento do MS nº 23.550, salientou o seguinte:

“Sr. Presidente, parece-me, na hipótese, estarmos diante

MS 29599 / DF

de um desses casos em que se aplica a regra geral na qual o administrador é quem deve corrigir eventuais falhas cometidas no exercício da sua atividade. Realizada a licitação, ela, ao que parece, se encontra viciada de problemas que afetariam a lisura da concorrência, porque violado o princípio da isonomia entre os contratantes. Não obstante, o certame foi levado a cabo e firmado o contrato. Portanto, o administrador nem durante o processo licitatório verificou essa irregularidade, nem posteriormente a corrigiu. Constatada a irregularidade pelo Tribunal de Contas, sua decisão é exatamente essa de deferir quinze dias para que o administrador corrija o erro em que incorreu, anulando, portanto, a concorrência e o contrato eivados de sérios vícios.

Creio, com a vênia do eminente Ministro-Relator, estarmos diante da hipótese em que o Tribunal de Contas recomenda ao administrador a correção do ato (CF, art. 71, IX). Se ele não se curvar a essa determinação, então, retorna a iniciativa ao próprio Tribunal de Contas (CF, art. 71, X). No caso de contrato, de acordo com a norma do § 2º do art. 71, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional.”

Ressalte-se, a propósito, o que dispõe a Lei nº 8.666/93:

“Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.”

Nessa esteira, de início, por meio da Decisão nº 444/2000, o Tribunal de Contas da União **fixou prazo** ao Presidente do Departamento de Viação e Obras Públicas do Estado de Mato Grosso para que anulasse o Termo de Rerratificação nº 065/89/03/01 referente ao Contrato nº 065/89/00/00, em virtude dos sobrepreços nele presentes e dos prejuízos,

MS 29599 / DF

para a Administração Pública dele decorrentes. Deveriam ainda, ser adotadas as medidas necessárias para a celebração dos indispensáveis termos aditivos ao contrato, sendo consignadas as alterações dos valores dos serviços.

Atendendo à determinação, o mencionado departamento tentou repactuar o respectivo contrato com a impetrante. Como a tentativa restou infrutífera, por intermédio de Ato Rescisório, de 15 de agosto de 2002, o órgão rescindiu o referido contrato, com fulcro no art. 78, VII, da Lei nº 8.666/93.

Assim, na linha da jurisprudência desta Corte e das normas constitucionais e legais, entendo ser perfeitamente legal a atuação da Corte de Contas ao assinar prazo ao Departamento de Viação e Obras Públicas do Estado de Mato Grosso para garantir o exato cumprimento da lei.

Nesse sentido, cito jurisprudência desta Primeira Turma, MS nº 26.000/SC, julgado em 16/10/12:

“Mandado de segurança. Ato do Tribunal de Contas da União. Competência prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal. Termo de sub-rogação e rerratificação derivado de contrato de concessão anulado. Nulidade. Não configuração de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Segurança denegada. 1. De acordo com a jurisprudência do STF, ‘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, redator do acórdão o Ministro **Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 31/10/01). Assim, perfeitamente legal a atuação da Corte de Contas ao assinar prazo ao Ministério dos Transportes para garantir o exato cumprimento da lei. 2. Contrato de concessão anulado em decorrência de vícios insanáveis praticados no procedimento licitatório. Atos que não podem ser convalidados pela Administração Federal. Não pode subsistir sub-rogação se**

MS 29599 / DF

o contrato do qual derivou é inexistente. 3. Não ocorrência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A teor do art. 250, V, do RITCU, participaram do processo tanto a entidade solicitante do exame de legalidade, neste caso a ANTT, órgão competente para tanto, como a empresa interessada, a impetrante (Ecovale S.A.). 4. Segurança denegada.” (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJ 19/12/12).

Ademais, o Tribunal de Contas da União, no processo de tomada de contas especial, Acórdão nº 854/2005, ora questionado, confirmou a ocorrência de superfaturamento, sendo os preços devidos menores do que os utilizados pela Administração e pela Construtora no momento da adequação e da rerratificação do instrumento. Referido acórdão condenou, portanto, a impetrante, solidariamente com os agentes públicos envolvidos, à **devolução dos valores apurados a título de sobrepreço**.

Ao contrário do que afirma a impetrante, não foi ela condenada a restituir os valores recebidos em razão da execução do contrato, mas sim a **restituir aos cofres públicos a diferença dos valores superfaturados calculados pelo TCU**.

Nessa conformidade, a devolução dos valores a que foi condenada a impetrante seria **decorrente do dano ao erário** apurado pela Corte de Contas, **não existindo, portanto, modificação de cláusulas econômico-financeiras do contrato**.

Com efeito, compete ao Tribunal de Contas da União aplicar **aos responsáveis**, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelece, **entre outras cominações**, multa proporcional ao dano causado ao Erário (art. 71, VIII, da Constituição Federal).

Segundo leciona Walton Alencar Rodrigues, é, exatamente, a Tomada de Contas Especial:

“[o] instrumento legal posto à disposição dos Tribunais de contas, com a finalidade de apurar a totalidade dos fatos lesivos

MS 29599 / DF

ao erário, identificar os responsáveis pelo dano e, quantificando-o, promover-lhe o ressarcimento. Sua instauração pode decorrer de ato de ofício de qualquer autoridade competente dos órgãos integrantes da Administração Pública, ou de expressa determinação do tribunal de contas da união. Suas consequências extrapolam o mero ressarcimento ao erário, para abranger efeitos de ordem política” (O dano causado ao erário por particular e o instituto da Tomada de Contas Especial. **Revista do Tribunal de Contas da União**. v. 29, n. 77, p. 54-59, jul./set. 1998).

Em consonância, ainda, com as disposições da Lei nº 8.443/92. **Vide:**

“Art. 16. As contas serão julgadas:

(...)

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

(...)

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

(...)

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

a) do agente público que praticou o ato irregular, e

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.”

Legítima, portanto, a condenação da impetrante ao ressarcimento do dano causado ao erário, bem como sua consequente inscrição no CADIN, no caso de inadimplemento.

Acerca da atuação da Corte de Contas, cito precedente desta egrégia Primeira Turma:

“EMENTA Agravo regimental em mandado de segurança.

MS 29599 / DF

Competência do Tribunal de Contas da União. Violação da coisa julgada. Não ocorrência. Agravo regimental não provido.

1. Ao auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, compete ao Tribunal de Contas da União a relevante missão de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, da Constituição Federal). **2. Compete à Corte de Contas da União aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelece, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário (art. 71, VIII, da Constituição Federal).** 3. A questão referente a existir ou não valores remanescentes a serem pagos pelo Poder Público, bem como descompasso da decisão da Corte de Contas com a realidade fático-jurídica do contrato de locação celebrado entre a impetrante e o DNER, revela discussão alheia ao objeto estreito do writ of mandamus, o qual não comporta dilação probatória. 4. Agravo regimental não provido.” (MS 30.015/DF-AgR, Rel. Min. **Dias Toffoli**, Primeira Turma, DJe 22/2/13).

Por sua vez, a análise do **quantum** a ser cobrado e do que deveria ser considerado, ou não, pelo TCU para a realização dos cálculos - por exemplo, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato - é inviável no presente **writ**, na medida em que, dada a natureza da ação mandamental, é condição necessária para seu manejo que o direito pleiteado seja líquido e certo. Nesse sentido, é esclarecedora a teoria jurídica:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de

MS 29599 / DF

segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fato ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meio judiciais” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34).

Ante o estreito limite da ação mandamental, extrai-se dos autos que a impugnação feita padece da liquidez necessária, uma vez que **demandaria análise pericial e verificação dos preços, dados e tabelas apresentados**.

Como assevera a douta Procuradoria-Geral da República, “*não se pode reavaliar, nesta seara, o critério técnico utilizado pelo TCU para aferir o sobrepreço e apurar os valores recebidos indevidamente do erário*”.

É firme a jurisprudência desta Suprema Corte de que o direito líquido e certo é aquele demonstrável de plano. Nesse sentido:

“O PROCESSO MANDAMENTAL NÃO COMPORTA DILAÇÃO PROBATÓRIA. - O processo de mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória, pois a liquidez dos fatos, para evidenciar-se de maneira incontestável, exige prova pré-constituída, circunstância essa que afasta a discussão de matéria fática fundada em simples conjecturas ou em meras suposições ou inferências” (MS 23.652/DF, Rel. Min. **Celso de Mello**, Tribunal Pleno, DJ de 16/2/01).

“MANDADO DE SEGURANÇA - PROVA. O mandado de segurança não abre margem a dilação probatória. Os fatos articulados na inicial devem vir demonstrados mediante os documentos próprios, viabilizando-se requisição quando se encontrarem em setor público” (RMS 26.744, Rel. Min. **Marco**

MS 29599 / DF

Aurélio, Primeira Turma, DJe de 13/11/09).

“MANDADO DE SEGURANÇA - PETIÇÃO INICIAL DESACOMPANHADA DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À COMPROVAÇÃO LIMINAR DOS FATOS ALEGADOS - INDISPENSABILIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - CONCEITO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - FATOS INCONTROVERSOS E INCONTESTÁVEIS - PRETENDIDA INTERVENÇÃO DE TERCEIRO, NA CONDIÇÃO DE ‘AMICUS CURIAE’, NO PROCESSO MANDAMENTAL - INADMISSIBILIDADE - RECURSOS DE AGRAVO IMPROVIDOS. - Refoge, aos estreitos limites da ação mandamental, o exame de fatos despojados da necessária liquidez, não se revelando possível a instauração, no âmbito do processo de mandado de segurança, de fase incidental de dilação probatória. Precedentes. - **A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico-processual, ao conceito de situação decorrente de fato incontestável e inequívoco, suscetível de imediata demonstração mediante prova literal pré-constituída.** Precedentes. - Não se revela juridicamente possível a invocação da Lei nº 9.868/99 (art. 7º, § 2º) para justificar o ingresso de terceiro interessado, em mandado de segurança, na condição de ‘amicus curiae’. É que a Lei nº 9.868/99 - por referir-se a processos de índole eminentemente objetiva, como o são os processos de controle normativo abstrato (RTJ 113/22 - RTJ 131/1001 - RTJ 136/467 - RTJ 164/506-507, v.g.) - não se aplica aos processos de caráter meramente subjetivo, como o processo mandamental. - Não se revela admissível a intervenção voluntária de terceiro, ‘ad coadjuvandum’, na condição de assistente, no processo de mandado de segurança. Doutrina. Precedentes” (MS nº 26.553 AgR-AgR/DF, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 16/10/09).

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. SINDICÂNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DAS ILEGALIDADES APONTADAS.

MS 29599 / DF

AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA NA VIA MANDAMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO". (RMS nº 27.959/DF, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, DJe de 1º/7/10).

Por outro lado, não pode prosperar a alegação de ocorrência de violação do princípio do devido processo legal.

Conforme já narrado, a impetrante participou, de forma efetiva, tanto do processo de denúncia como da tomada de contas especial, apresentando defesa e interpondo os respectivos recursos. Por sua vez, as decisões e acórdãos dos processos contêm toda a argumentação da defesa da impetrante e sua detalhada análise pelo TCU.

Ressalte-se que o mandado de segurança não é a via adequada para impor à Corte de Contas a análise de determinados elementos técnicos ou o deferimento de requerimento de produção de prova pericial. O Tribunal de Contas fundamentou a rejeição dos pedidos e promoveu o cálculo do **quantum** do sobrepreço em consonância com os critérios técnicos por ela utilizados e com as normas de seu regimento interno.

Forçoso reconhecer, assim, a ausência de direito líquido e certo a amparar a pretensão da impetrante.

Fica, no entanto, ressalvado ao impetrante o recurso às vias ordinárias.

Ante o exposto, voto pela **denegação da segurança**, cassando-se a liminar anteriormente concedida, e pela **prejudicialidade** do agravo regimental interposto contra a decisão liminar.

07/05/2013

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, fiquei vivamente impressionada com as razões expostas pelo eminente patrono da impetrante ao destacar duas questões de direito muito claras e que deixariam de lado o segundo aspecto em que se centra o eminente Relator.

Acompanho o voto do eminente Relator, sem dúvida, quanto a esse aspecto. Na via estreita do mandado de segurança é absolutamente impossível verificar todas essas alegações.

Pergunta-se: haveria direito líquido e certo que emergiria claro das questões todas colocadas nos autos, na sua delimitação, que nos levasse à concessão da ordem? Confesso que, com relação a esse aspecto e por esse viés, acompanho o voto do eminente Relator.

As questões colocadas da tribuna me levam a pensar, porque se questiona e o que está colocado no texto constitucional, no artigo 71 da Constituição Federal, é se seria conferida à Corte de Contas essa possibilidade de determinar a devolução daquelas diferença entre os valores que foram contratados - objeto desse contrato de licitação válida, pelo menos como as coisas foram colocadas. Só existiriam, segundo entendi, de um cotejo daqueles valores efetivamente pagos pela execução do contrato com aquele referencial adotado pelo Tribunal de Contas, em um determinado momento e muitos anos depois da pactuação e, quem sabe, até da repactuação.

A segunda questão colocada e que também fica à margem desses fatos todos é se não seria, aí, o caso, a se entender que o Tribunal de Contas poderia, sim, ou seja, não determinar a devolução de diferenças provenientes de atos ilícitos. E, com relação a isso, não há qualquer discussão. Na fonte, teríamos, na origem, um ato lícito. Daí o questionamento feita pelo eminente patrono.

MS 29599 / DF

E aí, em um segundo momento, seria a questão da possibilidade de produção de prova, porque, por óbvio, no processo administrativo frente ao TCU, a empresa não tem como questionar. Então, diz o TCU, corretamente, que lá não seria o *locus* adequado para esse tipo de discussão, seria o Judiciário, e nunca na via estreita do mandado de segurança.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O contrato não foi declarado nulo, não foi declarado ilícito.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Por isso questiono.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Mas, Ministra **Rosa**, com a devida vênia da defesa, vou me valer aqui de minha experiência quando advoguei no Tribunal de Contas da União, na posição em que hoje se encontra o nobre advogado. Eu tive oportunidade de atuar no Tribunal de Contas tanto como advogado privado como, posteriormente, advogado público.

O que ocorre nesses casos, que são contratos que têm preços globais, mas que têm preços individualizados? Ocorre, muitas vezes, essa discussão: aqui tem dez itens que estão com preços acima do mercado, mas eu apresentei vinte itens com preço abaixo de mercado.

Aqui, o que se tem? O contrato não foi executado em sua totalidade, não houve a execução completa do contrato, houve uma execução de parte do contrato. Então, como se verificar o valor global desse contrato e essas compensações na via do mandado de segurança? Essa é a minha dificuldade.

O SENHOR ALEXANDRE AROEIRA SALLES (ADVOGADO) -
Posso esclarecer uma matéria de fato?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa Excelência esclarecer-me-ia um ponto?

MS 29599 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Pois não?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Tribunal de Contas impôs multa à empresa?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não, não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Poderia impor?

O SENHOR ALEXANDRE AROEIRA SALLES (ADVOGADO) - Eu posso esclarecer? O próprio Tribunal de Contas diz o seguinte, Excelentíssimo Ministro, que não cabe aplicação de penalidades ao contratado, porque o contratado agiu exatamente como a lei espera que ele aja, ou seja, ele reconhece a inexistência de ilegalidade. Está expresso aqui no Acórdão 1513.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Há uma matéria de Direito da maior importância: saber os limites da atuação do Tribunal de Contas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite um aparte, Ministro Marco Aurélio?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A decisão do Tribunal de Contas encerra título executivo. Caso houvesse controvérsia em órgão investido do ofício judicante, em um órgão do Judiciário, requerida a perícia, a prova seria deferida.

Mas sequer o Tribunal de Contas está sujeito às regras que revelam segurança jurídica no campo da instrumentalidade.

MS 29599 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se formos à norma básica que rege a atuação do Tribunal de Contas, veremos que, a rigor, pelo texto da Carta da República, sequer pode sustar contrato. Comunica ao Congresso os fatos envolvidos, a teor do disposto no § 1º do artigo 71. Não podendo sustar contrato, já que atua como órgão auxiliar, no campo estritamente administrativo, do Congresso, pode, Presidente, estampar em um pronunciamento que ganha contornos – como disse – de título judicial para a execução, que não encerra processo de conhecimento, condenação de uma pessoa jurídica de direito privado, quando, a teor do disposto no artigo 71, é feito o controle externo da administração?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

É. Esse tema, a impetrante nem ventilou: o fato de ser terceiro e não administração.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Eu apenas se me permitissem...eu me permitiria..

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A questão é muito séria. Não vejo a Andrade Gutierrez como a compor a administração pública!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Mas nós vamos, então, retirar do Tribunal de Contas a possibilidade de analisar casos como esse.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A administração pública não está sujeita à morte civil, mas o particular sim.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

MS 29599 / DF

É que esse contrato não foi executado em sua integralidade. Daí, a análise do Tribunal de Contas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, assombra-me – estou há vinte e dois anos no Tribunal e é a primeira vez que me defronto com a problemática – um órgão que não integra o Judiciário e só tem o vocábulo "tribunal" na nomenclatura poder condenar uma pessoa jurídica de direito privado, encerrando essa condenação título executivo, sem se viabilizar, à exaustão, o direito de defesa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Eu acho que é até por isso que o Ministro Toffoli está sugerindo, num primeiro momento, abrir-se a possibilidade de a parte, através de uma ação de cognição plena, com tutela antecipada...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, Ministro, enquanto isso tem contra si um título judicial.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Sim, veja o seguinte, deixa eu só concluir.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Mas ela pode obter uma tutela antecipada; eu mesmo, aqui, deferi a liminar para analisar a questão no mérito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não reconheço a um órgão administrativo, como é o Tribunal de Contas – auxiliar do Congresso Nacional, no controle da administração pública –, esse superpoder de impor ao particular condenação a devolver valor, uma condenação, presente obrigação de dar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - No meu modo de ver, em primeiro lugar, acho que seria o caminho mais prudente,

MS 29599 / DF

realmente, deixar a parte que, numa ação de cognição plena, pudesse obter uma tutela antecipada onde ela discutiria esses dados técnicos que foram realizados no âmbito do Tribunal de Contas, pelos técnicos da Corte, fixando inclusive percentuais que são absolutamente insindicáveis nesta via.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Desaguar em um título.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Em segundo lugar, unindo-se os princípios da Constituição Federal mais o capítulo da própria Constituição inerente ao Tribunal de Contas, o que se verifica? Que, no artigo 71, inciso VIII, sem distinguir onde nós também não podemos distinguir, o Tribunal de Contas pode "aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;"

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Foi quando perguntei se o Tribunal tinha imposto. Poderia impor?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Poderia...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não poderia.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - O que diz aqui?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vejam o que temos na Constituição Federal: as regras que revelam a atuação do órgão no âmbito da administração pública.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - O que diz

MS 29599 / DF

aqui?

"Art. 71 ...

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;"

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quem é o responsável, considerado um contrato? É a contratada? Não. Quem contratou, Presidente.

O SENHOR ALEXANDRE AROEIRA SALLES (ADVOGADO) - Presidente, posso esclarecer uma matéria de fato?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ela pode fixar. O Tribunal de Contas tem essa competência. Agora, Vossa Excelência faz uma distinção que tem procedência: em relação à administração pública, o Tribunal de Contas emite uma decisão que se transforma em título do executivo. Pergunta-se: esse título do executivo pode ser infirmado através de um ação de conhecimento? Pode, nos embargos à execução que representam uma ação de cognição plena.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Digo mais: o título não pode ser formalizado segundo o figurino constitucional e legal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Sim, mas há jurisprudência que entende que pode.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Há precedente, como costume dizer, para todos os gostos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Eu sei, mas o título executivo...

MS 29599 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quero saber sobre a base constitucional da atuação do Tribunal de Contas. É órgão voltado a quê?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ao controle externo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A impor a particular condenação? Não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Se ele verificar ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Constituição refere-se a responsáveis e cogita do controle da administração pública.

O SENHOR ALEXANDRE AROEIRA SALLES (ADVOGADO) - Excelência, por gentileza, posso esclarecer duas matérias de fato que podem ajudar no julgamento? Serei breve.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Pois não.

O SENHOR ALEXANDRE AROEIRA SALLES (ADVOGADO) - Toda essa discussão, inclusive a levantada por Vossa Excelência... Por que o Tribunal, no próprio acórdão, não aplica sanção à empresa? Porque não houve - e aí que retira a competência do artigo 71, ou seja, não se aplica à hipótese - ilegalidade. Isso é muito importante.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eu disse, desde o início do relatório, antes de a sustentação ser formulada pelo nobre advogado, que era impetração contra acórdão em que se condenou solidariamente a impetrante e os agentes públicos à

MS 29599 / DF

devolução de valores.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) – Mas, hodiernamente, é uma técnica muito comum. Não sei se verificaram que, na Lei de Improbidade, que é uma lei voltada para funcionários públicos, ela equipara os particulares a funcionários naquelas hipóteses em que ela verifica a improbidade perpetrada e os danos causados. Então, por exemplo, hospital particular que conluie com servidor público e cause dano ao erário é condenado pela Lei de Improbidade. De sorte que não é tão atípico.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, então, tem-se ação a ser julgada por um órgão equidistante.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Que é o Judiciário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não por um órgão do controle da administração pública, mas, sim, pelo Judiciário.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Eu estou entendendo. Mas olha essa equiparação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que poderia fazer o Tribunal, ao se constatar irregularidade? Extrair cópias e encaminhar à Advocacia da União para as medidas judiciais cabíveis.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eu volto a afirmar: o contrato não foi executado em sua globalidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Lançar no mundo jurídico um título executivo, condenando pessoa jurídica de direito privado, é passo demasiadamente largo, Presidente. Não reconheço esse

MS 29599 / DF

poder ao Tribunal de Contas.

O SENHOR ALEXANDRE AROEIRA SALLES (ADVOGADO) - Excelentíssimo Relator, só a segunda matéria de fato que vai de encontro à questão.

Duas questões: o contrato não foi executado na sua totalidade, porque o Tribunal de Contas, quando pegou os oito itens dentre vários, pediu para que o Poder Público tentasse repactuar o contrato com a Andrade Gutierrez.

O contrato, nesse momento, foi suspenso; então não se executou mais nenhum pouco de obra. E a Andrade Gutierrez não conseguiu, pelos seus estudos, garantir que conseguiria executar aquele contrato sem prejuízo. Então, ela disse: eu não posso; eu não consigo executar esse contrato. Por isso que o contrato foi executado. Aí, então, o que o Poder Público fez? Ele, então, corretamente rescindiu. Porque o crivo que foi feito foi de economicidade.

E a segunda questão que Vossa Excelência mencionou: por que os outros agentes públicos foram punidos pelo TCU? Eles foram punidos, conforme está explicado aqui pelo próprio Acórdão nº 1.513, porque agiram, no entendimento do Tribunal de Contas da União, contrariamente ao princípio da economicidade. Por quê? O TCU achou que eles deveriam - lá em 97, quando repactuaram o contrato - talvez ter imaginado que o TCU iria adotar aqueles preços parâmetros...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Já é uma rerratificação, não é?

O SENHOR ALEXANDRE AROEIRA SALLES (ADVOGADO) - Não, é porque o administrador público, na visão do TCU, deveria ter tentado pactuar o contrato com preço melhor.

A discussão, Excelência, é exatamente essa. O TCU, que protege o erário federal, achou que os preços pactuados estavam caros.

MS 29599 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Pois é, como nós vamos verificar direito líquido e certo nessa discussão toda?

O SENHOR ALEXANDRE AROEIRA SALLES (ADVOGADO) -
Não, mas é porque exatamente.. Nós não estamos discutindo, Excelência, em nenhum momento, o crivo de economicidade do TCU, lá. O que entendemos é que ninguém poderia ter tamanho poder a ponto de, depois que eu executei uma obra com os preços que eu pactuei em uma obra correta, posterior e de forma retroativa, vem alguém e diz assim: não, devolve-me aquilo que eu acho que deveria ter sido praticado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Doutor, por gentileza.

O SENHOR ALEXANDRE AROEIRA SALLES (ADVOGADO) -
Perfeito, claro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Porque isso aí fere a isonomia com os outros advogados.

O SENHOR ALEXANDRE AROEIRA SALLES (ADVOGADO) -
Perfeito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Você está fazendo uma outra sustentação oral; tem toda a delicadeza possível, mas há limite.

O SENHOR ALEXANDRE AROEIRA SALLES (ADVOGADO) -
Agradeço imensamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio, eu tenho aqui, por exemplo... porque eu preparei também

MS 29599 / DF

um voto, acórdão em mandado de segurança contra uma empresa - não vou dizer o nome, porque não está em jogo - limitada que se volta exatamente contra uma condenação solidária do TCU. E o Supremo Tribunal Federal entendeu que era possível essa condenação solidária.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, costume dizer que, para mim, só existem dois predicados: ciência e consciência. Não tenho compromisso sequer com meus próprios erros, o que dirá com os alheios.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Aí, eu respeito a postura de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quando coloco a capa, faço-o para julgar o caso concreto.

O fato de o Tribunal anteriormente ter assentado que o de Contas tem esse poder, de condenar particulares, não me leva a fechar a Carta da República, que a todos, indistintamente, submete, inclusive ao Supremo, como seu guarda maior.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Não, isso é uma questão de convencimento. Quer dizer, o acórdão é um acórdão substancial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O precedente – se me convencer em termos de ideias, evoluo –, para mim, está no âmbito daquela frase latina *magister dixit*, que desprezo totalmente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Essa é minha dificuldade, quando eu a colocava; porque, seguindo o raciocínio do eminente Relator, eu acompanho Sua Excelência na íntegra. Não fiz um estudo maior, apenas a partir do memorial e das razões da tribuna, vi que o pressuposto era outro. Dizia que foi executado um contrato, não de

MS 29599 / DF

forma integral, por todas as licitudes que ocorrem, inclusive, no País desde 1989, que, em um determinado momento, a partir do comando do TCU, foi feita uma repactuação com a redução do percentual em 20% e que, mesmo assim, por um crivo de economicidade do TCU, absolutamente legítimo e correto da parte do TCU - em momento algum se disse de forma contrária da tribuna -, entendeu-se que não haveria como a obra, em função daqueles oito itens cotejados, a ela se dar continuidade. E, por esta razão, já que a impetrante não se achou em condições de uma nova pactuação ou de continuar a execução da obra por aquele preço menos elevado, foi corretamente - também não se discute - rescindido o contrato.

Então, toda a questão diz com o comando do TCU, de devolução daquilo que, na compreensão do TCU, é uma diferença entre o que seria devido de acordo com os seus critérios e aquele preço efetivamente observado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Pois é. Mas isso não é autotutela porque isso não é autoexecutável pelo TCU. Isso será submetido a uma cobrança judicial. O TCU, dentro dos seus poderes, até se não fossem explícitos, porque são, mas pela teoria dos poderes implícitos, o que ele vai fazer, se ele verifica que houve sobrepreço, se ele verifica que se recebeu a mais, se ele tem essa incumbência constitucional e o princípio da moralidade administrativa, à luz da sua responsabilidade, de velar pelas eventuais prevenções de danos ao erário, o que ele faria diante da constatação que tinha um volume "x" de preço superfaturado. Ele teria que indicar: "Olha, aqui estão condenados a devolver isso". Agora, isso não é autoexecutável. Isso vai ser executado na Justiça. E a Justiça é o melhor lugar para que a parte possa eventualmente trazer essas questões que são insindicáveis em sede de mandado de segurança.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim. Eu não tenho a menor dúvida. Inviável qualquer análise em mandado de segurança.

MS 29599 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eu parto da premissa de que o Tribunal de Contas agiu dentro de sua competência constitucional e legislativa. Ir além disso seria revolver as questões específicas dos valores, dos itens, da execução do contrato. A premissa de meu voto é que não há condições de se identificar direito líquido e certo, porque não identifico nenhuma ilegalidade no ato do TCU. Nada impede que a impetrante proponha uma ação na qual vá debater isso, que ela, inclusive, deposite em juízo o valor a que foi condenada.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Na qual vai debater todo o tempo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

E, com esse depósito em juízo, muito provavelmente obterá uma tutela antecipada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ainda bem que ela tem lastro.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

E debata todas essas questões na instância ordinária.

07/05/2013

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ministro, veja Vossa Excelência: o artigo 71 da Constituição Federal, quando fala do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, ele vem mencionando, em cada item, pessoas de direito público, fundações, sociedades, depois fala em aposentadorias. Vem falando só acerca de pessoas que têm vinculação com a Administração Pública. Mas, no inciso VIII, aplica aos responsáveis genericamente. Por que não colocou aqui também "aplicar aos administradores públicos"? Por que colocou aqui "aos responsáveis"? Evidentemente que respeito o ponto de vista do eminente Ministro Marco Aurélio, de todos os Ministros que não se apegam a precedentes. Eu já tenho um outra percepção. Acho que o sistema que estamos adotando, o da colegialidade, é importante o precedente. Entendo que seja importante o precedente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Integro o Colegiado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

E o debate é fundamental para a prestação da Justiça. O debate é fundamental.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Sem dúvida. Tanto que estou louvando. Agora, neste caso, por que não falou "aplicar aos administradores públicos, mas aos responsáveis"?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

É que não me convenci.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Aí pode

MS 29599 / DF

parecer uma posição paradoxal - está cuidando de Administração Pública e está cuidando dos responsáveis. Mas a Lei de Improbidade também trata da Administração Pública e condena pessoa física não integrante da Administração. Então, para mim, isso não é uma figura anômala; isso é uma técnica para fazer valer os preceitos do artigo 37, inaugurados pela Constituição Federal/88.

Peço vênia, então, para acompanhar Vossa Excelência.

07/05/2013

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, começo pelo pano de fundo, incontroverso. Não se tem necessidade de adentrar o campo probatório, o campo da instrução do mandado de segurança.

O contrato foi firmado em 1989 e, depois, passou-se por diversos planos econômicos. Cada Governo que assumiu a direção do País tinha o plano milagroso para combater o grande mal que era a inflação.

O que houve? Ante esses planos econômicos, ocorreu a paralisação temporária, no interesse da administração pública, das obras alusivas à BR-163.

Em 1997, com a estabilização da moeda – o Plano Real, que realmente deu certo, depois de várias experiências e insucessos –, o Estado converteu e reajustou os preços contratuais ao Real e propôs, à impetrante, a redução dos preços contratados, visando a retomada da obra. Havia uma situação de impasse. Quando do certame licitatório, previu-se que preços unitários não poderiam ter – vejam bem, foi o ajustado – variação superior a 5% em relação àqueles indicados. Onde? No edital, no ato convocatório. Não seria uma diferença, porque geraria o subjetivismo, sequer considerados os preços do mercado, mas preços tarifados no edital formalizado.

A empresa acabou por aquiescer e houve um decesso, no preço contratado, de 20%. Esses fatos são incontroversos.

Por que digo que esses fatos são incontroversos? Porque admitidos pelo Tribunal de Contas da União. Mas, no trecho que lerei, vem a pérola.

Consigna o acórdão:

"Assim, foram selecionados 11 itens, dentre 74" – itens, alusivos a – "serviços, no Termo de Rerratificação nº 065/89/03/01, celebrado com a Construtora Andrade Gutierrez S/A, de 17/06/97 e 13 itens, dentre 110 serviços, no Termo de Rerratificação nº 066/89/03/03" [...], por representarem 70% do valor repactuado. Dessa amostra selecionada, 08 itens referentes

MS 29599 / DF

ao contrato com a Andrade Gutierrez e 10 itens relativos ao contrato com a Triunfo Ltda., se comparados seus preços com os do Sistema de Custos Rodoviários – SICRO, Região Centro-Oeste, do DNER, e com o Sistema de Custos Unitários do DVOP mostram-se superfaturados", [...]

Olvidou-se a cláusula primeira; olvidando-se que os preços foram previstos com uma margem, para mais ou para menos, de 5% do que consignado no edital.

Prossegue o acórdão:

[...] "Vale destacar que os contratos firmados com as construtoras, após serem rerratificados pelos citados termos, sofreram redução linear em seus valores em 20%, fazendo com que os preços por quilômetro, em cada contrato, girassem em torno de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Contudo, esse valor final não traduz a realidade dos fatos." [...]

Segue o que apontei como uma pérola:

[...] "O fato de o valor total estar compatível com o de mercado não reflete uma análise individualizada de seus serviços." [...]

Tudo isso ocorreu sem se viabilizar, à exaustão, o direito de defesa, a partir de um contrato administrativo que desaguou num título judicial. Vale dizer, poderá a União executar a empresa Andrade Gutierrez para ter a devolução dos valores. E não sei se esses valores compensam, ou se estariam compreendidos, ou não, naquela faixa de redução alusiva aos 20%.

Esse é o quadro fático que, para mim, já levaria ao implemento da ordem.

Vem a questão de direito. Não reconheço, em que pese à nomenclatura Tribunal de Contas da União, a esse órgão simplesmente administrativo, o poder de lançar, contra particulares, e no cenário

MS 29599 / DF

jurídico, pronunciamento que se torna – repito – título executivo condenatório. Por mais que me esforce, procedendo à leitura do artigo 71 da Carta, não chego à conclusão de que a menção a responsáveis - esses, sim, poderão ser condenados a devolver e a satisfazer multas – deva-se entender que haja abrangência a alcançar não só pessoas jurídicas de direito privado propriamente ditas – não me refiro à empresa pública e sociedades de economia mista – e pessoas naturais, mas também particulares. Começo pela consideração do título da Seção IX, que se refere à fiscalização contábil, financeira e orçamentária. E – repito – o Tribunal de Contas é órgão auxiliar, porque quem exerce o controle externo é o Congresso Nacional, e o faz quanto à Administração Pública, não relativamente pessoa jurídica de direito privado propriamente dita ou a pessoa natural.

Há mais: não se reconhece ao Tribunal de Contas, como está em bom português no § 1º do artigo 71, a possibilidade sequer de sustar contratos, mas se aponta que pode impor condenação à pessoa jurídica de direito privado e natural, valendo o pronunciamento como título judicial. O sistema não fecha. Decididamente, o sistema não fecha.

A interpretação sistemática da Carta de 1988 é conducente a tomar-se o Tribunal de Contas, em primeiro lugar, como órgão estritamente administrativo, que não está incluído no grande todo que é o Judiciário; em segundo lugar, que o campo de atuação dele, mesmo assim limitado quanto aos contratos, restringe-se à Administração Pública. Foi quando indaguei ao Relator: "o Tribunal impôs também a multa"? A multa que penso estar prevista com a possibilidade de alcançar quarenta e dois milhões, se não me falha a memória. É isso? É uma multa realmente exorbitante no que prevista na Lei 8.443/1992. Não, não impôs. Da mesma forma que não podia impor – e disse que não impunha, porque o procedimento da empresa teria sido legítimo, não cabia impor a condenação. A sustação de contratos, pelo § 1º do artigo 71, está prevista:

No caso de contrato – é o caso concreto –, o ato de sustação – aqui não houve, porque houve a rescisão, mas no âmbito da Administração Pública – será adotado diretamente

MS 29599 / DF

pelo Congresso Nacional que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

"§ 3º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito a sustação do contrato" – quanto a essa sustação.

Está revelado, realmente, no § 3º do 71 da Constituição Federal que: "as decisões do Tribunal" – isso foi repetido na lei – "de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo" judicial a própria referência à imputação de débito – e não se imputa débito em relação ao particular – direciona ao alcance desse preceito, no que está ligado estritamente à Administração Pública, a órgãos a ela integrados e a dirigentes dessa mesma Administração Pública.

Peço vênia, Presidente, ao Relator e, por enquanto, à ministra Rosa Weber, para concluir que não cabe a inversão de valores. Descabe, em favor de uma visão, verdadeira utopia, de proteção à coisa pública, inverter a ordem natural das coisas e simplesmente dizer que, sem observância do devido processo legal, no que foi indeferido inclusive a perícia, no âmbito administrativo, no âmbito do Tribunal de Contas, seja dado colocar o particular na situação em que a impetrante, de ter contra si uma execução e, então, buscar no Judiciário a sustação dessa mesma execução, quando o certo, caso constatada a vantagem indevida, seria o encaminhamento de peças do processo administrativo à União, à Advocacia-Geral da União para as providências necessárias.

Então, seria dado chegar, por determinação judicial, à devolução dos valores percebidos a mais, que não vejo, tenham sido recebidos na espécie, presente a própria decisão do Tribunal de Contas, no que asseverou que, no caso, em termos globais, o valor mostra-se harmônico com os de mercado, não fosse a vinculação a que me referi, ao próprio edital e também o decesso verificado.

Peço vênia para implementar a ordem.

07/05/2013

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599 DISTRITO FEDERAL

VISTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, quanto ao raciocínio desenvolvido pelo eminente Relator eu o acompanho na íntegra, porque deságua, para solucionar a controvérsia, em um exame e produção de provas inviáveis na via estreita do mandado de segurança, com relação a isso. É uma questão - eu dizia desde o início da minha manifestação - que precede e diz com a licitude, a validade do contrato enquanto pactuado e executado, que infiro da leitura ligeira que fiz a partir do memorial e das razões da tribuna.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Eu acho que a questão prejudicial fica gravitando em torno da legitimidade do Tribunal de Contas...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Bom processo para pedir vista.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, é apenas porque não tinha, na memória, o valor da multa que pode ser imposta pelo Tribunal: 42 milhões. Isso não é multa, é confisco. Está no artigo 58 da Lei 8.443/1992. Temos um encontro marcado – se ele se atrever a impor essa multa – com o tema.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Compreendi o voto do Ministro Toffoli no sentido da ilicitude, mas só fiz uma leitura, na verdade, eu ouvi ser lido, de maneira parcial.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) – O que Vossa Excelência propôs é que não há direito líquido e certo.

MS 29599 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Já no início de meu voto, disse que o Tribunal de Contas agiu dentro de seus limites constitucionais e legais, e fiz distribuir o voto, inclusive assentando precedentes da Casa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Sim, mas a conclusão do voto de Vossa Excelência é no sentido de que, nesta Sede, não há direito líquido e certo apurado, não é isso?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O mais interessante: vejo que o Tribunal de Contas pode mais do que o Supremo. Porque o Supremo, administrativamente, não pode impor a particular a condenação.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Confesso, Ministro Luiz Fux, que Vossa Excelência até se referiu a um acórdão da Primeira Turma.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Não, não foi da Primeira Turma. É o Ministro Celso de Mello. Foi um acórdão...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Do ano passado?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Não não. Uma condenação solidária de uma, acredito que seja farmácia, não vou ler o nome de empresa que não está em jogo.

É exatamente um acórdão da Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, e tendo como devedor solidário uma farmácia. Então, isso significa dizer que não é a primeira nem a última vez que o Tribunal de Contas da União condena solidariamente pessoas que não façam parte da Administração.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ante o decanato, devo

MS 29599 / DF

desculpas ao Ministro Celso de Mello!

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, requeiro vista regimental. Quero fazer a leitura, pelo menos, do acórdão do Tribunal de Contas da União.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

É um caso interessante para se analisar. Eu não tenho nenhum pejo de ficar vencido, todos os colegas sabem disso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Tenho que estar convencida na hora do meu voto.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

IMPTE.(S) : CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A

ADV.(A/S) : ALEXANDRE AROEIRA SALLES E OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Relator, e Luiz Fux, Presidente, que denegavam a segurança, cassando a liminar anteriormente deferida, e julgavam prejudicado o agravo regimental interposto; e do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que implementava a ordem, pediu vista do processo a Senhora Ministra Rosa Weber. Falou o Dr. Alexandre Aroeira Salles, pela Impetrante. 1ª Turma, 7.5.2013.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Rosa Weber. Compareceu o Senhor Ministro Teori Zavascki para julgar processos a ele vinculados.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

01/03/2016

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
IMPTE.(S) : **CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A**
ADV.(A/S) : **ALEXANDRE AROEIRA SALLES E OUTRO(A/S)**
IMPDO.(A/S) : **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EXPLICAÇÃO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, o tema objeto deste mandado de segurança à época ensejou um amplo debate na Turma, em especial a partir de uma belíssima sustentação oral e de pareceres apresentados, e, não obstante o voto percuente - como sempre - do Ministro-Relator, Dias Toffoli, acompanhado pelo Ministro Fux, diante da divergência apresentada pelo Ministro Marco Aurélio, que implementava a ordem, entendi de pedir vista para uma maior reflexão a respeito. E trago um voto, Senhor Presidente, de dezesseis laudas. Consulto Vossas Excelências - até porque temos outras sustentações orais, hoje, e uma pauta longa - sobre a necessidade de lê-lo, considerando que já proferidos votos pelos demais Ministros então presentes, e que o tema veio a ser, neste meio tempo - precisamente em 2015, ainda que por um viés um pouco diverso, mas que diz com a imposição de ônus pelo Tribunal de Contas a particulares -, objeto de decisão do Plenário, quando Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio ficou vencido. Vossa Excelência, Presidente, foi o redator do acórdão.

01/03/2016

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599 DISTRITO FEDERAL

VOTO-VISTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: 1. Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Construtora Andrade Gutierrez S.A. contra ato do Tribunal de Contas da União, em que deduzidos os seguintes pedidos, *verbis*:

“87. (...) concessão da medida liminar para suspender os efeitos da condenação de devolução de valores ao erário prevista no item 9.1.2 do Acórdão 854/2005, confirmada e tornada eficaz pelo item 51 ‘b’ do Acórdão 1513/2010.

88. Ao fim, pede a procedência do pedido para conceder a segurança e anular a condenação de devolução de valores ao erário prevista no item 9.1.2 do Acórdão 854/2005, confirmada e tornada eficaz pelo item 51 ‘b’ do Acórdão 1513/2010” (inicial, fl. 26).

Deferida a liminar pelo Relator, Ministro Dias Toffoli, em decisão que desafiou agravo regimental da União, prestadas as informações e exarado parecer pelo Procurador-Geral da República no sentido da denegação da segurança, o feito foi submetido, na sequência, a esta Turma julgadora. O eminente Relator, em alentado e percuciente voto, votou pela denegação da ordem e o prejuízo do agravo regimental, e foi acompanhado pelo Ministro Fux. O eminente Ministro Marco Aurélio, abriu a divergência para implementar a ordem.

Pedi vista dos autos para melhor exame.

2. Colho da inicial que a impetrante se sagrou vencedora em **concorrência aberta pelo Estado do Mato Grosso, no ano de 1989, para construção de cento e cinquenta e oito quilômetros da Rodovia BR 163/MT, ligando o norte do Estado à divisa com o Pará.** Nos termos da licitação, os preços unitários orçados não poderiam exceder a 5%, para mais ou para menos, dos valores indicados no ato convocatório. Tais

MS 29599 / DF

preços incluíam todos os custos e serviços necessários à execução do objeto, ainda que não expressamente previstos, como única, exclusiva e completa remuneração para a total execução das prestações, englobando, dentre outros, os custos de materiais, operações técnicas e executivas, transporte, instalação, manutenção de canteiros, consumo de água, energia elétrica e combustíveis, serviços de escritório, financiamentos e encargos financeiros, encargos trabalhistas e previdenciários, nos termos do item 05.02.5 do edital (inicial, fl. 2).

A ausência de recursos orçamentários teria impedido o cumprimento do regular cronograma, sofrendo a obra com prorrogações de prazo e paralisações temporárias em decorrência do processo inflacionário que assolava o país, assim como dos ajustes econômicos fracassados que antecederam a estabilização proporcionada pelo Plano Real.

Em 1997, o Estado do Mato Grosso intentou a retomada das obras, mas para isso teria convertido e reajustado os preços contratuais à nova moeda, propondo a repactuação dos preços e, conseqüentemente, a redução dos custos da contratação. A impetrante afirma ter anuído com um decréscimo de 20% do preço total do contrato, conforme Termo Aditivo nº 065/89/03/01.

No mesmo ano, o TCU passou a auditar o contrato, na medida em que aplicados recursos federais a partir de convênio firmado entre o DNER e o Estado. Nessa análise, a área técnica do TCU teria concluído que os preços contratados em 1997 estariam superfaturados se comparados à tabela de referência aplicada pelo órgão de controle naquele mesmo ano, anulando o Termo Aditivo nº 065/89/03/01 e impondo ao Estado do Mato Grosso a realização de nova pactuação, nela expurgados os sobrepreços (Acórdão nº 444/2000). *A impetrante, porém, não anuiu a essa determinação, o que levou o Estado a promover a rescisão unilateral do contrato, em 2002.*

No ano seguinte, o TCU instaurou Tomada de Contas Especial para apurar a responsabilidade dos gestores e da impetrante por suposto prejuízo ao erário. Por meio do Acórdão 854/2008-Plenário, o TCU

MS 29599 / DF

julgou as contas irregulares e condenou os responsáveis, de forma solidária, ao pagamento das diferenças encontradas entre os preços unitários contratados e os calculados pela unidade técnica do Tribunal, além da aplicação de multas à empresa e aos gestores do contrato. Interposto recurso de reexame, a este o TCU deu parcial provimento para afastar a multa imposta à impetrante (Acórdão 1513/2010, ora impugnado).

Diante desse quadro, sustenta a inicial que **“a condenação tornada eficaz e definitiva pelo Acórdão 1513/2010 corresponde à modificação unilateral e retroativa dos preços contratados, depois de executados os serviços, em razão de uma análise exclusivamente econômica, sem a caracterização de qualquer ato ilegal imputável ao particular”** (inicial, fl. 9). Ofendido restaria o art. 71 da Constituição Federal, porque ausente constatação de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas praticadas pela impetrante como requisito para autorização da interveniência do TCU na relação jurídica contratual. A análise do TCU teria sido meramente econômica, quando se exigiria, como condição necessária, a constatação de ilegalidade para que o órgão de controle viesse a determinar a medida adequada nos limites de sua competência constitucional, qual seja, a imposição de revisão da avença ao órgão contratante para regularizá-la, cabendo apenas ao Congresso Nacional a eventual sustação do contrato (art. 71, § 1º, da Constituição Federal). **Em outras palavras, a decisão do TCU conteria dois vícios: o primeiro resultaria da interferência direta em contrato administrativo, apesar de inexistir juízo de ilegalidade firmado a respeito da contratação, e o segundo decorreria da imposição de medida concreta que excederia os limites da competência do Tribunal, pois a este caberia apenas determinar ao órgão contratante a regularização do negócio jurídico ilícito.**

Desatendidos, portanto, estariam princípios administrativos relacionados ao regime jurídico dos contratos administrativos (segurança jurídica, bilateralidade do contrato e garantia de seu equilíbrio financeiro), previstos tanto no corpo do Decreto nº 2300/86 (arts. 33, 44,

MS 29599 / DF

45, 51, 55 e 56), vigente à data da contratação, quanto da Lei nº 8666/93 (arts. 41, 54, 55, 58, 63, 65 e 66 da Lei nº 8666/93).

O TCU, em resumo, não gozaria de competência constitucional para impor preços, estando autorizado apenas a determinar a repactuação das cláusulas econômico-financeiras de forma bilateral, aberta a possibilidade de rescisão unilateral do contrato pela Administração em caso de recusa do particular (art. 78, XII, da Lei nº 8.666/93).

Segue-se afirmando que **“não se pretende rever o mérito da análise de economicidade, mas anular a condenação da impetrante, em razão da inconstitucionalidade da medida, da violação aos direitos subjetivos da impetrante e do desrespeito ao devido processo legal”** (inicial, fl. 9).

Destaca a impetrante, quanto ao comando de devolução de parte do preço recebido, o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal para afirmar a necessidade de manutenção das regras da licitação e das cláusulas estipuladas. Respeitados os termos contratuais, diz que sequer seria possível afirmar ocorrido qualquer prejuízo ao Erário, enquanto detentora de “inequívoco direito subjetivo, em razão dos serviços executados e do contrato em vigor” (inicial, fl. 17), a receber exatamente o valor pactuado. Aduz frustrar a modificação posterior do preço “a confiança gerada pelos atos do Poder Público, violando, por conseguinte, a boa-fé objetiva, a autonomia privada da vontade e a segurança jurídica” (inicial, fl. 19). E, embora reafirme não ser objeto do mandado de segurança “discussão quanto ao mérito da análise de economicidade pelo TCU” (inicial, fl. 20), discorre a respeito de supostas violações do devido processo em razão da não realização de prova pericial requisitada, com a desconsideração de custos da obra que não deveriam ser por ela suportados.

3. Acompanhamento o Relator, Ministro Dias Toffoli, pelas razões que passo a expor, pedindo as vênias de estilo ao eminente Ministro Marco Aurélio.

Exame mais detido dos autos permite que a controvérsia seja colocada em perspectiva. Muito embora o mandado de segurança tenha

MS 29599 / DF

por objeto o Acórdão nº 1513/2010 – Plenário (Processo nº 003.334/1997-0), lavrado ao julgamento de Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial, há vários outros provimentos anteriores do Tribunal de Contas em que analisados em detalhes a mesma contratação. O acórdão impugnado representa, pois, de certa forma, a consolidação de trabalho minucioso realizado pelo órgão apontado como coator ao longo de cerca de treze anos, mais precisamente desde 04.12.1997, quando iniciado o processo relativo à Denúncia de superfaturamento na obra em questão (doc. 9, fl. 47), até 30.6.2010, data do ato impugnado.

Da leitura de cada um desses provimentos, pela ordem, é possível extrair os elementos necessários à análise das alegações versadas na inicial. **A Denúncia instaurada tinha por objeto não o contrato original, firmado em 1989, mas a Re-ratificação nº 065/89/03/03, de 1997. As condições de preço originais não importam, em linhas gerais, à controvérsia, a não ser porque oferecem, justamente, os termos de comparação que levaram o TCU a firmar seu juízo pela existência de sobrepreço na repactuação de 1997. Todas as conclusões a que chegou a Corte de Contas a respeito da prática de sobrepreços já incorporam, portanto, a redução de 20% do valor do preço do quilômetro construído, conforme demonstrado a fl. 44 do doc. 9:**

“24. Da mesma forma, a comparação dos preços contratuais da amostra selecionada com a tabela do DVOP, à exceção do item 52.030 – transporte de massa, constata-se sobrepreços entre 4% (quatro por cento) e 260% (duzentos e sessenta por cento), indicando possível superfaturamento de aproximadamente sete milhões de reais, equivalente a 29% (vinte e nove por cento) do valor total do termo de re-ratificação em comento, se admitida a hipótese de não haver sobrepreço nos itens que não integraram a amostra” (*sic* – sem grifos no original).

O DVOP, órgão contratante, prestou as seguintes informações (doc. 10, fls. 7-9):

MS 29599 / DF

“Com o advento do Plano Real que estabilizou a moeda (...), comparando aqueles preços unitários que eram atualizados pelo índice que corrigia a inflação com os preços unitários realizados hoje no mercado [essas informações datam de 24.03.1998], verifica-se que há uma distorção, uns para mais outros para menos, isso se verifica em todos os setores da economia.

Este Departamento, atento e observando este fato, se antecipou na questão, e em abril de 1.997, enviou às firmas detentoras dos contratos em questão, ofício solicitando repactuação de preços para que o valor dos referidos contratos se ajustassem à realidade econômica.

(...) Isso se concretizou através de Termo Aditivo celebrado amigavelmente entre as firmas detentoras dos contratos e DVOP, que repactuaram o Preço Global, incidindo linearmente nos preços unitários, adequando o custo por quilômetro” (sem grifos no original).

O primeiro juízo de mérito realizado pelo TCU a respeito da contratação se deu no âmbito do julgamento da Denúncia citada, em 24.5.2000 (Acórdão nº 444/2000, doc. 10, fl. 12). Nos limites do que é essencial ao deslinde da presente controvérsia, nele houve reconhecimento da existência de sobrepreço, com a consequente determinação para que o órgão estatal contratante adotasse providências no sentido de, resumidamente: (i) anular o termo aditivo; (ii) realizar nova repactuação, expurgados os preços abusivos; e (iii) *descontar valores pagos a maior em faturas futuras*.

Além das conclusões a que chegou o TCU naquela oportunidade, importa destacar trecho do acórdão a respeito das justificativas fornecidas pelo Presidente e pelo Diretor de Manutenção do DVOP (doc. 10, fl. 14), quando afirmado que a diminuição dos custos do contrato em 20%, conforme realizado pela Re-ratificação nº 065/89/03/03, de 1997, tencionou *adequar o valor do quilômetro ao seu preço médio*. O abatimento de valor não foi reconhecidamente pensado, portanto, para adequar os *preços*

MS 29599 / DF

individuais dos itens estipulados como sendo os critérios de valoração do contrato original aos preços praticados a partir do Plano Real, para cada item contratado. Literalmente, afirmaram aquelas autoridades públicas que “o Termo Aditivo celebrado amigavelmente entre as firmas detentoras dos contratos e o DVOP incidiu linearmente nos preços unitários, adequando o custo por quilômetro e colocando-os dentro da média nacional para a região onde se localiza a obra” (sem grifos no original).

Esse ponto merece destaque, porque essencial, na minha visão, ao deslinde da controvérsia: a impetrante se sagrara vencedora da licitação por ter oferecido a melhor combinação de preços individualizados para cada item de serviço ou bem a ser utilizado na obra, dentro de uma variação de 5% para mais ou para menos, a partir dos requisitos do edital. A repactuação de 1997, porém, aplicou um redutor que tomou por base o preço do quilômetro construído, e não os preços individuais daqueles mesmos bens e serviços.

O recurso de reexame interposto em 14.6.2000 (doc. 11, fl. 2) foi julgado pelo Acórdão nº 472/2001 (doc. 11, fl. 39), em 25.7.2001, sem alteração do mérito. Interpostos embargos de declaração, estes foram rejeitados em 10.4.2002 (doc. 12, fl. 13).

O ato de rescisão do contrato, diante da recusa por parte da ora impetrante em se submeter a nova repactuação, se deu em 15.8.2002 (doc. 12, fl. 15). Diante desse fato superveniente é que se instaurou a Tomada de Contas Especial objeto da presente análise. Antes de alcançá-la, porém, muitas das alegações da inicial encontram resposta no exame mais detido desses dados antecedentes relacionados à atividade fiscalizatória anterior do Tribunal de Contas da União.

A primeira constatação relevante, cujos contornos se mostram a partir dos elementos fáticos apresentados, é a de que o desconto efetuado na Re-ratificação de 1997 foi decidido a partir de uma abordagem diversa daquela que havia sido primordial ao perfazimento original do contrato. Não há dúvidas de que a licitação previra que a proposta vencedora deveria orçar preços unitários não excedentes a 5%, para mais ou para menos, dos valores indicados no ato convocatório. Porém, a repactuação

MS 29599 / DF

objeto de exame pelo TCU optou por fazer incidir sobre os valores então vigentes um desconto único, linear, de 20%, com o que o preço do quilômetro passou a apresentar custo equiparável à média de obras semelhantes na região.

Conquanto se torne evidente a conclusão de que os custos da obra apresentavam séria distorção para maior mesmo a partir dessa metodologia inadequada de desconto, ainda mais importante é verificar que a impetrante centra parte considerável de seus esforços na assertiva de que o TCU teria alterado a equação econômico-financeira do contrato original com base em juízo de mera economicidade, ao concluir pela necessidade de redução dos preços praticados a partir do exame por amostragem dos preços individuais dos itens mais relevantes. Porém, a essa altura resta claro que se alguma alteração houve no critério de exame do equilíbrio financeiro do contrato, este se deu quando a Re-ratificação nº 065/89/03/03, de 1997, reconheceu a necessidade de nova estipulação dos valores contratuais não sobre os itens individuais e sim a partir de um corte geral, adequadamente definido para reduzir o preço da obra à média.

A meu sentir, a análise técnica adotada pelo TCU nada mais fez do que analisar o contrato nos moldes em que ele havia sido estabelecido. Algumas frases espaçadas dos acórdãos em questão podem causar estranheza quando tomadas fora de seu contexto, como por vezes propõe a impetrante, mas, uma vez compreendida a evolução do trabalho de fiscalização, ressoa natural ter afirmado a Corte de Contas, no mesmo Acórdão nº 444/2000, que “o fato do valor total estar compatível com o mercado não reflete uma análise individualizada de seus serviços”, sendo esta última “o ponto central deste trabalho” (doc. 10, fl. 17), esclarecendo ainda que “(...) ao contrário do que se possa pensar, as empresas construtoras, no caso em tela, são pagas de acordo com as medições efetuadas de cada item executado e não, de uma forma geral, tomando-se por base, exclusivamente, o quilômetro realizado” (doc. 10, fl. 32 – sem grifos no original).

Na mesma toada, basta a leitura do dispositivo proferido no

MS 29599 / DF

Acórdão nº 444/2001 para tornar claras as razões determinantes da anulação do Aditivo nº 065/89/03/01. Essa medida foi imposta “em virtude dos sobrepreços neles presentes e dos prejuízos para a administração deles decorrentes”. Ao contrário do que alega a impetrante, não se trata de mero juízo de economicidade. No ponto, a impetrante olvida a certa crítica tecida pelo TCU à forma como pactuada a Re-ratificação nº 065/89/03/03, de 1997. Em momento algum o TCU se limita a afirmar que a obra, nos moldes em que re-ratificada, estaria mais cara do que o necessário. A questão não é, e nunca foi, decidir se a Administração Pública poderia ter contratado em melhores condições, ou se os gestores públicos fizeram bom ou mau negócio. Ao contrário, o trabalho do TCU se limitou a receber as condições originais de contratação e analisar de que modo estas se desenvolveram no tempo, até concluir que o Erário estava dispendendo valores apartados de justificativa legal.

O voto proferido no Acórdão nº 1513/2010, ora impugnado, descreve perfeitamente a ilegalidade, nos seguintes termos (doc. 15, fl. 49-50):

“16. É cediço que, nessa época, havia uma instabilidade geral de preços, onde expectativas inflacionárias eram comumente incorporadas aos preços de forma generalizada. Tal conjuntura veio a ser amenizada em abril de 1994, com o advento do Plano Real, época em que os contratos inquinados foram, por imposição legal, modificados para se adequarem à nova ordem econômica.

17. Pelo que vi dos autos, os cálculos necessários às conversões monetárias ocorreram dentro da previsão legal em ambos os contratos examinados. A Administração, contudo, foi omissa em não ter promovido, de imediato, a repactuação dos contratos, a teor da previsão contida no art. 15 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994:

‘Art. 15 – Os contratos para aquisição ou produção de bens para entrega futura, execução de obras, prestação de serviços, locação, uso e arrendamento, vigentes em 1º de

MS 29599 / DF

abril de 1994, em que forem contratantes órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, seus fundos especiais, autarquias, inclusive as especiais, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades por ela controladas direta ou indiretamente, serão repactuados e terão seus valores convertidos em URV, nos termos estabelecidos neste artigo, observado o disposto nos arts. 11, 12 e 16.

(...)

§ 7º - É facultada ao contratado a não repactuação prevista neste artigo, podendo nesta hipótese, a Administração Pública rescindir ou modificar unilateralmente o contrato nos termos dos arts. 58, inciso I e § 2º, 78, inciso XII, e 79, inciso I e § 2º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993'.

18. O comando legal era explícito: determinava a repactuação dos valores contratuais e a sua conversão para a Unidade Real de Valor (URV). Na hipótese de o contratado não aceitar as condições estabelecidas para tal, foi conferida à Administração a prerrogativa de modificar unilateralmente ou mesmo rescindir o contrato.

19. Ao que se mostra, a ausência da repactuação ordenada à época foi fator determinante para o significativo distanciamento dos preços contratuais em relação aos efetivamente praticados pelo mercado, provocando o superfaturamento presente nos contratos sob foco. (...) Essa repactuação somente veio a ocorrer em junho de 1997" (sem grifos no original).

Nessa medida, concluiu o acórdão impugnado que o superfaturamento se deu "em decorrência da ausência de adoção das medidas legais estatuídas, quando do advento do Plano Real, para o reequilíbrio dos contratos. As condições inicialmente pactuadas quando das contratações, consistentes nos preços de referência adotados no

MS 29599 / DF

âmbito do órgão estadual contratante, admitida uma variação de +- 5%, não foram restabelecidas” (doc. 15, fl. 54 – sem grifos no original).

Esses dados afastam, portanto, boa parte das alegações da inicial. Diante deles, não se justifica a assertiva de que o TCU teria desprezado critérios jurídicos ao examinar a Re-ratificação nº 065/89/03/03, de 1997, para se limitar a uma análise de custo-benefício meramente econômica, baseada simplesmente na justificativa de que a obra poderia ter sido realizada por valor mais baixo. Também não há base para se reconhecer alteração na equação econômico-financeira do contrato original, mudança essa supostamente imposta de modo unilateral pelo órgão de contas. Ao contrário, se houve alteração, esta aparenta ter ocorrido na Re-ratificação livremente pactuada entre agentes públicos e Construtora, a partir da prevalência dada ao critério do preço por quilometragem. A análise do TCU, construída em torno dos termos iniciais da contratação, por sua vez desautoriza a alegação de que o TCU teria desconsiderado os fatores específicos da contratação em exame; ao contrário, se desconsideração houve, esta ocorreu na redução do valor nitidamente superfaturado da obra com base em critério estranho à estipulação inicial.

Esses aspectos são úteis, ainda, à finalidade menos óbvia de servirem como subsídio ao estudo da alegada violação do devido processo, esta supostamente decorrente do indeferimento de prova pericial requisitada pela impetrante.

A esse respeito, inicialmente destaco a efetiva participação da impetrante na formação do convencimento da Corte de Contas, ao longo dos anos em que o contrato em questão esteve sob fiscalização do órgão. A respeito da mesma avença, o TCU prolatou nada menos do que cinco acórdãos, diante da interposição, por parte da construtora, de todos os recursos administrativos disponíveis no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. A leitura dos provimentos demonstra que ao ato impugnado nessa oportunidade quase nada mais restava do que reiterar os posicionamentos anteriores – reitero esse ponto: a inicial do mandado de segurança, em determinados momentos, aparenta tratar da questão jurídica como se esta houvesse surgido inteiramente no Acórdão nº

MS 29599 / DF

1513/2010, ora impugnado, quando, a rigor, existe uma sucessão de provimentos tratando no mesmo contrato, em razão do que o último deles não acrescenta e não representa quase nada de novo, em termos de juízo de mérito a respeito da controvérsia.

Não vejo ofensa ao devido processo na perspectiva da ampla defesa, portanto. O fracasso no convencimento do órgão julgador não se confunde com violação da ampla defesa. Sob invocação da ampla defesa, o que se alega, na verdade, é matéria de mérito. Afirmar que prova pericial pleiteada foi indeferida, e com isso houve cerceamento, é alegação genérica que pode ser contraditada simplesmente porque indeferir prova pericial impertinente é providência legítima em nosso sistema – no que diz com o processo administrativo, está autorizada pelo art. 38, § 2º, da Lei nº 9.784/99. Cabe a quem alega violação do devido processo em mandado de segurança demonstrar, de forma inequívoca e sem que se exija para tanto reexame de provas no bojo do próprio *mandamus*, que a perícia não era impertinente. No caso, essa demonstração seria mesmo impossível, porque a impetrante dirige verdadeiramente sua irresignação ao *modelo de auditoria* aplicado pelo TCU à hipótese, segundo o qual foram destacados os itens de maior peso no contrato para verificação individual de seus preços, contrastando assim com a intenção de conferir legalidade à repactuação baseada no preço médio do quilômetro construído.

A prova pericial, em resumo, se prendia à pretensão de demonstrar que a impetrante teria arcado com custos não previstos em contrato, custos esses que deveriam ser considerados na definição da ‘justiça’ dos preços praticados. Ocorre que a perícia assim delimitada não se insere, em absoluto, no contexto da abordagem utilizada pelo TCU. Ao revés, só faria sentido se adotada a abordagem que a impetrante entendia mais adequada; e essa abordagem, por sua vez, só seria mais adequada porque favorável à sua pretensão. Ora, não há qualquer dúvida de que metodologias analíticas diversas podem levar a conclusões diversas. O próprio TCU, desde o Acórdão nº 444/2000, ao julgar a Denúncia iniciadora de toda a controvérsia, sempre deixou expressa a metodologia

MS 29599 / DF

a ser aplicada. Portanto, é evidente a imperiosa necessidade de escolha dentre algumas opções, para que o TCU possa fazer frente à competência que a Constituição Federal lhe atribuiu quanto à fiscalização da aplicação dos recursos federais repassados para a obra.

Para deslegitimar o trabalho do TCU, no âmbito deste mandado de segurança e dentro dos limites cognitivos definidos pela via processual escolhida, seria necessário mais do que sugerir outro critério, e sim demonstrar inequivocamente o caráter absurdo, ilegal ou inadequado da abordagem empregada pelo Tribunal de Contas. Isso não se extrai da petição inicial. Da mesma forma, não vejo de que modo poderia a impetrante pretender escolher, ao alvedrio do Tribunal de Contas, a metodologia a ser por este empregada.

Já se tornou tradicional na jurisprudência desta Suprema Corte a afirmação de que a Constituição concede os poderes e, correlatamente, os meios. Inquestionável o poder concedido ao Tribunal de Contas para o exame dos contratos administrativos, incumbe ao órgão estabelecer seus métodos e ao Judiciário glosá-los apenas se demonstrada ilegalidade nessa escolha. Não é o que se verifica *in casu*.

Resta a irresignação a respeito da competência do TCU para aplicação de sanções a pessoa jurídica de direito privado. A esse respeito, algumas balizas também podem ser extraídas do quanto exposto, notadamente no sentido de contextualizar o Acórdão nº 1513/2010. Este, como salientei, muito pouco acrescentou ao já definido em reiterados provimentos.

Destaco que o longínquo Acórdão nº 444/2000 determinara também o desconto, nas faturas futuras, dos montantes pagos a maior, porque naquele momento o contrato ainda permanecia vigente. Com a rescisão do contrato a partir da recusa da impetrante em restabelecer os termos originais (quando pactuados preços de itens e não de quilômetros), essa compensação veio a se tornar impossível. Daí a importância da Tomada de Contas Especial, quando se decidiu considerar **“as presentes contas irregulares e condenar, solidariamente, os responsáveis a seguir**

MS 29599 / DF

indicados ao pagamento das quantias abaixo discriminadas” (doc. 13, fl. 55), acrescentando-se a imposição de multa à construtora, posteriormente afastada no julgamento do pedido de reconsideração, julgado pelo Acórdão nº 1513/2010, ora impugnado.

A rescisão contratual, operada em razão da recusa firmada pela impetrante em aceitar nova pactuação, impediu a concretização do ressarcimento. Sem a rescisão, fato superveniente ao acórdão nº 444/2000 (que julgou a Denúncia inicial), a presente Tomada de Contas Especial sequer existiria; esta é consequência daquela e, portanto, deve ser entendida de acordo com os eventos relacionados ao histórico da controvérsia. Sobreleva ressaltar que não há dúvida alguma relacionada à competência do órgão de contas para determinar os comandos decorrentes no julgamento do Acórdão nº 444/2000. Ao contrário do quanto alegado pela inicial, o TCU não impôs juízo de economicidade, não rescindiu a avença, não impôs determinação direta e coercitiva a pessoa de direito privado ou se arvorou em competência própria do Legislativo para sustar o contrato (art. 71, § 1º, da Constituição Federal). A meu ver, a atuação do órgão, ainda no que se refere ao Acórdão nº 444/2000, estava respaldada pelo art. 71, IX, pois ao TCU cabe “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”, exatamente como fora realizado.

Feita essa primeira contextualização, observo que **o Pleno desta Suprema Corte veio a se debruçar sobre a delimitação da competência do TCU para imposição de ônus ao particular, no julgamento do MS nº 30.788/MG, Relator para Acórdão Ministro Roberto Barroso, sessão de 21.5.2015, ficando vencido o Ministro Marco Aurélio.** O acórdão está assim ementado:

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. SANÇÃO DE INIDONEIDADE.

1. Em processo administrativo no âmbito do Tribunal de Contas, é válida a comunicação por edital depois de tentativa frustrada de

MS 29599 / DF

comunicação postal (Lei nº 8.443/1992, art. 23, III).

2. É constitucional o art. 46 da Lei nº 8.443/1992, que institui sanção de inidoneidade a particulares por fraude a licitação, aplicável pelo TCU. Precedente: Pet 3.606 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

- Ordem denegada.

A posição vencedora não reconheceu inconstitucionalidade no art. 46 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, que permite a declaração de inidoneidade de licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, diante de ocorrência de fraude comprovada à licitação. No entender da ilustrada maioria, à qual me filiei, o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal autoriza a imposição de sanções pelo TCU a pessoas físicas ou jurídicas de direito privado ao estabelecer que “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

Esta Primeira Turma, na sessão de 07.4.2015, também se manifestou em idêntico sentido ao denegar, por maioria, ordem pleiteada no MS 24379/DF, vencido o Ministro Marco Aurélio. Segue a ementa do julgado:

“Mandado de segurança. Competência do Tribunal de Contas da União. Inclusão dos impetrantes em processo de tomada de contas especial. Responsabilidade solidária. Ressarcimento ao erário. Ilegalidade e abuso de poder não configurados. Denegação da segurança. 1. Ao auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, compete ao Tribunal de Contas da União a relevante missão de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que

MS 29599 / DF

resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, da Constituição Federal). 2. Compete à Corte de Contas da União aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelece, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário (art. 71, VIII, da Constituição Federal). 3. Em decorrência da amplitude das competências fiscalizadoras da Corte de Contas, tem-se que não é a natureza do ente envolvido na relação que permite, ou não, a incidência da fiscalização da Corte de Contas, mas sim a origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal 4. Denegação da segurança” (MS 24379/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 08.6.2015).

Destaco, na esteira desses julgamentos, o disposto no art. 71, II e VIII, bastante específicos a respeito das competências do Tribunal de Contas da União, segundo o qual cabe a este órgão “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”, assim como “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”.

A responsabilidade solidária diante da irregularidade nas contas, por sua vez, está prevista no art. 16, § 2º, da Lei nº 8443/92, a ser fixada entre o agente público que praticou o ato irregular e o terceiro que, “como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”.

No caso concreto, a opção da impetrante pela rescisão contratual ocasionou a frustração do comando ressarcitório contido no Acórdão nº 444/2000 – comando esse que se dirigia à Administração, para obrigá-la a compensar valores indevidamente pagos. Não vejo, portanto, inconstitucionalidade na atuação do TCU, ao instaurar a subsequente

MS 29599 / DF

Tomada de Contas Especial para o equacionamento das devidas responsabilidades pelo desvio de recursos financeiros do Estado. A responsabilidade solidária, na hipótese, se encontra plenamente justificada pelas circunstâncias que envolveram a rescisão do contrato em questão.

Com as vênias da dissidência, acompanho, assim, repito, o Relator para **denegar a ordem**, cassada a liminar e prejudicado o agravo regimental.

É o voto.

01/03/2016

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Presidente, um registro apenas em atenção ao procurador. Pela belíssima sustentação oral é que pedi vista dos autos.

Eu tentei fazer aqui um breve resumo e li o que consta como relatório do voto do eminente Relator, sintetizando o processo, consignando, inclusive, “entre aspas”. Não afirmei que foi o que ocorreu. Estava reproduzindo apenas. Faço, no voto vista, uma análise, ao longo de dez laudas, sobre os aspectos fáticos, e termino concluindo que a questão posta, naquele momento, quando ausente *leading case*, apresentava maior relevo, mas já agora é objeto de decisão do Plenário, ainda que por outro enfoque, pelo viés da imposição de ônus pelo Tribunal de Contas ao particular, o que seria o núcleo, o pilar da bela tese sustentada.

01/03/2016

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, como autor do voto divergente, a matéria de direito é a colocada pela ministra Rosa Weber: saber se a Constituição Federal agasalha a possibilidade de o Tribunal de Contas, no campo da fiscalização administrativa, impor ao particular ônus, e o fazer mediante um pronunciamento que ganha contornos de título executivo judicial, como está na lei. É uma questão a ser debatida.

A situação concreta distancia-se do precedente do Plenário. Por quê? Porque houve a licitação e a obra permaneceu parada durante vários anos, considerados os sucessivos planos econômicos. O contrato foi firmado em 1989, retomou-se bem depois, promoveu-se o implemento da obra. O que saquei do próprio acórdão do Tribunal de Contas da União? Que teria havido, ao contrário, decesso no preço inicial, de cerca de 20%.

Consignou o acórdão do Tribunal de Contas:

"Vale destacar que os contratos firmados com as construtoras, após serem rerratificados pelos citados termos, sofreram redução linear em seus valores" – estou transcrevendo o pronunciamento do Tribunal de Contas – "em 20%, fazendo com que os preços por quilômetro, em cada contrato, girassem em torno de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais)."

Apontei que, a seguir, veio a pérola:

"O fato de o valor total estar compatível com o de mercado não reflete uma análise individualizada de seus serviços."

Já não seria considerado pelo preço alusivo ao quilômetro.

Prossegui nessa análise para revelar que não se teria superfaturamento. Houve a consideração do global, e acabou o Tribunal de Contas da União desprezando o registro do decesso, no preço inicial,

MS 29599 / DF

de cerca de 20%, para pinçar um certo produto que, sem considerar o grande todo, estaria sendo oferecido acima do patamar normal em que era comercializado.

Por isso caminhei, com base nos dois fundamentos – e estou convencido de que o Tribunal de Contas não pode impor débito a particular, muito menos mediante pronunciamento que tem contornos de título executivo judicial –, no sentido de implementar a ordem.

Mantenho o voto, Presidente, ressaltando que o caso possui peculiaridades.

01/03/2016

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599 DISTRITO FEDERAL

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhor Presidente, só para, como Relator, não ficar sem me manifestar.

Nós estamos diante de mandado de segurança. Eu teria que ser um especialista e um técnico em preço, e o instrumento do mandado de segurança, a via processual do mandado de segurança teria de me permitir aferir tabelas de preço para poder, então, glosar a decisão do Tribunal de Contas da União.

O que não impede a interessada, impetrante, de, pelas vias ordinárias, formular provas nesse sentido.

Mantenho o voto.

01/03/2016

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) -Peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, estou acompanhando o Relator, e cumprimento e eminente Advogado, mas, independentemente de se tratar de superfaturamento ou um juízo de economicidade, penso também eu que o mandado de segurança não é a sede própria para aferir, no particular, se houve bem o Tribunal de Contas, e também eu penso, como o eminente Ministro Dias Toffoli, que, havendo objeção legítima aos critérios utilizados pelo Tribunal de Contas, essa matéria é passível de impugnação judicial autônoma ou mesmo por embargos, na hipótese de instaurada a execução.

De modo que eu estou acompanhando o eminente Relator.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA 29.599

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

IMPTE.(S) : CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A

ADV.(A/S) : ALEXANDRE AROEIRA SALLES (OAB 28108DF) E OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Relator, e Luiz Fux, Presidente, que denegavam a segurança, cassando a liminar anteriormente deferida, e julgavam prejudicado o agravo regimental interposto; e do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que implementava a ordem, pediu vista do processo a Senhora Ministra Rosa Weber. Falou o Dr. Alexandre Aroeira Salles, pela Impetrante. 1ª Turma, 7.5.2013.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma denegou a segurança, revogou a liminar anteriormente deferida e julgou prejudicado o agravo regimental interposto, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Edson Fachin. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 1º.3.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Edson Fachin. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux. Compareceu o Senhor Ministro Dias Toffoli para julgar processos a ele vinculados, assumindo a cadeira do Senhor Ministro Edson Fachin.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Duprat.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma