

GRUPO I – CLASSE V – PLENÁRIO

TC 008.036/2017-9

Natureza: Relatório de Auditoria

Interessados: Congresso Nacional e Construtora Pottencial Ltda.

Unidade: Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE)

SUMÁRIO: FISCOBRAS 2017. AUDITORIA NAS OBRAS DE CONSTRUÇÃO DA INFRAESTRUTURA DO CAMPUS DA UNIDADE ACADÊMICA DO CABO DE SANTO AGOSTINHO. DEFICIÊNCIAS NA GARANTIA DE EXECUÇÃO CONTRATUAL E NOS CRITÉRIOS PARA A REALIZAÇÃO DE PAGAMENTOS. OITIVA DA ENTIDADE E DA CONTRATADA. NÃO ELISÃO DA DESCONFORMIDADE RELACIONADA À GARANTIA. DETERMINAÇÃO PARA RETENÇÕES PARCIAIS NOS PAGAMENTOS DEVIDOS, COM VISTAS À COMPOSIÇÃO DE CAUÇÃO A TÍTULO DE GARANTIA. ELISÃO DA DESCONFORMIDADE RELACIONADA AOS CRITÉRIOS DE PAGAMENTO. DETERMINAÇÃO PARA A FORMALIZAÇÃO EM CONTRATO DO CRITÉRIO QUE PASSOU A SER ADOTADO. OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução produzida pela Secex/PE sobre a matéria em apreciação (peça 45):

“INTRODUÇÃO

Trata-se de Relatório de Auditoria, Fiscalização 96/2017 (Fiscobras 2017), realizada na contratação integrada de serviços de elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo de engenharia e execução das obras de construção da infraestrutura do Campus da Unidade Acadêmica do Cabo de Santo Agostinho (UACSA) da Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE), objeto do Contrato 19/2014 firmado com a construtora Pottencial Ltda. (CNPJ 06.945.546/0001-00).

2. *Esta instrução tem como objetivo analisar as manifestações trazidas aos autos pela UFRPE (peças 38 e 43) e pela contratada (peça 39) em atendimento às oitivas determinadas pelo Despacho do Ministro Relator, Exmo. Sr. José Múcio Monteiro, exarado à peça 32 do presente processo, em 29 de junho de 2017, de modo a formular proposta de mérito acerca das seguintes ocorrências apontadas pela Secex-PE no relatório de fiscalização (peça 28): (i) deficiências na garantia de execução do contrato (achado III.1); (ii) pagamentos efetuados sem critérios objetivos definidos em edital ou contrato e em desconformidade com o Decreto 7.581/2011 (achado III.2).*

EXAME TÉCNICO

3. *Em resposta às oitivas promovidas por esta Secretaria, por meio dos Ofícios 1029 e 1030/2017-TCU-Secex-PE (peças 34 e 35), datados de 30/6/2017, a Construtora Pottencial apresentou, tempestivamente, as informações e/ou esclarecimentos constantes da peça 39, enquanto a UFRPE, após solicitação de prorrogação de prazo (peças 38 e 41), complementou sua manifestação de peça 38 por meio da juntada da peça 43, em 4/9/2017.*

4. *Delineiam-se então à apresentação resumida das supostas irregularidades e dos respectivos argumentos trazidos pelos interessados em suas oitivas; que serão analisadas em seguida.*

I - Da ausência de garantia contratual de execução válida, com infração ao disposto no ato convocatório, nas cláusulas contratuais, na jurisprudência do TCU e nos arts. 54, 55, inciso VI, 56 e 66 da Lei 8.666/1993, norma aplicável aos contratos administrativos celebrados com base no RDC, consoante prevê o art. 39 da Lei 12.462/2011

I.1 - Constatações da Auditoria (peça 28, p. 7-9)

5. A equipe de auditoria, de pronto, identificou impropriedades relativas à garantia contratual apresentada pela contratada consubstanciada pela apresentação de seguro-bancário em percentagem inferior ao previsto na Cláusula Décima Primeira do Contrato 19/2014, infringindo o disposto no ato convocatório, na jurisprudência do TCU e nos arts. 54, 55, inciso VI, 56 e 66 da Lei 8.666/1993, norma aplicável aos contratos administrativos celebrados com base no RDC à luz do art. 39 da Lei 12.462/2011.

6. Já na fase de relatório, no intento de sanar referida pendência, foi encaminhada à equipe de auditoria carta fiança no valor de R\$ 10.728.847,15 (5% do valor contratual atualizado) emitida pela Maxximus Merchant Bank Consultoria de Negócios Ltda., CNPJ 13.703.820/0001-91, com intuito de atender à exigência efetuada pela UFRPE quando da formalização do 1º Termo Aditivo, cuja finalidade foi prorrogar o prazo contratual por mais 22 meses.

7. Contudo, do exame do referido expediente, verificou-se que a fiança oferecida não é capaz de atender à garantia de execução contratual por não se enquadrar no rol exaustivo elencado no § 1º do art. 56 da Lei de Licitações e Contratos, que admite apenas as seguintes modalidades: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

8. Em vista do exposto, foi ponderado que há, em torno da contratação, risco referente ao cumprimento das obrigações, sopesadas as notórias dificuldades financeiras da contratada, que se encontra em processo de recuperação judicial, de forma que se mostrou necessário ao gestor exigir a garantia de execução contratual de forma a salvaguardar o erário de eventual inadimplemento contratual, nos termos do entendimento uníssono do TCU retratado pelo seguinte trecho do voto do então Ministro Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, que fundamentou o Acórdão 859/2006-TCU-Plenário: 'o agente público que deixa de exigir da contratada a prestação das garantias contratuais, conforme previsto no art. 56 da Lei 8.666/1993, responde pelos prejuízos decorrentes de sua omissão, bem como às penas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992'.

9. Nesse sentido, tendo em vista que futura decisão do TCU poderia afetar a relação contratual, entendeu-se adequado oportunizar o contraditório quanto às impropriedades relativas à deficiência das condições da garantia contratual, sem prejuízo de destacar que a autoridade administrativa tem competência para avaliar e decidir pela exigência da garantia contratual, enquanto a escolha para assegurar a execução contratual caberá ao contratado, na sua conveniência, entre caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia, ou fiança bancária nos termos da vigente legislação contratual.

I.2 - Respostas às oitivas

I.2.1 - Manifestação da UFRPE (peça 38, p. 1-3 e peça 43, p. 1-2)

10. Na manifestação de peça 38, a Universidade reconhece que a garantia apresentada pela contratada, emitida pela Maxximus Bank, não atende ao disposto no inciso III do art. 56 da lei 8666/1993, pois a empresa emitente não se trata de instituição financeira devidamente cadastrada no Banco Central do Brasil, sendo, portanto, a carta fiança apresentada apenas uma garantia fidejussória.

11. Assim, registra que foi encaminhado expediente para a contratada determinando a apresentação de garantia contratual válida no prazo de quinze dias.

12. Na peça 43, a UFRPE, após apresentar rol de argumentos trazidos pela construtora em resposta ao citado expediente, informa que submeterá à assessoria jurídica com vistas a esclarecer quais ações podem ser adotadas para atendimento pleno dos normativos legais, sem que resulte no encerramento da avença e conseqüente paralisação da obra.

I.2.1 - Manifestação da Construtora Pottencial (peça 39, p. 1-3 e peça 43, p. 1-2)

13. Preliminarmente, o defendente apresenta breve resumo dos fatos, com exposição das ocorrências consideradas no relatório de fiscalização.
14. Especificamente quanto à garantia de execução contratual, a contratada expõe que a não aceitação do título apresentado em observância literal ao Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, configurará afronta à finalidade do instituto da recuperação judicial, da forma como disciplinado na Lei 11.101/2005. Na sua percepção, a imposição de que a defendente apresente garantia contratual em modalidades às quais as instituições financeiras e securitárias não lhe franqueiem acesso implica, na prática, a criação de obstáculo intransponível à continuidade da presente contratação, bem como à celebração de futuros contratos por várias outras empresas em situação idêntica ou similar à da Construtora Pottencial Ltda. (peça 39, p. 5).
15. Nesse viés, argumenta:
'De fato, a renitente exigência de apresentação de instrumento bancário ou securitário de garantia contratual, quando as instituições que comercializam esses produtos no mercado se negam a oferece-los a empresas em recuperação judicial, induz à absoluta inviabilidade de celebração, por parte dessas empresas, de contratos com o Poder Público. No caso da Construtora Pottencial, a exemplo de várias outras que atuam no segmento de obras públicas, a impossibilidade de manter contratos com a Administração Pública significará o fracasso de seu plano de recuperação judicial, com repercussões funestas para os 745 empregados engajados diretamente na execução do Contrato nº 019/2014 e suas respectivas famílias.'
16. Aduz, assim, que a circunstância de se encontrar em regime de recuperação judicial impossibilitou a formalização de seguro-garantia ou de fiança prestada por instituição financeira.
17. Discorre também da impossibilidade de disponibilizar a garantia em forma de caução em dinheiro, dada a sua situação financeira.
18. Apresenta, em sequência, argumentos no sentido de validar a garantia prestada com base no portfólio de serviços fidejussórios prestados pela Maxximus a diversas instituições públicas e privadas, de modo a destacar a aceitação inclusive pelo próprio TCU.
19. Ainda nessa linha de raciocínio, ressalta que a aludida instituição fidejussória foi responsável por carta fiança assecuratória no valor de R\$ 80.000.000,00, referente às obras das Olimpíadas do Rio de Janeiro.
20. Assim, defende a aplicação no presente caso da interpretação extensiva ou analógica do art. 56, § 1º, III, da Lei 8.666/1993, com a finalidade de validar a modalidade de garantia prestada.
21. De tal modo, de forma a corroborar a afirmativa acima, traz jurisprudência do TCU e STJ, segundo as quais não devem ser exigidas de empresas com plano de recuperação judicial já aprovado pelo Judiciário, em meio a certames licitatórios, documentos a que essas empresas sabidamente não têm acesso, tais como 'certidão negativa de falência ou concordata'.
22. Segue com argumentos no sentido de demonstrar que a imposição de uma exegese literal e restritiva das modalidades de fiança admissíveis, para os fins do art. 56 da Lei 8.666/1993, acarretará riscos maiores à Administração, sobretudo diante de uma eventual rescisão contratual.
23. No mais, repisa os argumentos já apresentados a fim de que, mediante interpretação extensiva ao normativo legal que rege as modalidades de garantia de execução dos contratos administrativos, 'seja aceita a Carta de Fiança 000000005273-MMB/2017, a qual, além de dotada da solidez e segurança requeridas pelo legislador, corresponde ao instrumento de garantia atualmente acessível à Defendente, empresa em regime de recuperação judicial' (peça 39, p. 11).
24. Em anexo, por fim, apresenta um rol de documentos que retratam as negativas das seguradoras em formalizar a demanda da contratada em formalizar a garantia em questão.

I.3 - Análise das manifestações

25. Para o início da análise, não é demais lembrar que, à luz do art. 39 da Lei 12.462/2011, aplicam-se aos contratos regidos pelo RDC as regras dispostas no Estatuto de Licitações e Contratos

Administrativos, das quais interessa, nesta oportunidade, a garantia de execução contratual, cujo regramento está inserido no § 1º do artigo 56 do aludido estatuto.

26. São três modalidades de garantia previstas pelo legislador, com a finalidade de resguardar o patrimônio público nas relações contratuais com particulares: I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II – seguro-garantia; e III - fiança bancária.

27. A intenção legal no citado regramento é patente no sentido de resguardar o erário, em observância ao interesse público, de um eventual descumprimento de obrigações contratuais, sobretudo no caso de inadimplência contratual, prevendo modalidades de garantias capazes de reparar a Administração de um possível prejuízo.

28. Assim, a fim de cercar os interesses públicos de maior segurança o legislador elegeu como modalidade de fiança, apenas, a bancária, cujas operações estão integralmente sujeitas ao controle do Banco Central do Brasil, e cuja expertise para a aferição de efetiva possibilidade da concessão da garantia não pode ser menosprezada, especialmente quando se procura resguardar o erário.

29. Logo, ao se interpretar de forma extensiva o § 1º do artigo 56 de modo a tornar aceitável uma garantia não regulamentada que possa se mostrar incapaz de resguardar o erário de eventual descumprimento contratual estar-se-ia afastando o interesse público e colocando obstáculos à Administração para obter rápida reposição de eventuais prejuízos que possa vir a sofrer em caso de inadimplemento.

30. Além disso, à luz do princípio da legalidade, não afastando o entendimento de que a dinâmica atual da Administração venha permitir certa flexibilização desse princípio em casos peculiares, por se tratar de instituto legal que visa proteger essencialmente o interesse e o patrimônio público, como preconiza o art. 37 da Carta Magna, entende-se que não merece prevalecer interpretação ampliativa do regramento previsto no § 1º do artigo 56, para incluir-se sob o seu pálio conveniências adotadas pelo mercado, de forma que o dispositivo legal em apreço não sofra redução de aplicabilidade.

31. O seguinte trecho do relatório que embasou o Acórdão 802/2016-Plenário de relatoria do Exmo. Ministro Augusto Sherman, reforça esse entendimento:

‘Pesquisas no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil na Internet (‘www.bcb.gov.br’ > ‘Sistema Financeiro Nacional’ > ‘Informações cadastrais e contábeis’ > ‘Informações cadastrais’ > ‘Relação de instituições em funcionamento no país’) revelaram que o Trade Merchant Bank (CNPJ 18.808.746/0001-91), entidade responsável pela emissão da carta de fiança bancária que garantiu a proposta apresentada pela empresa MJR Construtora Ltda. no certame (peça 19, p. 22), não consta como instituição cadastrada naquela autarquia federal. Sendo assim, não estaria apta a emitir fiança da espécie ‘fiança bancária’.

Para o exercício da atividade bancária, é necessária a autorização governamental expedida pelo Banco Central do Brasil, que integra o Sistema Financeiro Nacional. A administração das instituições financeiras submete-se a regras específicas e é controlada pelo Banco Central do Brasil. A este compete, dentre outras prerrogativas, a aprovação do nome dos administradores eleitos pelos órgãos societários, a fiscalização das operações realizadas, a autorização para a alienação do controle acionário ou para a transformação, fusão, cisão ou incorporação, bem como a decretação do regime de administração especial temporária, intervenção ou liquidação extrajudicial.

Não sendo o Trade Merchant Bank um banco, a fiança emitida por essa instituição, além de não poder ser considerada fiança bancária, não tem a segurança proporcionada pelo controle do Banco Central do Brasil. (destaques acrescidos)

32. Em sentido semelhante é a jurisprudência do TRF-5ª Região, transcrita a seguir:

‘ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EXCLUSÃO DE EMPRESA DA DISPUTA. GARANTIA IDÔNEA PARA A EVENTUAL EXECUÇÃO DO

CONTRATO. FIANÇA BANCÁRIA. REINCLUSÃO NO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE. TÍTULO EXPEDIDO POR ENTIDADE SEM NATUREZA BANCÁRIA. REJEIÇÃO PELA COMISSÃO DE LICITAÇÃO. LEGALIDADE. DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADOÇÃO DOS FUNDAMENTOS.

5 - Merecem destaque as seguintes informações a integrar a manifestação da autoridade coatora, antes da concessão da liminar, conforme previsto no art. 7.º, inciso I, da Lei n.º 12.016/09: 'A impetrante, na tentativa de cumprir o Edital e a Lei n.º 8.666/93 apresentou Carta de Fiança, firmada pela empresa 'Capital Merchant Bank', porém, a emitente da Carta de Fiança NÃO é uma Instituição Bancária, em consequência, o documento apresentado NÃO é uma FIANÇA BANCÁRIA. A empresa 'Capital Merchant Bank' é uma pessoa jurídica de direito privado, porém, não é uma instituição bancária, trata-se, na verdade, de uma empresa de assessoria e consultoria a financiamentos, fusões e aquisições, conforme se verifica no 'site' da empresa: A variante brasileira não é uma entidade bancária. Na verdade, o Brasil não tem 'Merchant Banks', mas entidades como o Capital Merchant Bank, que estão envolvidos na atividade de Merchant Banking. <http://www.capitalmbk.com.br/a/page.php?c=14&show=NossaAtividade>, consultado em 11 de maio de 2012. Caso a Administração Pública receba fiança sem o necessário lastro que garanta o adimplemento da obrigação assumida, tal conduta representa violação à lei e põe em risco a continuidade dos serviços públicos. Exemplo prático é a própria situação em litígio. A Carta de Fiança emitida pela empresa de consultoria 'Capital Merchant Bank' está alicerçada em uma Nota Promissória emitida pela Construtora e Incorporadora Exata Ltda. em valor superior ao valor afiançado. Ou seja, a empresa de consultoria está realizando um negócio jurídico intermediário, caso a Carta de Fiança, operação legítima para o Direito Civil, porém, em flagrante situação de risco ao interesse público, contrariando as disposições legais inerentes ao Direito Administrativo. (TRF-5 - REEX: 98146920124058300, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 22/05/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: 29/05/2014)

33. *Cabe trazer à colocação também o entendimento sobre o tema do autor Marçal Justen Filho: '4) A garantia fidejussória (inc. III) Somente se admite fiança bancária para garantia da contratação. Portanto, não é possível pretender caucionar títulos de crédito ou promover garantia pessoal de outra natureza. Tal como exposto no item anterior, é evidente a necessidade de comprovar a idoneidade do prestador da garantia fidejussória. Não estará preenchida a exigência quando o prestador da garantia fidejussória não for titular de patrimônio compatível com a garantia prestada'. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 942-943).*
34. *Assim sendo, deflui da interpretação legal, da jurisprudência e da doutrina que a qualidade bancária da instituição é essencial à garantia fiduciária estipulada pela Lei 8.666/1993, razão pela qual não se pode admitir a prestação de garantia oferecida pela defendente, pois pesquisas no sítio do Banco Central do Brasil na Internet ('www.bcb.gov.br' > 'Sistema Financeiro Nacional' > 'Informações cadastrais e contábeis' > 'Informações cadastrais' > 'Relação de instituições em funcionamento no país') revelam que a Maxximus Merchant Bank Consultoria de Negócios Ltda. não é instituição cadastrada no Banco Central do Brasil. Assim, não está apta a emitir carta de fiança bancária e não pode ser classificada como um banco, apesar de possuir a denominação de Bank em sua razão social.*
35. *Portanto, não sendo Maxximus Ltda. um banco (peça 44), a fiança emitida por essa instituição, além de não poder ser considerada bancária, não se reveste da segurança proporcionada pela regulação e fiscalização exercida pelo Banco Central do Brasil sobre instituições financeiras, especialmente no que diz respeito à solvência dessas organizações.*

36. De mais a mais, ao contrário do sustentado pela contratada, o ambiente econômico desfavorável, em que os riscos de inadimplência de prestador de serviços se agravam, devem, via de regra, inspirar uma maior cautela do gestor público nas garantias dos contratos firmados, com vistas, justamente, a prevenir danos decorrentes desse inadimplemento, os quais, normalmente, como visto comumente por este Tribunal, dificilmente são reparados plenamente.

37. Quanto ao argumento de que cartas fianças emitidas pela Maxximus Merchant Bank Consultoria de Negócios Ltda. foram aceitas por outras instituições públicas, registra-se que não foram identificados no TCU, tampouco foram juntados aos autos, contratos em que esse tipo de garantia fora admitido. Na realidade, verificou-se, apenas, que a Maxximus em sua página eletrônica (<http://www.maxximusbank.net.br/index.php/nossos-clientes>) apresenta como clientes diversos órgãos públicos dentre eles esta Corte de Contas.

38. Entretanto, convém registrar que a Portaria TCU 128, de 14 de maio de 2014, normativo sobre a licitação e a execução de contratos de serviços no âmbito da Secretaria do Tribunal de Contas da União (TCU), deixa clara a necessidade de a fiança prestada pelo contratado ser regulamentada pelo Banco Central, ao prever as seguintes cláusulas no modelo de carta fiança para garantia de execução contratual:

'9. Declara, ainda, este FIADOR, que a presente fiança está devidamente contabilizada e que satisfaz às determinações do Banco Central do Brasil e aos preceitos da legislação bancária aplicáveis e, que, os signatários deste Instrumento estão autorizados a prestar a presente fiança.

10. Declara, finalmente, que está autorizado pelo Banco Central do Brasil a expedir Carta de Fiança e que o valor da presente se contém dentro dos limites que lhe são autorizados pela referida entidade federal.' (destaques acrescidos)

39. Enfim, a fiança apresentada pela Construtora Pottencial emitida pela Maxximus Merchant Bank Consultoria de Negócios Ltda. não pode ser recepcionada como uma das modalidades de garantia prevista no § 1º do artigo 56 da Lei 8.666/1993.

40. Contudo, considera-se que parte das alegações apresentadas pela Pottencial podem ser excepcionalmente aceitas, em razão de que uma eventual rescisão contratual acarretará prejuízos consideráveis à UFRPE e conseqüentemente ao interesse público.

41. Dessa forma, é forçoso reconhecer que se deve buscar uma solução dentro das previstas na legislação vigente a fim de proporcionar segurança à Administração no que se refere ao cumprimento das obrigações contratuais, sem que haja a interrupção dos serviços, especialmente se for levado em conta que a referida avença encontra-se em plena execução, com um saldo a faturar de R\$ 119 milhões. Faz-se mister, portanto, buscar a conclusão do empreendimento e a antecipação dos benefícios sociais e econômicos advindos.

42. Nesse contexto, vale lembrar que a equipe de auditoria relatou o **animus** da contratada e da UFRPE em solucionar a referida lacuna, seja pela apresentação de garantias proporcionais, seja por contratação de uma fiança não bancária, circunstâncias que de certo modo revelam a boa-fé dos contratantes.

43. Imperioso considerar também que, ao examinar o contrato como um todo, a auditoria identificou evidências de que o avanço físico da obra se mostrava de certa forma superior aos valores já pagos, sobretudo se for levado em conta os serviços de movimentação de terra, drenagem, proteção de taludes e redes externas.

44. Assim, já que a empresa contratada relatou a impossibilidade de formalizar um contrato de fiança bancária, seguro-garantia, ou caução em dinheiro dada a sua situação financeira, nesse caso concreto, como medida acessória importante para resguardar a fiel execução contratual e sobretudo proteger a Administração de eventuais prejuízos financeiros causados por responsabilidade da contratada, sugere-se como solução que a garantia de execução seja satisfeita mediante retenção, a título de caução, até o percentual de 5% do valor pactuado, nas próximas medições, montante que

será liberado após a execução do objeto devidamente corrigido, nos termos da cláusula 11.8 do Contrato 19/2014 (peça 20, pp. 6 e 16).

45. *Para não frustrar a execução contratual, considerando a situação financeira da construtora, entende-se que as retenções devem ser feitas como um percentual de cada medição subsequente até totalizar o valor previsto. Essas parcelas retidas deverão ser mantidas em conta específica e restituídas corrigidas monetariamente de modo semelhante à garantia na forma de caução, após o recebimento definitivo e a aceitação dos serviços.*

46. *Destaca-se que no âmbito do mercado da construção civil essa sistemática é praticada por grande parte das incorporadoras e construtoras no relacionamento contratual com empreiteiros, sendo retido parte do pagamento das medições dos trabalhos, por prazos variáveis, como forma de garantia contra eventuais prejuízos financeiros causados por responsabilidade da contratada - como, por exemplo, reexecução de serviços e processos trabalhistas movidos por funcionários das empreiteiras.*

47. *Adverte-se ainda que, quando da elaboração da proposta, a contratada sabia da necessidade desse tipo de garantia de forma a incorporar seus custos ao orçamento ofertado.*

48. *Nesta esteira, propor-se-á que a UFRPE promova retenções nos pagamentos devidos à contratada, até o limite de 5% do valor do contrato a título de garantia, calculadas, em cada medição, considerando a proporção entre o valor previsto na cláusula 11.8 (5% do valor atualizado do contrato) e o saldo financeiro do contrato, a serem depositadas em conta específica, com correção monetária, lembrando que essas parcelas retidas devem ser restituídas à contratada, corrigidas monetariamente, de modo semelhante à garantia na forma de caução, após o recebimento definitivo e a aceitação dos serviços.*

II - Da realização de pagamentos sem critérios objetivos definidos em edital ou contrato e em desconformidade com os arts. 8º, § 2º, inciso I; 40, § 3º; 42, § 5º; 66, § 2º, do Decreto 7.581/2011.

II.1 - Constatções da Auditoria (peça 28, p. 10-14)

49. *Foi constatado que os pagamentos efetuados pela Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE) à empresa Construtora Pottencial Ltda. estavam sendo realizados sem um critério de medição objetivo, conforme previsto no Edital RDC Presencial 01/2013 ou no Contrato de Obra 19/2014, e em desconformidade com os parâmetros definidos no Decreto 7.581/2011.*

50. *Apesar de a proposta da licitante vencedora ter sido apresentada de forma global (quando o pagamento deve ser efetuado por etapas, com base em cronograma pactuado), identificou-se que os pagamentos estavam sendo efetuados com base em preços unitários que sequer foram definidos objetivamente, uma vez que não foi solicitada qualquer planilha de custos/preços na fase licitatória.*

51. *Não foi identificado cronograma físico dividido por etapas, nem critério de aceitabilidade por etapas, com base na qual a licitante vencedora deveria ter apresentado o valor do lance na licitação, o que balizaria os pagamentos futuros, infringindo o disposto nos arts. 40, § 3º, e 42, § 5º, do Decreto 7.581/2011.*

52. *Dessa ausência de parâmetros para divisão do objeto em etapas e da ausência de uma planilha orçamentária apresentada pela licitante vencedora, materializa-se o risco de que os pagamentos sejam efetuados em desconformidade com o andamento das obras. Além disso, não há definição do montante a ser pago em cada mês ou por cada etapa/serviço, o que vai depender da negociação da UFRPE com a Pottencial a cada período.*

II.2 - Respostas às oitivas

II.2.1. - Manifestação da UFRPE (peça 43, p. 2-4)

53. *Após prorrogação de prazo concedida (peça 41), a Universidade, de início, argumenta que os critérios de medição estavam claros e precisos, seja no edital, seja no instrumento contratual, desde a expedição da ordem serviço, pois considerou-se que a melhor forma de proteger o erário, sem sacrificar em demasia o ritmo da execução dos serviços, correspondia à realização de medições, em bases provisórias, a partir dos preços unitários constantes da tabela Sinapi e computando-se as*

quantidades de serviços e insumos mensalmente empregados e/ou executados na obra, de forma a minimizar o risco de que o montante global de pagamentos excedesse os percentuais efetivamente executados do empreendimento.

54. Contudo, em sequência, a defendente revela que, a partir o Boletim de Medição 23, a fiscalização passou a adotar, em respeito às determinações do TCU, critério de medição baseado no Quadro de Eventos, Prazos e Pagamentos (QEPP) que contempla as etapas da obra objeto do Contrato 19/2014.

55. Observa que cada uma das instalações da UACSA foi subdividida em etapas, as quais serão remuneradas de maneira parcelada, desde que atingidos percentuais de execução previamente definidos: ou de modo racional, as suas parcelas.

56. Por fim, registra que essa metodologia será incorporada mediante a celebração do 2º Termo Aditivo.

II.2.1 - Manifestação da Construtora Pottencial (peça 39, p. 1-3 e peça 43, p. 1-2)

57. Quanto aos critérios de medição, a contratada explana que não tem se beneficiado a partir da citada descaracterização dos critérios contratuais e regulamentares de pagamento, na realidade considera que está sendo prejudicada por tal sistemática.

58. Nesse contexto, observa que vem apenas cumprindo os regramentos impostos pela UFRPE, de forma que não tem nenhuma influência na definição de método utilizado nas medições.

59. Assim, destaca que o atraso na implantação do critério de pagamento adequado, à luz do Decreto 7.581/2011, não acarretou qualquer tipo de prejuízo aos cofres públicos.

60. Nessa esteira, afirma que não há razão para que se impute responsabilidade à contratada, uma vez que não contribuiu para a consumação da mencionada irregularidade; ao contrário, foi prejudicada por ela.

II.3 - Análise das manifestações

61. As manifestações apresentadas pela UFRPE elidem a referida irregularidade, pois ao proceder à revisão e ajustes no contrato para atribuir um critério de medição objetivo baseado em Quadro de Eventos, Prazos e Pagamentos, a referida interessada afasta as impropriedades e diminui os riscos identificados pela equipe de auditoria.

62. A formalização mediante termo aditivo de metodologia de medição que contemple o cronograma de execução, com as etapas necessárias à medição, ao monitoramento e ao controle das obras, com critério de aceitabilidade das etapas pré-estabelecidas e concluídas conforme relatado na manifestação, mostra-se suficiente para suprir a lacuna observada pela equipe de auditoria, de forma a atribuir um critério objetivo nos procedimentos de pagamentos do Contrato 19/2014 e atender ao disposto no art. 8º, § 2º, inciso I, do Decreto 7.581/2011.

63. No entanto, considerando-se que a elisão efetiva da irregularidade somente será alcançada com a formalização do devido ajuste contratual, é conveniente determinar à UFRPE que encaminhe a este Tribunal, documentação probante de forma a corrigir as irregularidades detectadas no item 3.2 do relatório de fiscalização, incorporando as modificações informadas em sua resposta à oitiva.

CONCLUSÃO

64. A presente instrução teve por objetivo analisar os argumentos trazidos pela UFRPE e pela Construtora Pottencial Ltda. em atendimento às oitivas determinadas pelo Ministro-Relator por meio de Despacho (peça 32), acerca de possíveis irregularidades relacionadas ao Contrato 19/2014, quais sejam: (i) deficiências na garantia de execução do contrato (achado III.1); (ii) pagamentos efetuados sem critérios objetivos definidos em edital ou contrato e em desconformidade com o Decreto 7.581/2011 (achado III.2).

65. Quanto às deficiências na garantia de execução contratual, os argumentos apresentados não afastam a referida irregularidade, posto que a fiança apresentada pela contratada não se mostra capaz de resguardar o erário de eventual descumprimento contratual, tampouco pode ser recepcionada como uma das modalidades de garantia prevista no § 1º do artigo 56 da Lei 8.666/1993,

pois além de não poder ser considerada fiança bancária, não tem a segurança proporcionada pelo controle do Banco Central do Brasil, circunstâncias que violam os normativos legais, em flagrante situação de risco ao interesse público.

66. *Pela análise realizada, ao se interpretar de forma extensiva o § 1º do artigo 56 de modo a tornar aceitável uma garantia não regulamentada que possa se mostrar incapaz de resguardar o erário de eventual descumprimento contratual, estar-se-ia afastando o interesse público e colocando encargos dispensáveis à Administração para obter rápida reposição de eventuais prejuízos que possa vir a sofrer em caso de inadimplemento das obrigações da contratada.*

67. *Nesse cenário, como medida acessória importante para resguardar a fiel execução contratual e sobretudo proteger a Administração de eventuais prejuízos financeiros causados por responsabilidade da construtora, a outra conclusão não se chega senão de que seja determinado à UFRPE que proceda a retenções parciais nos pagamentos devidos à contratada, calculadas, em cada medição, considerando a relação entre o valor previsto na cláusula 11.8 (5% do valor atualizado do contrato) e o saldo financeiro do contrato, a título de garantia na forma de caução, até o limite de 5% do valor pactuado atualizado, a serem depositadas em conta específica, com o objetivo de assegurar que, ao término de vigência, caso a empresa não honre os encargos assumidos, seu valor, somado ao da última fatura, assegure, se não o total, pelo menos grande parte dos gastos necessários para cobrir a conclusão do empreendimento, lembrando que essas parcelas retidas devem ser restituídas à contratada, corrigidas monetariamente, de modo semelhante à garantia na forma de caução, após o recebimento definitivo e a aceitação dos serviços.*

68. *Essa medida, além da preservação do erário e do fiel cumprimento das cláusulas contratuais e do disposto no § 1º do artigo 56 da Lei 8666/1993, à luz do interesse público, visa salvaguardar o andamento das obras e, conseqüentemente, a conclusão do empreendimento e a antecipação dos benefícios sociais e econômicos advindos. Adverte-se que eventual rescisão contratual e paralisação das obras acarretará prejuízos ainda maiores a Administração.*

69. *No tocante aos pagamentos efetuados sem critérios objetivos definidos em edital ou contrato e em desconformidade com o Decreto 7.581/2011, ponderou-se que os argumentos oferecidos são capazes de elidir a referida irregularidade. Como observado, a adoção de um critério de medição baseado em etapas da obra e no cronograma físico-financeiro pactuado, as quais serão remuneradas de maneira parcelada ao atingir os percentuais de execução pré-estabelecidos, atribui um critério objetivo necessário aos processos de pagamento, de modo a evitar eventuais cenários danosos a boa relação contratual.*

70. *Contudo, como a efetividade da medida sugerida pela UFRPE depende de formalização de correspondente ajuste contratual mediante termo aditivo, faz-se necessário determinar que seja encaminhado ao TCU no prazo de sessenta dias cópia do aludido ajuste, sem prejuízo de solicitar também que sejam encaminhados os três últimos boletins de medições da obra de forma a comprovar a adoção dos critérios de medição baseados nas etapas objetivamente estabelecidas.*

71. *Por outro lado, o fato questionado envolve indícios de desconpassos entre os pagamentos e o andamento da obra, por ocasião da auditoria realizada (itens 74 e 76 do Relatório de Auditoria 96/2017, peça 28, p. 13-14), o que, conforme registrado pela equipe, além de evidenciar inobservância a dispositivos legais, tais como os artigos art. 40, § 3º, e 42, § 5º, do Decreto 7.581/2011, pode provocar desequilíbrios do ajuste contratual pactuado.*

72. *Dessa forma, mostra-se necessário também a efetivação de determinação à Universidade Rural no sentido que seja realizado levantamento total da compatibilidade entre a execução física e financeira da obra e entre os serviços executados e os previstos na planilha contratual, com a apresentação a esta Corte, dentro do prazo de sessenta dias, dos resultados obtidos, com a indicação das providências adotadas e previstas para ajustar a situação aos termos da lei, caso confirmadas as falhas informadas, com todos os documentos técnicos comprobatórios, tais como memória de cálculos, relatórios, plantas, fotografias, levantamentos de campo e ofícios encaminhados. Faz-se*

necessário que este inventário seja realizado na obra como um todo, ante os indícios levantados nos autos acerca de eventuais deficiências das medições realizadas.

73. Importante ressaltar que, como não se verificou concretamente indícios de prejuízos no processo de pagamentos, à luz do princípio da razoabilidade, entende-se que os elementos obtidos até o momento não configuram situação com gravidade suficiente para ensejar a audiência dos responsáveis.

74. Por fim, convém registrar que a equipe de auditoria identificou que a opção pela execução das obras de construção da infraestrutura do campus da UACSA (Fase I) mediante o uso da contratação integrada não foi fundamentada nas vantagens técnicas e econômicas desse regime, conforme exigido pela Lei do RDC (art. 9º). Tampouco há o enquadramento do objeto dentre as opções fixadas nos incisos I a III desse mesmo artigo ou do art. 20, § 1º, incisos I e II da Lei 12.462/2011.

75. Dessa ocorrência, foi proposto no correspondente relatório de auditoria (peça 28) 'dar ciência' à UFRPE com vistas a evitar que semelhantes falhas se repitam em futuros procedimentos licitatórios realizados pela Universidade, ressaltando que a recorrência do achado poderá levar à proposição de medidas punitivas aos responsáveis.

76. Assim, como preliminarmente a qualquer medida do TCU foram realizadas as oitivas em exame, será incluída nesta instrução a proposta apresentada no item 121.2 do Relatório de Fiscalização 96/2017 referente ao achado III.3 de dar ciência à Universidade Federal Rural de Pernambuco de que a adoção da contratação integrada, de que trata a Lei 12.462/2011, sem a efetiva demonstração das vantagens técnicas e econômicas auferidas pela sua utilização comparativamente aos outros regimes previstos na legislação afrontou o disposto no art. 9º da Lei 12.462/2011 e na jurisprudência do TCU (Acórdãos 1.388/2016-Plenário, 4.661/2015-1ª Câmara, 1.850/2015-Plenário, 1.977/2013-Plenário, 3.569/2014-Plenário, 1.399/2014-Plenário e 1.510/2013-Plenário).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

77. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) determinar à Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE) com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

a.1) proceda retenções parciais dos pagamentos devidos à contratada nas medições imediatamente seguintes, relativas ao Contrato 19/2014, celebrado com a Construtora Pottencial Ltda (CNPJ 06.945.546/0001-00), até o limite de 5% do valor total pactuado atualizado, de modo a suprir a garantia de execução contratual a título de caução em dinheiro, conforme previsto na Cláusula Décima Primeira da referida avença e no § 1º do artigo 56 da Lei 8666/1993, com a apresentação a este Tribunal, por intermédio da Secretaria de Controle Externo no Estado de Pernambuco, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, dos documentos probatórios da referida medida; (achado III.1 do Relatório de Fiscalização 96/2017)

a.2) realize levantamento total da compatibilidade entre a execução física e financeira da obra e entre os serviços executados e os previstos no Contrato 19/2014, com a apresentação a esta Corte, por intermédio da Secretaria de Controle Externo no Estado de Pernambuco, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, dos resultados obtidos, acompanhado de todos os documentos técnicos comprobatórios, tais como memória de cálculos, relatórios, plantas, fotografias e levantamentos de campo, na forma prevista na Cláusula Nona do termo de contrato; (achado III.2 do Relatório de Fiscalização 96/2017)

a.3) no prazo de 60 (sessenta) dias encaminhe ao Tribunal de Contas da União, por intermédio da Secretária de Controle Externo no Estado de Pernambuco, documentação comprobatória de formalização dos ajustes contratuais necessários a contemplar critérios de medição objetivos baseados nas etapas de serviço de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra ou mediante as etapas pré-estabelecidas das obras, em atenção ao disposto nos arts. 8º, § 2º, inciso I; 40, § 3º; 42, § 5º; 66, § 2º, do Decreto 7.581/2011; (achado III.2 do Relatório de Fiscalização 96/2017)

b) com fundamento no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, dar ciência à Universidade Federal Rural de Pernambuco de que a adoção da contratação integrada, de que trata a Lei

12.462/2011, sem a efetiva demonstração das vantagens técnicas e econômicas auferidas pela sua utilização comparativamente aos outros regimes previstos na legislação, conforme identificado no edital do RDC-I 1/2013, afrontou o disposto no art. 9º da Lei 12.462/2011 e na jurisprudência do TCU (Acórdãos 1.388/2016-Plenário, 4.661/2015-1ª Câmara, 1.850/2015-Plenário, 1.977/2013-Plenário, 3.569/2014-Plenário, 1.399/2014-Plenário e 1.510/2013-Plenário), com vistas à adoção de providências internas que previnam a ocorrência de outras semelhantes; (achado III.3 do Relatório de Fiscalização 96/2017)

d) determinar à Secretária de Controle Externo no Estado de Pernambuco que monitore o cumprimento das determinações dispostas no item 77.a, nos termos do 243 do Regimento Interno do TCU; e

e) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido à UFRPE e à Construtora Pottencial Ltda (CNPJ 06.945.546/0001-00), destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso tenham interesse, o Tribunal pode encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos.”

É o relatório.

VOTO

Tratam os autos de relatório de auditoria realizada nas obras de construção da infraestrutura do Campus da Unidade Acadêmica do Cabo de Santo Agostinho (UACSA) da Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE), objeto do Contrato 19/2014, firmado com a Construtora Pottencial Ltda.

2. Mediante despacho, determinei a oitiva da UFRPE e da contratada para manifestação acerca dos seguintes achados consignados no relatório de fiscalização: (i) deficiências na garantia de execução do contrato; e (ii) pagamentos efetuados sem critérios objetivos definidos em edital ou contrato e em desconformidade com o Decreto 7.581/2011.

3. No tocante à garantia contratual, identificou-se que foi utilizada carta de fiança emitida pela empresa Maxximus Merchant Bank Consultoria de Negócios Ltda., modalidade que não consta do rol exaustivo de garantias admitidas no § 1º do art. 56 da Lei 8.666/1993, quais sejam: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.

4. As respostas à oitiva não lograram afastar a irregularidade.

5. A Universidade reconhece que a garantia apresentada pela contratada não equivale à fiança bancária elencada no referido dispositivo da Lei das Licitações e Contratos, já que a empresa emitente não é instituição financeira devidamente cadastrada no Banco Central do Brasil.

6. A construtora, por seu turno, afirma que a circunstância de estar em regime de recuperação judicial impossibilita a formalização de seguro-garantia ou de fiança fornecida por instituição bancária e que, ademais, não dispõe de condições financeiras de providenciar a garantia em forma de caução em dinheiro.

7. Reclama que a não aceitação do título oferecido, com base na interpretação literal do Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, acaba por afrontar a finalidade do instituto da recuperação judicial, na forma disciplinada na Lei 11.101/2005, e que a exigência de que apresente garantia em modalidades às quais as instituições financeiras e securitárias não lhe franqueiam acesso corresponde à criação de obstáculo intransponível à continuidade da presente contratação e à celebração de contratos com a Administração Pública, inviabilizando, na prática, a superação da difícil situação de crise econômico-financeira em que se encontra e o alcance do plano de recuperação aprovado com esse fim.

8. Diante disso, defende a aplicação ao presente caso de uma interpretação extensiva do art. 56, § 1º, inciso III, da Lei 8.666/1993, com a finalidade de validar a modalidade de garantia prestada.

9. Aduz, em acréscimo, que a carta de fiança apresentada é dotada da solidez e da segurança requeridas pelo legislador e corresponde ao instrumento de garantia que lhe é atualmente acessível, na condição de empresa em regime de recuperação judicial, e que os serviços fidejussórios da Maxximus são de grande aceitação e já foram prestados a diversas instituições públicas e privadas, “inclusive o próprio TCU”, e que a aludida instituição fidejussória foi responsável por carta de fiança assecuratória referente às obras das Olimpíadas do Rio de Janeiro.

10. Menciona ainda jurisprudência do TCU e do STJ, segundo as quais não devem ser exigidas de empresas com plano de recuperação judicial já aprovado pelo Judiciário, em meio a certames licitatórios, documentos a que essas empresas sabidamente não têm acesso, tais como “certidão negativa de falência ou concordata”.

11. Por fim, busca demonstrar que, no caso concreto, a imposição de uma exegese literal e restritiva das modalidades de fiança admissíveis acarretará riscos maiores à Administração, tanto mais diante de uma eventual rescisão contratual.

12. Na instrução à peça 45, transcrita no relatório precedente, a Unidade Técnica expõe as razões pelas quais os argumentos da contratada não podem, em sua essência, ser acolhidos.

13. Sustenta que o § 1º do artigo 56 da Lei 8.666/1993 expressa com clareza que, para o legislador, a natureza bancária da instituição que concede a fiança é fator essencial à garantia fiduciária das

contratações públicas, entendimento fartamente corroborado pela jurisprudência e pela doutrina, que apontam para a necessidade de interpretação literal da norma.

14. Concordo com a análise feita pela Unidade Técnica, porquanto de fato inexistente fundamento a justificar uma leitura flexível do dispositivo legal, como pleiteado.

15. A propósito dos julgados mencionados pela contratada, de tribunais superiores e também do TCU (Acórdão 8.271/2011-2ª Câmara), referem-se à exigência de apresentação, em certames licitatórios, de certidão negativa de recuperação judicial, a qual vinha sendo feita com base no inciso II do art. 31 da Lei 8.666/1993, que requer “certidão negativa de falência ou concordata” (grifei) na documentação relativa à qualificação econômico-financeira. A inclusão desse tipo de exigência em editais tinha por base o fato de o regime da recuperação judicial, instituído pela Lei 11.101/2005, ter sucedido a concordata, regida pelo Decreto-Lei 7.661/1945, que foi revogado pela Lei 11.101/2005 e à luz do qual foi editada a Lei 8.666/1993.

16. As decisões trazidas, fundadas no entendimento de que o instituto da recuperação judicial tem características próprias que o diferem da concordata e, portanto, seria imprópria a sua aplicação, por analogia, no inciso II do art. 31 da Lei 8.666/1993, consideraram ilegal a imposição de tal requisito, de que decorre a impossibilidade de participação em contratações públicas de qualquer empresa que esteja sob o regime, implicando afronta aos objetivos da Lei 11.101/2005 e do instituto de viabilizar o restabelecimento econômico-financeiro de empresas com dificuldades de adimplemento de suas dívidas. Vale notar que, no âmbito desta Corte de Contas, os julgados têm sido no sentido de que, para concorrentes em recuperação judicial, o atendimento da Lei 8.666/1993 ocorre mediante a apresentação de certidões emitidas pela instância judicial competente atestando a aptidão econômica e financeira da empresa para participar de procedimento licitatório.

17. Não se extrai daí, contudo, alguma licença aos órgãos públicos para aceitarem dos fornecedores que estejam sob o regime garantias diferentes das requeridas dos demais. Parece lógico inferir que empresas em recuperação judicial encontrem dificuldades na obtenção de garantias, provavelmente maiores que as enfrentadas por outros concorrentes, mas, não lhes sendo impossível a apresentação das salvaguardas elencadas no § 1º do art. 56 da Lei 8.666/1993, uma flexibilização da interpretação do regramento significaria a concessão a essas empresas de prerrogativas e distinções não previstas em lei que certamente implicariam o ferimento do princípio da isonomia.

18. Evidente também que não vem ao caso a alegada solidez da fiança oferecida, porquanto, não dispondo o Administrador da discricionariedade de aceitar a modalidade da garantia, que dirá de avaliar a idoneidade do emitente e decidir quanto à sua qualidade e segurança.

19. Quanto à alegação de que cartas de fianças emitidas pela Maxximus Merchant Bank Consultoria de Negócios Ltda. foram aceitas por instituições públicas, nada foi juntado aos autos para demonstrar a admissão desse tipo de garantia em contratações públicas, não tendo sido tampouco identificada a celebração de contrato nessas condições no âmbito do TCU, até porque a Portaria TCU 128/2001, que dispõe sobre a licitação e a execução de contratos de serviços firmados nesta Casa, deixa clara a necessidade de que a fiança seja prestada por agente autorizado pelo Banco Central, o que não é o caso da Maxximus.

20. Há de se reconhecer, todavia, e isso foi bem levantado pela contratada, que na situação concreta a rescisão contratual não parece ser a solução que melhor resguarda o interesse e o patrimônio públicos.

21. Com efeito, por volta de um terço dos serviços contratados já foi executado e a notícia que se tem, trazida pela equipe de auditoria, é que o avanço físico da obra encontra-se proporcionalmente à frente dos valores pagos, sobretudo quando se levam em conta os serviços de movimentação de terra, drenagem, proteção de taludes e redes externas.

22. Nesse contexto, sendo fortes os indícios de que a paralisação das obras acarretará prejuízos à Administração, e diante da mencionada dificuldade de a contratada, no atual momento, formalizar um contrato de fiança bancária ou seguro-garantia ou apresentar caução em dinheiro, a Secex/PE sugere que a garantia de execução seja satisfeita por meio da retenção de valores nos pagamentos devidos à

contratada, até o limite de 5% do montante pactuado. Para não prejudicar a execução contratual, e sopesando a situação financeira da construtora, sugere que as retenções sejam feitas como um percentual de cada medição, calculado na proporção entre o valor previsto na cláusula 11.8 (5% do valor atualizado do contrato) e o saldo financeiro do contrato, a serem depositadas em conta específica, corrigidas e restituídas à contratada de modo semelhante à garantia na forma de caução.

23. De minha parte, não vejo óbices a tal encaminhamento.

24. Existe uma quase certeza de que a rescisão contratual implicará custos relevantes à UFRPE, decorrentes de atrasos na conclusão do empreendimento e nos benefícios sociais e econômicos resultantes, situação que justifica o seguimento da execução da avença, a despeito dos riscos inerentes à deficiência na garantia utilizada.

25. A solução proposta, por sua vez, foi a forma encontrada de se evitarem tais dispêndios adicionais e a interrupção das obras que vêm sendo executadas a contento, buscando-se, ao mesmo tempo, alguma proteção à Administração de possíveis prejuízos relacionados a eventual inadimplemento das obrigações contratuais por parte da contratada.

26. Foi relatado pela Secex/PE o interesse tanto da UFRPE como da construtora em resolver a questão, sendo certo que, quando da elaboração da proposta, já se sabia da necessidade de apresentação de garantias prescritas em lei e, portanto, dos seus respectivos custos.

27. Não se pode deixar de mencionar, contudo, a excepcionalidade da solução alvitada, admissível somente diante da situação concreta, nem de quão temerária foi a atuação dos dirigentes da UFRPE ao aceitarem, em razão de conveniências específicas, garantia não prevista em lei, que pode não ser capaz de proteger o erário de eventual descumprimento contratual.

28. Convém, portanto, com vistas a evitar esse tipo de ocorrência em novas contratações, dar ciência à universidade de que a fiança bancária disposta no art. 56, § 1º, inciso III, da Lei 8.666/1993 deve ser emitida por instituição financeira autorizada a operar pelo Banco Central do Brasil.

29. Veja-se ainda o entendimento do Tribunal trazido pela Unidade Técnica, expresso no voto condutor do Acórdão 859/2006-Plenário, segundo o qual *“o agente público que deixa de exigir da contratada a prestação das garantias contratuais, conforme previsto no art. 56 da Lei 8.666/1993, responde pelos prejuízos decorrentes de sua omissão, bem como às penas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992”*.

30. Evidente que se insere nesse contexto a aceitação de garantia não elencada no referido dispositivo legal, razão pela qual se faz pertinente dar ciência também disso à UFRPE.

31. Quanto ao outro achado de auditoria tratado na oitiva, qual seja, a realização de pagamentos sem critérios objetivos definidos em edital ou contrato e em desconformidade com o Decreto 7.581/2011, as respostas acostadas informam que foram feitos ajustes e revisões na avença com vistas à adoção de um critério de medição baseado em etapas da obra e no cronograma físico-financeiro pactuado. Trata-se de providência que elide a irregularidade, cabendo, de qualquer forma, para que reste comprovada a sua efetiva implementação, cobrar da UFRPE que encaminhe ao TCU cópias dos termos aditivos contratuais que incorporaram os referidos ajustes, bem como os três últimos boletins de medições da obra.

32. Cabe, também, ante os indícios levantados nos autos acerca de eventuais deficiências das medições, determinar a realização de um levantamento total da compatibilidade entre a execução física e financeira da obra e entre os serviços executados e os encontrados na planilha contratual, na forma proposta pela Unidade Técnica.

33. Por fim, deve-se dar ciência à UFRPE do achado III.3 do Relatório de Fiscalização 96/2017, em relação ao qual não houve proposição de oitiva, consistente na adoção da contratação integrada, de que trata a Lei 12.462/2011, sem a efetiva demonstração das vantagens técnicas e econômicas auferidas pela sua utilização comparativamente aos outros regimes previstos na legislação, em desconformidade com ao disposto no art. 9º da Lei 12.462/2011 e na jurisprudência do TCU.



Ante o exposto, concordando na íntegra com a análise da Secex/PE, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto a este Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 8 de novembro de 2017.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator

ACÓRDÃO Nº 2467/2017 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 008.036/2017-9
2. Grupo I - Classe de Assunto: V - Relatório de Auditoria
3. Interessados: Congresso Nacional e Construtora Pottencial Ltda. (CNPJ 06.945.546/0001-00)
4. Unidade: Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE)
5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secex/PE
8. Advogado constituído nos autos: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria realizada nas obras de construção da infraestrutura do Campus da Unidade Acadêmica do Cabo de Santo Agostinho (UACSA) da Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE), objeto do Contrato 19/2014.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 243 e 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU e no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, em:

9.1. determinar à Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE) que:

9.1.1 proceda a retenções parciais nos pagamentos devidos à contratada nas medições imediatamente seguintes, relativas ao Contrato 19/2014, celebrado com a Construtora Pottencial Ltda., até o limite de 5% do valor total pactuado atualizado, de modo a suprir a garantia de execução contratual a título de caução em dinheiro, conforme previsto na Cláusula Décima Primeira da referida avença e no § 1º do artigo 56 da Lei 8666/1993, calculadas, em cada medição, considerando-se a proporção entre o valor previsto na cláusula 11.8 (5% do valor atualizado do contrato) e o saldo financeiro do contrato, apresentando a este Tribunal, por intermédio da Secretaria de Controle Externo no Estado de Pernambuco, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, os documentos probatórios da referida medida;

9.1.2 realize levantamento total da compatibilidade entre a execução física e financeira da obra e entre os serviços executados e os previstos no Contrato 19/2014, apresentando a esta Corte, por intermédio da Secretaria de Controle Externo no Estado de Pernambuco, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, os resultados obtidos, acompanhados de todos os documentos técnicos comprobatórios, tais como memórias de cálculo, relatórios, plantas, fotografias e levantamentos de campo, na forma prevista na Cláusula Nona do termo de contrato;

9.1.3 no prazo de 60 (sessenta) dias, encaminhe ao Tribunal de Contas da União, por intermédio da Secretaria de Controle Externo no Estado de Pernambuco, documentação comprobatória de formalização dos ajustes contratuais necessários a contemplar critérios de medição objetivos baseados nas etapas de serviço de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra ou mediante as etapas pré-estabelecidas das obras, em atenção ao disposto nos arts. 8º, § 2º, inciso I; 40, § 3º; 42, § 5º; e 66, § 2º, do Decreto 7.581/2011;

9.2. dar ciência à Universidade Federal Rural de Pernambuco de que:

9.2.1. a adoção da contratação integrada, de que trata a Lei 12.462/2011, sem a efetiva demonstração das vantagens técnicas e econômicas auferidas pela sua utilização comparativamente aos outros regimes previstos na legislação, conforme identificado no edital do RDC-I 1/2013, afrontou o disposto no art. 9º da Lei 12.462/2011 e na jurisprudência do TCU (Acórdãos 1.388/2016-Plenário, 4.661/2015-1ª Câmara, 1.850/2015-Plenário, 1.977/2013-Plenário, 3.569/2014-Plenário, 1.399/2014-Plenário e 1.510/2013-Plenário);

9.2.2. a fiança bancária prevista no art. 56, § 1º, inciso III, da Lei 8.666/1993 deve ser emitida por instituição financeira autorizada a operar pelo Banco Central do Brasil;

9.2.3. a não exigência de prestação das garantias contratuais, conforme disposto no art. 56 da Lei 8.666/1993, tanto quanto a aceitação de modalidades de garantia ali não previstas, podem levar à responsabilização do agente público por eventuais prejuízos decorrentes de sua omissão, bem como às penas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992;

9.3. determinar à Secretária de Controle Externo no Estado de Pernambuco que monitore o cumprimento das determinações dispostas no item 9.1;

9.4. enviar cópia deste acórdão à UFRPE e à Construtora Pottencial Ltda.

10. Ata nº 45/2017 – Plenário.

11. Data da Sessão: 8/11/2017 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2467-45/17-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro (Relator), Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral