ACÓRDÃO Nº 2385/2024

PROCESSO Nº: 18822/2019-3
ESPÉCIE PROCESSUAL: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO
PROCESSO PRINCIPAL Nº: 07439/2018-8
NATUREZA: REPRESENTAÇÃO
ENTE FEDERATIVO: ESTADO DO CEARÁ
UNIDADE JURISDICIONADA: SECRETARIA DA INFRAESTRUTURA
EXERCÍCIO: 2018
INTERESSADOS:
ACCIONA CONSTRUCCION S/A – REPRESENTANTE
LÚCIO FERREIRA GOMES – SECRETÁRIO DE INFRAESTRUTURA
PAULO CÉSAR MOREIRA DE SOUSA – SECRETÁRIO EXECUTIVO DA SEINFRA
ADVOGADOS:
MÁRCIO CHRISTIAN PONTES CUNHA, OAB/CE Nº 14.471
MARCELO ANTÔNIO MURIEL, OAB/SP Nº 83.931
FERNANDO MÉDICI JÚNIOR, OAB/SP Nº 186.411
NANCY GOMBOSSY DE MELO FRANCO, OAB/SP Nº 185.048
ÁLVARO BRITO ARANTES, OAB/SP Nº 234.926
THIAGO SOARES GERBASI, OAB/SP Nº 300.019
ALINE BEATRIZ HENRIQUES OLIVEIRA DIAS, OAB/SP Nº 316.063
ANDRÉA MARIA PEREIRA GUILHERME, OAB/SP Nº 374.946
ANTÔNIO HENRIQUE MONTEIRO, OAB/SP Nº 222.808
CAIO AUGUSTO DOS REIS, OAB/SP Nº 370.473
CAMILA HYPPOLITO, OAB/SP Nº 423.799
FELIPE HENRIQUES DRYGALLA MOREIRA, OAB/SP Nº 356.168
FERNANDA GIBERTONI CARLIER, OAB/SP Nº 296.757
FREDERICO FRAGA NASCIMENTO, OAB/SP Nº 406.471
HELOISA KRISMAN BERTAZI, OAB/SP Nº 439.828
JÚLIA MERÇON MADELLA ATHAYDE, OAB/SP Nº 419.116
JÚLIO FIGUEIRÓ MELO, OAB/SP Nº 436.088
MARINA PARANAIBA MENDES, OAB/SP Nº 330.812
MARINA SAMPAIO GALVANI, OAB/SP Nº 305.188
TATYANA BUFFULIN DE ALMEIDA, OAB/SP Nº 375.540
DANILO ORENGA CONCEIÇÃO, OAB/SP Nº 315.244
YASMIM SILVA FORTES, OAB/SP Nº 424.174
RELATORA: CONSELHEIRA SORAIA THOMAZ DIAS VICTOR
SESSÃO DO PLENO VIRTUAL DO PERÍODO DE 22/04/2024 A 26/04/2024

EMENTA: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. REPRESENTAÇÃO. SEINFRA. DECISÃO DO PLENO VIRTUAL DO TCE/CE PELO CONHECIMENTO DO RECURSO, PORQUE PRESENTES SEUS REQUISITOS E, NO MÉRITO,

PELO NÃO PROVIMENTO. ARQUIVAMENTO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO.

Vistos e relatados estes autos protocolados sob o nº 18822/2019-3, relativos ao Recurso de Reconsideração interposto por Acciona Construccion S/A, então integrante do consórcio CETENCO-ACCIONA, em face da Resolução nº 5262/2019, proferida pelo Pleno do TCE ao julgar a Representação nº 07439/2018-8, no âmbito da SEINFRA.

ACORDA O PLENO VIRTUAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ, por **unanimidade** de votos, em:

1. CONHECER do Recurso de Reconsideração interposto, porque presentes os seus requisitos de admissibilidade;

2. No mérito, pelo seu **NÃO PROVIMENTO**, mantendo-se a decisão pela **improcedência** da Representação nº 07439/2018-8, conforme exposto nas razões deste voto;

3. NOTIFICAR, com cópia da presente decisão, todos os interessados sobre o presente Decisium;

4. ARQUIVAR os presentes autos, após o trânsito em julgado.

Tudo nos termos do Relatório e do Voto, partes integrantes da presente Decisão.

Os Conselheiros Alexandre Figueiredo e Patrícia Saboya declararam suspeição.

Participaram da votação os Exmos Srs. Conselheiros Soraia Victor, Valdomiro Távora, Edilberto Pontes e Ernesto Sabóia.

Transcreva-se, cumpra-se, publique-se.

Sala das Sessões Virtuais, em Fortaleza aos 26 de abril de 2024

Conselheiro Rholden Botelho de Queiroz
PRESIDENTE

Conselheira Soraia Thomaz Dias Victor
RELATORA

Fui presente: Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre
PROCURADOR-GERAL, EM EXERCÍCIO, DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL JUNTO AO TCE

PROCESSO Nº: 18822/2019-3
ESPÉCIE PROCESSUAL: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO
PROCESSO PRINCIPAL Nº: 07439/2018-8
NATUREZA: REPRESENTAÇÃO
ENTE FEDERATIVO: ESTADO DO CEARÁ
UNIDADE JURISDICIONADA: SECRETARIA DA INFRAESTRUTURA
EXERCÍCIO: 2018
INTERESSADOS:
ACCIONA CONSTRUCCION S/A – REPRESENTANTE
LÚCIO FERREIRA GOMES – SECRETÁRIO DE INFRAESTRUTURA
PAULO CÉSAR MOREIRA DE SOUSA – SECRETÁRIO EXECUTIVO DA SEINFRA
ADVOGADOS:
MÁRCIO CHRISTIAN PONTES CUNHA, OAB/CE Nº 14.471
MARCELO ANTÔNIO MURIEL, OAB/SP Nº 83.931
FERNANDO MÉDICI JÚNIOR, OAB/SP Nº 186.411
NANCY GOMBOSSY DE MELO FRANCO, OAB/SP Nº 185.048
ÁLVARO BRITO ARANTES, OAB/SP Nº 234.926
THIAGO SOARES GERBASI, OAB/SP Nº 300.019
ALINE BEATRIZ HENRIQUES OLIVEIRA DIAS, OAB/SP Nº 316.063
ANDRÉA MARIA PEREIRA GUILHERME, OAB/SP Nº 374.946
ANTÔNIO HENRIQUE MONTEIRO, OAB/SP Nº 222.808
CAIO AUGUSTO DOS REIS, OAB/SP Nº 370.473
CAMILA HYPPOLITO, OAB/SP Nº 423.799
FELIPE HENRIQUES DRYGALLA MOREIRA, OAB/SP Nº 356.168
FERNANDA GIBERTONI CARLIER, OAB/SP Nº 296.757
FREDERICO FRAGA NASCIMENTO, OAB/SP Nº 406.471
HELOISA KRISMAN BERTAZI, OAB/SP Nº 439.828
JÚLIA MERÇON MADELLA ATHAYDE, OAB/SP Nº 419.116
JÚLIO FIGUEIRÓ MELO, OAB/SP Nº 436.088
MARINA PARANAIBA MENDES, OAB/SP Nº 330.812
MARINA SAMPAIO GALVANI, OAB/SP Nº 305.188
TATYANA BUFFULIN DE ALMEIDA, OAB/SP Nº 375.540
MARCELO ANTÔNIO MURIEL, OAB/SP Nº 83.931
DANILO ORENGA CONCEIÇÃO, OAB/SP Nº 315.244
YASMIM SILVA FORTES, OAB/SP Nº 424.174
RELATORA: CONSELHEIRA SORAIA THOMAZ DIAS VICTOR
SESSÃO DO PLENO VIRTUAL DO PERÍODO DE 22/04/2024 A 26/04/2024

RELATÓRIO

1. Cuidam os autos de Recurso de Reconsideração interposto por Acciona Construccion S/A, então integrante do consórcio CETENCO-ACCIONA, em face da Resolução nº 5262/2019.

2. O presente Recurso de Reconsideração visa atacar Decisão proferida pelo Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE/CE) ao julgar a Representação nº 07439/2018-8, da Relatoria do Conselheiro Valdomiro Távora, cujo teor segue:

> Vistos, relatados e discutidos estes autos de **REPRESENTAÇÃO**, oferecida pela empresa Acciona Construccion S/A, reclamando o respeito à ordem cronológica dos pagamentos, previsto no artigo 5º, da Lei nº 8666/93, como forma de garantir a precedência da satisfação do crédito a ela devido, em face da execução do Contrato 018/Seinfra/2013, junto à Secretaria da Infraestrutura do Estado do Ceará - SEINFRA, sobre os pagamentos pela execução dos contratos posteriormente celebrados, relacionadas às obras de implantação da linha leste do metrô de Fortaleza, **RESOLVE O PLENO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ**, no sentido de **JULGAR IMPROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO, e VOTAR** pela impossibilidade de condicionar os pagamentos dos valores devidos ao Consórcio FTS (linha leste) formado pelas empresas Construtora Ferreira Guedes S.A. e Sacyr Construcción S.A, bem como à empresa Forteks Engenharia e Serviços Especiais Ltda, vencedores das Concorrências Públicas Nacionais nº 20180001/SEINFRA/CCC e nº 20180002/SEINFRA/CCC, respectivamente, ao adimplemento das quantias que sejam atribuídas à empresa Acciona Construccion S/A, Representante, em virtude de serviços referentes ao Contrato 018/Seinfra/2013, por verificar que os valores remanescentes deste contrato ainda não são plenamente exigíveis e aguardam definição judicial.(…) (grifos originais) (Resolução nº 5262/2019 - Pleno TCE/CE. Rel. Cons. José Valdomiro Távora de Castro Júnior. Data do julgamento: 2/7/2019)

3. Por meio do Despacho Singular nº 5752/2019 (seq. 96), esta Relatora, Conselheira Soraia Victor, verificou que o pleito apresentado preenchia os requisitos de admissibilidade recursal e, ato contínuo, os encaminhou para análise da SECEX.

4. Mediante o Certificado nº 49/2019 (seq. 103), a Diretoria de Instrução de Recursos e Consultas emitiu análise do presente recurso, opinando pelo seu não provimento.

5. Na sequência, o feito remetido para pronunciamento do Ministério Público Especial, o qual emitiu o Parecer nº 902/2020, da lavra do Procurador Gleydson Alexandre, sugerindo a notificação dos responsáveis para apresentarem **contrarrazões**, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

6. Por meio do Despacho nº 280/2020 (seq. 108), foi determinada a audiência dos gestores da SEINFRA, Srs. Lúcio Ferreira Gomes e Paulo César Moreira de Sousa, para apresentação de **contrarrazões.**

7. Em seguida, através do Despacho Singular nº 15264/2023, a Relatora determinou o encaminhamento do feito ao Órgão de Instrução para análise das contrarrazões oferecidas, com a respectiva proposta de encaminhamento.

8. Mediante o Relatório de Instrução nº 2862/2023, a Diretoria de Instrução de Recursos e Consultas se pronunciou pelo conhecimento do Recurso de Reconsideração, considerando que preenche os requisitos de admissibilidade previstos nos termos dos arts. 29, inciso I, 30, 35,

37 e 39-A da Lei nº 12.509/1995 (LOTCE) e no mérito, sugeriu o não provimento das razões recursais.

> **"3.1. Análise**
> 18. Em apertada síntese, os Contra-arrazoantes destacam que a Ação Judicial nº 0109266-18.2016.8.06.0001 foi interposta pelo Recorrente em face do Estado do Ceará, a qual ainda está pendente de decisão e que busca, por meio da perícia judicial, a definição do valor efetivamente devido, considerando, inclusive, que sejam compensados eventuais danos causados pelo contratado à Administração.
> 19. Asseveram que, somente após exaurida a discussão judicial, inclusive com a identificação e validação dos danos causados ao erário pelo Consórcio Construtor, realizar-se-á o devido encontro de contas para viabilizar qualquer pagamento de créditos remanescentes da demanda judicial fruto da execução das obras de implantação do Metrô Linha Leste de Fortaleza.
> 20. Por fim, os Contra-arrazoantes asseveram que os valores decorrentes das medições de números 10 a 14, relativas ao Contrato nº 18/Seinfra/2013, também são objeto de apuração no âmbito da aludida demanda judicial para definição dos valores remanescentes efetivamente devidos pela Administração ao Consórcio Construtor. Sendo assim, não ocorreu empenho e liquidação das faturas das referidas medições oriundas de nenhuma fonte de recursos.
> 21. Na presente ocasião, **esta Diretoria mantém a compreensão e concorda com o entendimento expresso na fase inicial de instrução**, conforme já descrito no item 2 do Certificado nº 49/2019 (págs. 37-41) e no item 3 do Relatório de Instrução nº 984/2023 (págs. 284-293).
> Portanto, **o Processo nº 0109266-18.2016.8.06.0001 em andamento na justiça estadual abrange os valores relacionados às medições de números 10 a 14 do Contrato nº 018/Seinfra/2013, uma vez que a perícia judicial confirmou que o valor total dos serviços efetivamente executados e dos reajustes devidos, atualizados até a data de conclusão do Laudo Pericial (janeiro de 2018), é de R$ 27.165.517,84. Contudo, como ainda não há uma decisão judicial definitiva, a exigibilidade do pagamento da quantia mencionada pelo especialista ainda não foi estabelecida.**
> 22. Por fim, esta Diretoria concorda, em consonância com o voto do Conselheiro Relator e com a decisão plenária deste Tribunal que está sendo objeto de recurso, que as empresas responsáveis pelos novos contratos em andamento não devem ter seus pagamentos suspensos pelos serviços executados e medidos, alusivo a um possível saldo contratual devido à empresa Recorrente, cujo valor total está sendo avaliado no processo judicial em andamento, referente a um contrato anterior da mesma obra, que já foi rescindido.
> 23. Ante o exposto, esta Diretoria opina que o presente Recurso de Reconsideração seja recebido, posto satisfazer os requisitos legais de admissibilidade e, quanto ao mérito, o seu desprovimento, pelas razões aqui expostas.
> 4. CONCLUSÃO
> 24. Ante o exposto, a Diretoria de Instrução de Recursos e Consultas, no uso de suas atribuições regulamentares, em especial ao disposto no art. 91, §2º, inciso IV do Regimento Interno deste Tribunal, ressalta que o presente documento reúne o conteúdo examinado neste processo e corresponde à opinião da unidade técnica sobre a matéria, a qual conclui pelo CONHECIMENTO do Recurso de Reconsideração, visto que preenche os requisitos de admissibilidade previstos nos termos dos arts. 29, inciso I, 30, 35, 37 e 39-A da Lei nº 12.509/1995 (LOTCE) e no mérito, sugere o NÃO PROVIMENTO das razões recursais.
> 5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO
> 25. No ensejo, esta unidade instrutiva submete o feito ao juízo deliberatório do(a) Relator(a) competente, sugerindo, de acordo com os fatos, argumentos, dados e evidências apresentados:
> a) **conhecer do recurso**, em virtude da presença dos requisitos de admissibilidade;

b) **ratificar todos os termos da Resolução nº 5262/2019, no sentido de julgar improcedente** a Representação, e votar pela impossibilidade de condicionar os pagamentos dos valores devidos ao Consórcio FTS (Linha Leste) formado pelas empresas Construtora Ferreira Guedes S.A. e Sacyr Construcción S.A, bem como à empresa Forteks Engenharia e Serviços Especiais Ltda, vencedores das Concorrências Públicas Nacionais nº 20180001/Seinfra/CCC e nº 20180002/Seinfra/CCC, respectivamente, ao adimplemento das quantias que sejam atribuídas à empresa Acciona Construcción S/A, Recorrente, em virtude de serviços referentes ao Contrato no 018/Seinfra/2013, por verificar que os valores remanescentes deste aludido contrato ainda não são plenamente exigíveis e aguardam definição judicial; e
c) notificar aos Interessados, nos termos do art. 17 da Resolução Administrativa TCE/CE nº 09/2021, a respeito da decisão que vier a ser proferida por este Tribunal, com o arquivamento dos autos após ocorrer o trânsito em julgado da matéria."

9. Instado a se manifestar novamente nos autos, o *Parquet*, por meio de seu representante ministerial, Dr. Gleydson Alexandre, emitiu o Parecer nº 6021/2023, propondo o conhecimento do recurso, e no mérito, pelo seu provimento, com determinação à SEINFRA, nos seguintes termos:

"(…)
Há que se rejeitar a alegação de que os valores estão sendo discutidos judicialmente. Primeiro em atenção à independência das instâncias e segundo porque a ação judicial mencionada (processo nº 0109266-18.2016.8.06.0001) se trata de Ação cautelar de Produção Antecipada de Prova promovida pela empresa CETENCO ENGENHARIA SA, anterior integrante do Consórcio, com o objetivo de produzir prova pericial acerca dos valores devidos pela SEINFRA ao Consórcio, referentes a serviços executados e não medidos, lucros cessantes, perdas e danos etc.
Veja-se, portanto, que a alegada discussão judicial dos valores sequer foi intentada pela SEINFRA.
Registra-se, por oportuno, que o perito nomeado naqueles autos judiciais atestou que "um total de R$ 22.488.220,96 referente às medições 10, 11, 12, 13 e 14 foram autorizadas pela SEINFRA e não pagas", tendo apresentado o seguinte demonstrativo:
…
Ademais, faz-se importante para o deslinde da questão salientar que, tanto nos presentes autos como no processo principal, em nenhum momento, a Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará (SEINFRA/CE) contesta a execução dos serviços referentes às medições 10 a 14 foram realizados.
Veja-se o que alegou a SEINFRA nos esclarecimentos apresentados no processo principal (Processo nº 07439/2018-8 - Seq. 47) e ratificados nos presentes autos (Seq. 137):

> […] fica evidenciado que o baixo desempenho ocorreu por culpa exclusiva da CONTRATADA, fato que, ensejou a necessidade imediata da Administração resguardar o erário, o que de fato ocorreu com a retenção dos valores reconhecidos pela fiscalização, a partir da 10ª medição, em virtude do crescimento exponencial do atraso executivo da obra e nenhuma medida concreta pelo CONTRATADO para reverter o grave desvio na execução contratual. (gn) […]
> Diante do acima exposto, evidenciada a baixa performance executiva do antigo Consórcio, a SEINFRA reteve o valor de R$ 23.223.357,43 (vinte e três milhões, duzentos e vinte e três mil, trezentos e cinquenta e sete reais e quarenta e três centavos), quantia que está sendo objeto de discussão judicial (Processo n° 0109266-18.2016.8.06.0001 — Perícia Judicial). (gn)

Todavia, a retenção de pagamentos é medida extrema somente autorizada na hipótese de rescisão contratual, veja-se:

> Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:
> I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;
> II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;
> III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
> **IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.**

Ocorre que tal hipótese legal não ocorreu no presente caso. Na verdade, após a aprovação das medições 10 a 14, foi firmado aditivo ao Contrato, substituindo uma das empresas do Consórcio, mantendo-se a Acciona, ora Recorrente (Processo nº 07439/2018-8 – Seq. 10 - págs 8/9). Ademais, no Portal "Ceará Transparente" consta a informação de que o Contrato foi vigente até 09/09/19, **sem notícia de que tenha havido rescisão motivada pela Contratada.**

Assim, os motivos alegados pela SEINFRA para a retenção dos pagamentos não se sustentam.

A respeito da exigibilidade desses créditos, Marçal Justen Filho ensina que "não basta a mera execução de parcela do objeto para tornar-se exigível o pagamento". Segundo o autor, "é indispensável que a regularidade e extensão da parcela **sejam objeto de apuração por parte da Administração**" (gn). E conclui: "sem essa apuração, por via de uma medição-verificação, não surge para o particular direito de exigir o pagamento".

No caso concreto, a SEINFRA chegou a alocar recursos para o pagamento das medições 10, 11 e 12, conforme Ofício nº 066/2015/DOS/SEINFRA (Processo nº 07439/2018-8 - Seq. 6 – pag. 3):

> Prezado senhor,
> Ao cumprimentá-lo cordialmente, com referência a programação de desembolso financeiro, visando sanar as atuais pendências do CTR 018/SEINFRA/2013-CCA, por determinação do Secretário André Macedo Facó, a SEINFRA alocou recursos e disponibilizou para o dia 10/05/2015, o pagamento da 10ª, 11ª e 12ª medições, com suas respectivas correções.
> Solicitamos que o Consórcio CETENCO-ACCIONA providencie no início do mês de abril, a juntada das Notas Fiscais, Certidões e demais documentos dos respectivos processos, na Coordenadoria Administrativa Financeira desta Secretaria, a fim de viabilizar a quitação das referidas medições.

Assim, resta evidente que **as medições** parciais de nº 10 a 14 foram verificadas pela SEINFRA, como atestam os documentos citados acima, sendo o pagamento, a partir disso, exigível, **sob pena, inclusive, de enriquecimento ilícito da Administração.**

Logo, caberia ao Gestor quitar a obrigação na ordem cronológica, de acordo com a fonte utilizada, dando cumprimento, assim, ao mandamento do art. 5º da Lei nº 8.666/93:

> Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, **para cada fonte diferenciada de recursos**, a estrita **ordem cronológica das datas de suas exigibilidades**, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada. (gn)

Salienta-se que as fontes indicadas no Contrato nº 018/2013/SEINFRA/CETENCO se repetem nos Contratos nº 009/2018/SEINFRA/Consórcio FTS e nº 014/2018/SEINFRA/FORTEKS ENGENHARIA, que deram continuidade às obras da linha leste do Metrô.

…
Considerando a existência de pagamentos referentes aos dois novos contratos, restou configurada a quebra da ordem cronológica de pagamentos, fato que, além de constituir descumprimento ao art. 5º da Lei nº 8.666/93, constitui o crime então previsto no art. 92 da Lei nº 8.666/93, atualmente previsto no art. 337-H do Código Penal:

> LEI Nº 8.666/93
> Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, **ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade**, observado o disposto no art. 121 desta Lei. (Revogado pela Lei nº 14.133 de 2021)
> Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (Revogado pela Lei nº 14.133 de 2021) (gn)
>
> CÓDIGO PENAL
> Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, **ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade**:
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. (gn)

O fato da conduta de preterir ordem cronológica de pagamento ser tipificado como crime diz muito a respeito do bem jurídico tutelado, que não se confunde com o mero interesse privado, mas sim, tem relação com a moralidade administrativa.
Por todo o exposto, opina este Órgão Ministerial que:
a) o presente Recurso de Reconsideração seja **CONHECIDO**, tendo em vista o atendimento aos requisitos legais de admissibilidade;
b) no mérito:
b.1) seja dado **PROVIMENTO** ao Recurso interposto por Acciona Construccion S/A, reformando-se a Resolução nº 5262 /2019 (Processo nº 07439/2018-8), no sentido de que a Representação seja apreciada PROCEDENTE diante da ocorrência da quebra da ordem cronológica dos pagamentos;
b.2) seja determinado aos atuais gestores da SEINFRA que:
b.2.1) se abstenham de reter pagamentos fora das hipóteses legais;
b.2.2) respeitem a ordem cronológica dos pagamentos."

É o Relatório. Passo a proferir o Voto.

VOTO

DO CONHECIMENTO DO RECURSO

10. Inicialmente, cabe salientar que o Recurso de Reconsideração (seqs. 02/08) deu entrada no TCE/CE em 05/09/2019, portanto na vigência da Lei Orgânica do TCE nº 12.509/1995.

11. Na espécie, verifica-se a observância dos requisitos para o conhecimento do Recurso de Reconsideração, previsto no art. 30 da Lei nº 12.509/1995, visto que interposto por parte legítima, de modo tempestivo e presente o interesse recursal:

> **Art. 30**. Cabe recurso de reconsideração de toda e qualquer decisão proferida pelo Tribunal de Contas em matéria de sua competência, tendo efeito suspensivo, sendo formulado por escrito, uma só vez, pelo responsável ou interessado, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contados na forma prevista no Art. 21 desta Lei.

12. Dito isto, **conheço** do presente Recurso de Reconsideração interposto pelo Interessado.

Passo a análise de mérito.

MÉRITO

13. No julgamento inicial (Processo de Denúncia nº 07439/2018-8), a Recorrente informa que a SEINFRA é devedora de valores ao consórcio Cetenco Engenharia SA e Acciona Infraestruturas S/A em virtude de serviços executados com base no Contrato n° 018/SEINFRA/2013, celebrado para a execução de "obras de implantação da linha leste do metrô de Fortaleza", que teria sido indevidamente rescindido sem o pagamento de medições realizadas, enquanto estão em curso duas concorrências (Concorrências Públicas Nacionais nº 20180001/SEINFRA/CCC e nº 20180002/SEINFRA/CCC), para a execução das mesmas obras e com as mesmas fontes de recursos, e, assim, reclamar que não fossem feitos pagamentos às licitantes vencedoras, sob pena de malferir a cronologia dos pagamentos.

14. Entre outros pontos, a recorrente salientou que "resta irretorquível o direito da Acciona de ter seus pagamentos seguindo a ordem cronológica, tudo amparado na legislação e jurisprudência, sendo evidente que, diante dos avançados estágios das Concorrências n°s 20180001/SEINFRA/CCC e 20180002, fatalmente será desrespeitada essa cronologia, não restando alternativa para ver respeitada a legalidade dos pagamentos senão por meio da análise desta Egrégia Corte.".

15. E, ao final, solicitou que a mesma fosse julgada procedente "para reconhecer as ilegalidades apontadas, determinando o integral respeito à ordem cronológica dos pagamentos".

16. Por sua vez, em suas contrarrazões, a SEINFRA sustentou, em síntese, que a execução contratual incorreu em prejuízo ao erário, inclusive em virtude da morosidade da contratada, que teve o desempenho inferior ao planejado no cronograma físico-financeiro. Ademais, destacou que a contestação acerca do valor devido pela parte representada foi judicializado (Processo n° 0109266-18.2016.8.06.0001), não sendo possível a solução administrativa.

17. Ao apreciar o pedido, esta Corte de Contas decidiu pela sua **improcedência**, diante da inexigibilidade dos valores requeridos por aguardar deslinde judicial, da lavra do **Pleno**, na Relatoria do Conselheiro Valdomiro Távora, nos seguintes termos (Resolução nº 5562/2019):

> RESOLVE O PLENO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ, no sentido de JULGAR IMPROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO, e VOTAR pela impossibilidade de condicionar os pagamentos dos valores devidos ao Consórcio FTS (linha leste) formado pelas empresas Construtora Ferreira Guedes S.A. e Sacyr Construcción S.A, bem como à empresa Forteks Engenharia e Serviços Especiais Ltda,

> vencedores das Concorrências Públicas Nacionais nº 20180001/SEINFRA/CCC e nº 20180002/SEINFRA/CCC, respectivamente, ao adimplemento das quantias que sejam atribuídas à empresa Acciona Construccion S/A, Representante, em virtude de serviços referentes ao Contrato 018/Seinfra/2013, **por verificar que os valores remanescentes deste contrato ainda não são plenamente exigíveis e aguardam definição judicial.** (RESOLUÇÃO Nº 5262 /2019 - PLENÁRIO)

18. No recurso sob exame, a recorrente reitera e repisa as alegações do processo principal, acrescentando, também, os argumentos a seguir:

> "A Resolução nº 5262/2019, ao julgar improcedente a representação, negou a própria vigência dos artigos 52, 80, IV, da Lei nº 8.666/1993, 382, §§1Q e 42 CPC/2015, 58 da Lei nº. 4.320/64, e 8Q da Lei Complementar nº. 101/00, parágrafo único, **apenas porque a SEINFRA diz ter sofrido prejuízos que precisam ser reparados**, e que sequer foi objeto de investigação e comprovação se a retenção da SEINFRA foi devida, se o valor retido é proporcional ao suposto dano, se a retenção obedeceu ao devido processo legal, onde esses supostos prejuízos foram apurados, quem os apurou e quem participou dessa apuração.
> (...)
> Noutra vertente, acerca da menção contida no Voto condutor da Resolução n2 5262/2019 tocante às alegações da Representada (SEINFRA) de que teria havido "grande descompasso entre o cronograma previsto e o executado pelo Consórcio", e de que "há o trâmite de processos administrativos para a aplicação de sanções contratuais", é indispensável lançar luzes quanto a tais aspectos.
> Curiosamente, nessa época, a SEINFRA sonegou dois aspectos:
> 1. O consórcio questionava da fiscalização a existência de glosas no item Administração Local, isto é, a fiscalização não estava reconhecendo nos boletins de medição a totalidade da mão de obra empregada na execução das atividades. Equivale a dizer que a SEINFRA glosava a Administração Local para depois acusar o Consórcio de falta de equipe de pessoal.
> 2. No dia 14/05/2014 a SEINFRA, respondendo a ofícios do TCE-CE e também do MPF/CE sobre os atrasos na execução das obras, disse que que:
> (...) não foram aplicadas multas ao CCA, em razão de não ter ocorrido descumprimento do prazo contratual, haja vista que o contrato em referência atua em duas vertentes de serviços, quais seja elaboração dos projetos executivos e a execução de serviços identificados, numerados, detalhados e quantificados nesses projetos (...).
> (...) que não se pode falar em atrasos na obra e sim em ajustes no cronograma fisica da obra. Oportuno relembrar que segundo a clausula 13.1 "f" do Contrato 018/SEINFRA/2013, a SEINFRA poderia rescindir o contrato caso seja constatado atraso superior a 30 (trinta) dias, enquanto a clausula 14.2, "c", previa, contraditoriamente, que a SEINFRA poderia rescindir o contrato se o atraso na execução dos serviços for superior a 60 (sessenta) dias.
> Então, significa dizer que no dia 14/05/2014, segundo a própria SEINFRA, circunstância que o TCE/CE foi cientificado, não haviam atrasos na obra. Ocorre que exatos 27 (vinte e sete) dias depois de divulgar essa sua posição sobre os atrasos na execução da obra, a SEINFRA encaminhou, contudo, para o CCA, no dia 10/06/2014, uma notificação para que apresentasse defesa prévia por conta de supostos atrasos na execução dos serviços sobre período (abril e maio) que reconhecia nos ofícios de poucos dias atrás inexistir o atraso.
> E o que é pior, tudo isso antes mesmo que fosse alcançado o menor prazo (30 dias) previsto no contrato 018/SEINFRA/2013, como se apenas em 27 (vinte e sete) dias fosse possível "ajustar o cronograma físico da obra", conforme admitido junto ao Tribunal de Contas do Ceará, e ainda atrasar a execução dos serviços.
> Não há meias palavras para explicar o óbvio: a SEINFRA aplicou a multa contratual ao CCA por entender descumprido um cronograma físico que, segundo ela própria admitira 27

dias atrás não se constatava nenhum atraso, até porque não haveria como descumprir aquilo que ainda estava sendo ajustado.
Como visto, a aplicação da penalidade ressente de presunção legal de legitimidade."

19. Em suas contrarrazões, os gestores da SEINFRA sustentaram o seguinte, em síntese:

(...)
15. Acerca das razões recursais, o Sr. Paulo César Moreira de Sousa, em suas contrarrazões, ratifica integralmente os esclarecimentos fornecidos no âmbito do Processo nº 07439/2018-8, apresentando os seguintes argumentos principais (págs. 139-149):

a) as alegações da Empresa recorrente carecem de consistência fático-jurídica, visando interesses privados em detrimento do público;
b) a Recorrente busca induzir erro, mas a ação judicial em face da Seinfra encontra-se pendente de decisão;
c) a morosidade do consórcio construtor originário em concluir projetos executivos em tempo hábil impactou na liberação dos recursos garantidos para execução contratual;
d) o TCE recomendou à Seinfra a adoção de metodologia de pagamento proporcional ao faturamento dos serviços de obras civis e ao montante global ofertado;
e) ocorreu implementação da metodologia de pagamento pela administração a partir da 13ª medição, mas o consórcio executor nunca enviou a documentação com o valor correto, conforme recomendações do TCE;
f) o valor da parcela retida de R$ 23.223.357,43 é devido à baixa performance do consórcio construtor consideravelmente inferior ao planejado no cronograma físico-financeiro;
g) no período de novembro/13 a fevereiro/15, apenas 2,0% dos serviços foram medidos e 1,1% foram atestados e pagos, com desvio considerável no cronograma executivo irreversível;
h) a liberação dos recursos federais estava condicionada à aprovação das medições e apresentação de documentos de responsabilidade do consórcio;
i) o encontro de contas e pagamento de créditos remanescentes serão realizados após a conclusão da discussão judicial e identificação dos danos causados ao erário pelo consórcio;
j) a paralisação da obra pelo consórcio resultou em vandalismos nos canteiros, degradação de equipamentos e prejuízos em contratos correlatos, conforme perícia judicial em andamento;
k) o Parecer Técnico nº 078/2018 da CTO/Seinfra detalha a execução do contrato e as providências adotadas para resguardar o erário e o interesse público;
l) os valores oriundos da decisão judicial seguirão cronologia específica de outras da mesma espécie;
m) os alegados créditos em apuração na perícia judicial não afetam a cronologia dos pagamentos dos contratos administrativos;
n) as recomendações podem ser feitas para eventuais melhorias na administração, mas a execução do Contrato nº 009/SEINFRA/2018 deve ser mantida para atender o interesse público; e
o) a Seinfra atuou regularmente e em consonância com a legislação para resguardar o erário e atender ao interesse público primário.

16. Por sua vez, acerca das razões recursais, o Sr. Lúcio Ferreira Gomes também ratifica integralmente em suas contrarrazões os esclarecimentos fornecidos no âmbito do Processo nº 07439/2018-8, apresentando os seguintes argumentos principais adicionais aos acima listados (págs. 299-314):

a) a Seinfra ratifica integralmente os esclarecimentos já fornecidos ao TCE/CE em ambos os processos;

b) a perícia judicial relatou o valor total de R$ 27.165.517,84 para os serviços executados e reajustes devidos;
c) os valores das medições retidas não são executáveis até o trânsito em julgado da ação judicial;
d) os contratos decorrentes das Concorrências no 20180001/Seinfra/CCC e no 20180002/Seinfra/CCC estão em plena execução, com pagamentos realizados conforme as medições;
e) as empresas executantes desses contratos não devem sofrer suspensões de pagamentos devido ao saldo contratual à empresa recorrente;
f) o interesse público pela continuidade da obra justifica não seguir a regra da cronologia dos pagamentos, conforme exceção prevista no art. 5º da Lei nº 8.666/1993;
g) não há motivo para reformular a Resolução nº 5262/2019 nem para o Estado do Ceará deixar de efetuar pagamentos às licitantes vencedoras;
h) a Recorrente alega equivocadamente que os créditos são exigíveis e devem ser pagos respeitando a ordem cronológica;
i) ocorreram ajustes no cronograma físico-financeiro solicitados, mas a evolução física ficou aquém do previsto;
j) custos e perdas devido à não disponibilidade do modal de transporte, conforme o previsto;
k) todos os serviços estavam sendo pagos regularmente com recursos estaduais, sem ônus para o consórcio contratado;
l) necessidade de quantificar os custos para aplicar penalidades contratuais pelo atraso na execução, e;
m) foram registrados prejuízos decorrentes de intervenções em ruas e avenidas que não foram concluídas, bem como danos causados por obras realizadas por terceiros. Também houve necessidade de recuperação de materiais expostos a condições climáticas adversas, além da necessidade de refazer serviços já executados. Além disso, houve custos relacionados à manutenção de outros contratos, como os custos dos contratos de montagem e supervisão da montagem das tuneladoras, incluindo equipamentos perdidos; e
n) a discussão judicial deve ser concluída para identificar danos ao erário e viabilizar eventual pagamento de créditos remanescentes.

17. Ainda em suas contrarrazões, o Sr. Paulo César Moreira de Sousa (págs. 150-151) e o Sr. Lúcio Ferreira Gomes (págs. 314-316) apresentam as seguintes respostas idênticas aos itens questionados pelo Ministério Público de Contas (MPC), quais sejam: 1) existência de empenhos referentes às medições 10 a 14; 2) em caso positivo, em quais fontes de recursos ocorreram os empenhos; e 3) se as medições foram liquidadas, in verbis:

(1) SE HOUVE OS EMPENHOS REFERENTES ÀS MEDIÇÕES 10 a 14
Acerca do presente tópico, cabe esclarecer que as medições nº 10 a 14, relativas ao Contrato nº 018/SEINFRA/2013, não foram empenhadas, pelas razões já demonstradas nos autos.
Assevere-se, ainda, que os valores decorrentes das referidas medições também são objeto de apuração no âmbito da Perícia Judicial nº 0109266-18.2016.8.06.0001, estando, ainda, pendente de definição pelo Judiciário Cearense quais são os valores remanescentes efetivamente devidos ao Consórcio Construtor.
(2) EM CASO POSITIVO, EM QUAIS FONTES DE RECURSOS OCORRERAM OS EMPENHOS
Acerca do presente tópico, como não houvera nenhum empenho, igualmente não ocorreu a utilização de nenhuma fonte de recursos.
(3) SE AS MENCIONADAS MEDIÇÕES FORAM LIQUIDADAS
Em referência ao item em questão, resta cristalino que, em virtude Ação Judicial nº 0109266.18.2016.8.06.0001, em curso, o que inviabilizou a liquidação das faturas das medições 10 a 14.

> Repise-se, ainda, que somente após exaurida a discussão judicial, inclusive com a identificação e validação do danos causados ao erário, pelo Consórcio Construtor, realizar-se-á o devido encontro de contas com os eventuais créditos, restará viabilizado qualquer pagamento de créditos remanescentes da demanda judicial, se houver, por meio de procedimento próprio aplicável ao caso em comento (débitos decorrentes do cumprimento de decisões judiciais).
> Por fim, urge evidenciar que as alegadas ilegalidades e inconsistências apontadas pela empresa ACCIONA CONSTRUCCION S/A não possuem qualquer sustentação técnico-jurídica, bem como que os atos administrativos praticados no âmbito desta Secretaria da Infraestrutura, decorrentes da necessidade de pronto atendimento às suas missões institucionais, encontram-se em total consonância com os princípios constitucionais reguladores da administração pública, notadamente aqueles referentes à publicidade, supremacia do interesse público e transparência, restando, assim, demonstrado a regularidade dos atos praticados e, consequentemente, a inexistência de desrespeito à ordem cronológica dos pagamentos. Assevere-se, ainda, que é relevante lembrar que esta Secretaria da Infraestrutura sempre teve zelo no exercício de suas competências institucionais tendo atuado de acordo com os ditames da lei, sempre visando à efetivação do bem comum, interesse maior a ser albergado por qualquer Administração Pública.

20. Em seu pronunciamento, a Unidade Técnica, mediante o Relatório de Instrução nº 2862/2023, ratificou o entendimento do TCE/CE proferido no processo principal quanto a inexigibilidade dos créditos, tendo em vista a existência de processo judicial, como se vê:

> **"3.1. Análise**
> 18. Em apertada síntese, os Contra-arrazoantes destacam que a Ação Judicial nº 0109266-18.2016.8.06.0001 foi interposta pelo Recorrente em face do Estado do Ceará, a qual ainda está pendente de decisão e que busca, por meio da perícia judicial, a definição do valor efetivamente devido, considerando, inclusive, que sejam compensados eventuais danos causados pelo contratado à Administração.
> 19. Asseveram que, somente após exaurida a discussão judicial, inclusive com a identificação e validação dos danos causados ao erário pelo Consórcio Construtor, realizar-se-á o devido encontro de contas para viabilizar qualquer pagamento de créditos remanescentes da demanda judicial fruto da execução das obras de implantação do Metrô Linha Leste de Fortaleza.
> 20. Por fim, os Contra-arrazoantes asseveram que os valores decorrentes das medições de números 10 a 14, relativas ao Contrato nº 18/Seinfra/2013, também são objeto de apuração no âmbito da aludida demanda judicial para definição dos valores remanescentes efetivamente devidos pela Administração ao Consórcio Construtor. Sendo assim, não ocorreu empenho e liquidação das faturas das referidas medições oriundas de nenhuma fonte de recursos.
> 21. Na presente ocasião, **esta Diretoria mantém a compreensão e concorda com o entendimento expresso na fase inicial de instrução**, conforme já descrito no item 2 do Certificado nº 49/2019 (págs. 37-41) e no item 3 do Relatório de Instrução nº 984/2023 (págs. 284-293).
> Portanto, **o Processo nº 0109266-18.2016.8.06.0001 em andamento na justiça estadual abrange os valores relacionados às medições de números 10 a 14 do Contrato nº 018/Seinfra/2013, uma vez que a perícia judicial confirmou que o valor total dos serviços efetivamente executados e dos reajustes devidos, atualizados até a data de conclusão do Laudo Pericial (janeiro de 2018), é de R$ 27.165.517,84. Contudo, como ainda não há uma decisão judicial definitiva, a exigibilidade do pagamento da quantia mencionada pelo especialista ainda não foi estabelecida.**

> 22. Por fim, esta Diretoria concorda, em consonância com o voto do Conselheiro Relator e com a decisão plenária deste Tribunal que está sendo objeto de recurso, que as empresas responsáveis pelos novos contratos em andamento não devem ter seus pagamentos suspensos pelos serviços executados e medidos, alusivo a um possível saldo contratual devido à empresa Recorrente, cujo valor total está sendo avaliado no processo judicial em andamento, referente a um contrato anterior da mesma obra, que já foi rescindido.
> 23. Ante o exposto, esta Diretoria opina que o presente Recurso de Reconsideração seja recebido, posto satisfazer os requisitos legais de admissibilidade e, quanto ao mérito, o seu desprovimento, pelas razões aqui expostas.
> 4. CONCLUSÃO
> 24. Ante o exposto, a Diretoria de Instrução de Recursos e Consultas, no uso de suas atribuições regulamentares, em especial ao disposto no art. 91, §2º, inciso IV do Regimento Interno deste Tribunal, ressalta que o presente documento reúne o conteúdo examinado neste processo e corresponde à opinião da unidade técnica sobre a matéria, a qual conclui pelo CONHECIMENTO do Recurso de Reconsideração, visto que preenche os requisitos de admissibilidade previstos nos termos dos arts. 29, inciso I, 30, 35, 37 e 39-A da Lei nº 12.509/1995 (LOTCE) e no mérito, sugere o NÃO PROVIMENTO das razões recursais.
> 5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO
> 25. No ensejo, esta unidade instrutiva submete o feito ao juízo deliberatório do(a) Relator(a) competente, sugerindo, de acordo com os fatos, argumentos, dados e evidências apresentados:
> a) **conhecer do recurso**, em virtude da presença dos requisitos de admissibilidade;
> b) **ratificar todos os termos da Resolução nº 5262/2019, no sentido de julgar improcedente** a Representação, e votar pela impossibilidade de condicionar os pagamentos dos valores devidos ao Consórcio FTS (Linha Leste) formado pelas empresas Construtora Ferreira Guedes S.A. e Sacyr Construcción S.A, bem como à empresa Forteks Engenharia e Serviços Especiais Ltda, vencedores das Concorrências Públicas Nacionais nº 20180001/Seinfra/CCC e nº 20180002/Seinfra/CCC, respectivamente, ao adimplemento das quantias que sejam atribuídas à empresa Acciona Construcción S/A, Recorrente, em virtude de serviços referentes ao Contrato no 018/Seinfra/2013, por verificar que os valores remanescentes deste aludido contrato ainda não são plenamente exigíveis e aguardam definição judicial; e
> c) notificar aos Interessados, nos termos do art. 17 da Resolução Administrativa TCE/CE nº 09/2021, a respeito da decisão que vier a ser proferida por este Tribunal, com o arquivamento dos autos após ocorrer o trânsito em julgado da matéria."

21. Por sua vez, o Órgão Ministerial, na lavra do Dr. Gleydson Alexandre, discordou do Setor de Instrução, entendendo que restou configurada a quebra da ordem cronológica de pagamentos, defendendo, assim, que o recurso fosse conhecido, com o seu provimento, em razão dos argumentos a seguir transcritos (Parecer nº 6021/2023):

> (…)
> Há que se rejeitar a alegação de que os valores estão sendo discutidos judicialmente. Primeiro em atenção à independência das instâncias e segundo porque a ação judicial mencionada (processo nº 0109266-18.2016.8.06.0001) se trata de Ação cautelar de Produção Antecipada de Prova promovida pela empresa CETENCO ENGENHARIA SA, anterior integrante do Consórcio, com o objetivo de produzir prova pericial acerca dos valores devidos pela SEINFRA ao Consórcio, referentes a serviços executados e não medidos, lucros cessantes, perdas e danos etc.
> Veja-se, portanto, que a alegada discussão judicial dos valores sequer foi intentada pela SEINFRA.

Registra-se, por oportuno, que o perito nomeado naqueles autos judiciais atestou que "um total de R$ 22.488.220,96 referente às medições 10, 11, 12, 13 e 14 foram autorizadas pela SEINFRA e não pagas", tendo apresentado o seguinte demonstrativo:

…

Ademais, faz-se importante para o deslinde da questão salientar que, tanto nos presentes autos como no processo principal, em nenhum momento, a Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará (SEINFRA/CE) contesta a execução dos serviços referentes às medições 10 a 14 foram realizados.

Veja-se o que alegou a SEINFRA nos esclarecimentos apresentados no processo principal (Processo nº 07439/2018-8 - Seq. 47) e ratificados nos presentes autos (Seq. 137):

> […] fica evidenciado que o baixo desempenho ocorreu por culpa exclusiva da CONTRATADA, fato que, ensejou a necessidade imediata da Administração resguardar o erário, o que de fato ocorreu com a retenção dos valores reconhecidos pela fiscalização, a partir da 10ª medição, em virtude do crescimento exponencial do atraso executivo da obra e nenhuma medida concreta pelo CONTRATADO para reverter o grave desvio na execução contratual. (gn) […]
>
> Diante do acima exposto, evidenciada a baixa performance executiva do antigo Consórcio, a SEINFRA reteve o valor de R$ 23.223.357,43 (vinte e três milhões, duzentos e vinte e três mil, trezentos e cinquenta e sete reais e quarenta e três centavos), quantia que está sendo objeto de discussão judicial (Processo n° 0109266-18.2016.8.06.0001 — Perícia Judicial). (gn)

Todavia, a retenção de pagamentos é medida extrema somente autorizada na hipótese de rescisão contratual, veja-se:

> Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:
>
> I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;
>
> II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;
>
> III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
>
> **IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.**

Ocorre que tal hipótese legal não ocorreu no presente caso. Na verdade, após a aprovação das medições 10 a 14, foi firmado aditivo ao Contrato, substituindo uma das empresas do Consórcio, mantendo-se a Acciona, ora Recorrente (Processo nº 07439/2018-8 – Seq. 10 - págs 8/9). Ademais, no Portal "Ceará Transparente" consta a informação de que o Contrato foi vigente até 09/09/19, **sem notícia de que tenha havido rescisão motivada pela Contratada.**

Assim, os motivos alegados pela SEINFRA para a retenção dos pagamentos não se sustentam.

A respeito da exigibilidade desses créditos, Marçal Justen Filho ensina que "não basta a mera execução de parcela do objeto para tornar-se exigível o pagamento". Segundo o autor, "é indispensável que a regularidade e extensão da parcela **sejam objeto de apuração por parte da Administração**" (gn). E conclui: "sem essa apuração, por via de uma medição-verificação, não surge para o particular direito de exigir o pagamento".

No caso concreto, a SEINFRA chegou a alocar recursos para o pagamento das medições 10, 11 e 12, conforme Ofício nº 066/2015/DOS/SEINFRA (Processo nº 07439/2018-8 - Seq. 6 – pag. 3):

> Prezado senhor,
>
> Ao cumprimentá-lo cordialmente, com referência a programação de desembolso financeiro, visando sanar as atuais pendências do CTR 018/SEINFRA/2013-CCA, por determinação do Secretário André Macedo Facó, a SEINFRA alocou recursos e

> disponibilizou para o dia 10/05/2015, o pagamento da 10ª, 11ª e 12ª medições, com suas respectivas correções.
>
> Solicitamos que o Consórcio CETENCO-ACCIONA providencie no início do mês de abril, a juntada das Notas Fiscais, Certidões e demais documentos dos respectivos processos, na Coordenadoria Administrativa Financeira desta Secretaria, a fim de viabilizar a quitação das referidas medições.

Assim, resta evidente que **as medições** parciais de nº 10 a 14 foram verificadas pela SEINFRA, como atestam os documentos citados acima, sendo o pagamento, a partir disso, exigível, **sob pena, inclusive, de enriquecimento ilícito da Administração.**

Logo, caberia ao Gestor quitar a obrigação na ordem cronológica, de acordo com a fonte utilizada, dando cumprimento, assim, ao mandamento do art. 5º da Lei nº 8.666/93:

> Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, **para cada fonte diferenciada de recursos**, a estrita **ordem cronológica das datas de suas exigibilidades**, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada. (gn)

Salienta-se que as fontes indicadas no Contrato nº 018/2013/SEINFRA/CETENCO se repetem nos Contratos nº 009/2018/SEINFRA/Consórcio FTS e nº 014/2018/SEINFRA/FORTEKS ENGENHARIA, que deram continuidade às obras da linha leste do Metrô.

…

Considerando a existência de pagamentos referentes aos dois novos contratos, restou configurada a quebra da ordem cronológica de pagamentos, fato que, além de constituir descumprimento ao art. 5º da Lei nº 8.666/93, constitui o crime então previsto no art. 92 da Lei nº 8.666/93, atualmente previsto no art. 337-H do Código Penal:

> LEI Nº 8.666/93
>
> Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, **ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade**, observado o disposto no art. 121 desta Lei. (Revogado pela Lei nº 14.133 de 2021)
>
> Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (Revogado pela Lei nº 14.133 de 2021) (gn)
>
> CÓDIGO PENAL
>
> Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, **ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade**:
>
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. (gn)

O fato da conduta de preterir ordem cronológica de pagamento ser tipificado como crime diz muito a respeito do bem jurídico tutelado, que não se confunde com o mero interesse privado, mas sim, tem relação com a moralidade administrativa.

Por todo o exposto, opina este Órgão Ministerial que:

a) o presente Recurso de Reconsideração seja **CONHECIDO**, tendo em vista o atendimento aos requisitos legais de admissibilidade;

b) no mérito:

b.1) seja dado **PROVIMENTO** ao Recurso interposto por Acciona Construccion S/A, reformando-se a Resolução nº 5262 /2019 (Processo nº 07439/2018-8), no sentido de que a

> Representação seja apreciada PROCEDENTE diante da ocorrência da quebra da ordem cronológica dos pagamentos;
> b.2) seja determinado aos atuais gestores da SEINFRA que:
> b.2.1) se abstenham de reter pagamentos fora das hipóteses legais;
> b.2.2) respeitem a ordem cronológica dos pagamentos.
> É o parecer

22. De partida, vale ressaltar que o objeto do presente feito é a possível quebra da ordem cronológica dos pagamentos, portanto, não tem como objetivo ressarcir ou reparar a ACCIONA sobre os valores que entende devidos.

23. É sabido que a Lei nº 8.666/1993 em seu art. 5º estabelece a obediência a estrita ordem cronológica das datas de exigibilidades das obrigações. Tal regra visa garantir a igualdade entre os fornecedores, evitando que alguns sejam privilegiados em detrimento de outros na hora de receber os pagamentos pelos serviços ou produtos prestados à Administração Pública, in verbis:

> Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada. [...]

24. O objetivo da referida norma do art. 5º do Estatuto Licitatório, no âmbito dos Tribunais de Contas, é o de preservar o princípio da impessoalidade inerente a todo e qualquer agente público no momento dos pagamentos, portanto, não tem como objetivo satisfazer o direito subjetivo de ressarcir o particular, o que remonta a tutela do direito privado, passível de amparo no campo do direito civil, mediante o respectivo ingresso de Ação Judicial correspondente que o credor entender por direito – na esfera da tutela do direito privado.

25. Já em âmbito do direito público, especialmente deste Tribunal de Contas, cabe apurar se a conduta do gestor seguiu a ordem cronológica de pagamento, preservando-se o princípio da impessoalidade, campo este de estrita atuação dos Tribunais de Contas, ou se seguiu uma ordem por livre arbítrio.

26. Para saber se houve a suposta quebra da ordem cronológica, é condição ***sine qua non*** o exame estrito das circunstâncias fático e jurídicas que levaram ao não pagamento do credor.

27. No presente caso concreto, não compartilho do fundamento da Decisão recorrida, de Relatoria do Conselheiro Valdomiro Távora, de que o simples fato de haver uma Ação Judicial impediria o exercício e atuação desta Corte de Contas, uma vez que vinga o princípio da independência das instâncias judicial e administrativa, bem como porque esta Corte é dotada de plena autonomia funcional e administrativa, não ficando à mercê de pronunciamentos judiciais.

28. Contudo, por outro lado, chego à mesma conclusão no sentido de que não há elementos que demonstrem a insinuada quebra de ordem cronológica, tal como insiste a recorrente, todavia, assim o entendo por fundamento diverso. Explico.

29. No entender da recorrente, o seu crédito teria a obrigação legal de ser pago antes dos novos créditos vindouros que hão de chegar nas novas Concorrências n° 20180001/SEINFRA/CCC e 20180002, em favor de novos credores que serão contratados para executar a mesma obra que prestou seus serviços, bem como o seu crédito, segundo aduz, teria ficado em detrimento em relação a outros credores que já estão a receber os seus respectivos pagamentos.

30. Todavia, para se falar que seu crédito, em específico, seja pago, é necessário que esteja plenamente constituído e certo, o que, após examinar detidamente os autos, não é o caso *sub oculis*.

31. Em se tratando de pagamento de créditos, é cediço ser necessário ter os requisitos basilares da **certeza**, **liquidez** e **exigibilidade**, ou seja, saber a quem se deve, o valor definido e a viabilidade de sua execução (pagamento).

32. Na espécie, quem está no pólo de possível devedor é a figura do Estado, não havendo controvérsias neste ponto, bem como o título é viável diante de possíveis serviços prestados.

33. Contudo, vejo que falta-lhe o requisito da **liquidez**, ou seja, **a definição do valor em juízo de certeza definitivo**, o que se encontra extremamente controvertido, diga-se.

34. O título executivo deste crédito não pode ser executado sem que se tenha o valor previamente definido, o que se denomina liquidez do crédito.

35. Para a visão da SEINFRA, o valor devido pode ser menor ou até nenhum, tendo em vista que a empresa gerou dano ao erário, cabendo fazer a devida compensação, tanto em razão do desfalque, como também pelas deficiências construtivas e atrasos na execução da obra.

36. Já para o recorrente (Acciona Construccion S/A), o valor devido é de R$ 23.223.357,43 (vinte e três milhões, duzentos e vinte e três mil e trezentos e cinquenta e sete reais e quarenta e três centavos), porque entendeu que simplesmente trabalhou e não recebeu. **Aqui, portanto, remonta a enorme controvérsia acerca de sua liquidez.**

37. Como claramente se vê, há, de forma patente, uma grande divergência acerca do quanto cada um deve, se é que deve.

38. Assim, diante da controvérsia do valor devido, não poderia o gestor, na época, realizar pagamentos sem que tenha sua liquidez definida. Ao contrário, se realizasse os pagamentos naquele momento correria risco, em tese, de gerar duplo prejuízo ao erário, em tese, primeiro por liberar pagamentos de valores controvertidos e, em segundo lugar, por liberar pagamentos

a empresa que gerou possível dano na fase construtiva, em virtude de sanções contratuais, multas, e não execução a contento, além da correção monetária.

39. Ante a controvérsia em função da iliquidez do montante, é de se esperar a suspensão do pagamento até que seja resolvida a questão de fundo sobre os cálculos, tendo agido corretamente o gestor, a título de prudência, não se podendo, portanto, falar que sua conduta feriu a impessoalidade por um livre arbítrio.

40. Divirjo do Parecer Ministerial, de lavra do Dr. Gleydson Alexandre, pois este entendeu que duas medições, em específico, já poderiam ser pagas, vale dizer, que seriam parcelas supostamente "incontroversas" (quais sejam, as medições nº 10 e 14).

41. *Pedindo vênias* ao Parecer Ministerial, **ocorre que é manifesto que não se pode realizar o pagamento de tais medições até que o montante total devido seja definido em sua completude, pois o Estado alega que suportou dano ao erário, tornando o montante como um todo controverso** – o que é ponto nitidamente controvertido, repita-se.

42. Ora, diante da controvérsia existente acerca do quantum a ser pago, só restou ao gestor suspender o pagamento até que seja definido a quem assiste razão, e qual o valor devido, se é que existem valores nesse sentido, dado a controvérsia do montante global.

43. Nesta trilha, destaque-se que o dano ao erário, se confirmado, também comporta correção monetária, juros, multas e demais cominações legais, o que poderá afetar o cálculo do montante integralmente – o que dificulta ainda mais deduzir que exista um "crédito líquido e definido".

44. Ademais, **até mesmo as medições 10 e 14, em específico, estão com valores controvertidos**. Isso porque os contra arrazoantes também destacam que a Ação Judicial nº 0109266-18.2016.8.06.0001, ainda está pendente de decisão e que busca, por meio da perícia judicial, a definição do valor efetivamente devido, que abrange os valores relacionados às medições de números 10 e 14 do Contrato nº 018/Seinfra/2013, considerando, inclusive, que sejam compensados eventuais danos causados pelo contratado à Administração.

45. Por oportuno, saliento que a apreciação de conflito dessa natureza, neste caso concreto, com valores indefinidos, gera o temerário risco desta Corte ingressar em terreno indevido de funcionar como árbitro na solução de conflitos e controvérsias instaladas entre as partes ou, ainda, prolatar decisões em substituição às tutelas jurisdicionais exigidas para a salvaguarda de seus interesses subjetivos. Dessa forma, compete à parte Autora da presente demanda a interposição das medidas administrativas e judiciais cabíveis para o resguardo de seus direitos subjetivos à definição do valor que entende devido.

46. **ANTE O EXPOSTO**, e por tudo mais que dos autos consta, ***voto***, em consonância com a Unidade Técnica, por:

1. CONHECER do Recurso de Reconsideração interposto, porque presentes os seus requisitos de admissibilidade;

2. No mérito, pelo seu **NÃO PROVIMENTO** do Recurso de Reconsideração, mantendo-se a **improcedência** da Representação nº 07439/2018-8, conforme exposto nas razões deste voto;

3. NOTIFICAR, com cópia da presente decisão, todos os interessados sobre o presente Decisium;

4. ARQUIVAR os presentes autos, após o trânsito em julgado. **É como voto.**

Fortaleza, 22 de abril de 2024

Conselheira Soraia Thomaz Dias Victor
RELATORA