

GRUPO II – CLASSE ____ – Plenário

TC 008.937/2016-8

Natureza: Relatório de Auditoria

Órgãos/Entidades: Fundo Nacional de Saúde - MS; Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro; Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro

Responsável: José Iran Peixoto Júnior (449.321.627-15);

Interessados: Congresso Nacional (vinculador); Volume Construções e Participações Ltda.

Representação legal: José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto (83795/OAB-RJ) e outros, representando Volume Construções e Participações Ltda.

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. FISCOBRAS/2016. CONSTRUÇÃO DO HOSPITAL REGIONAL NO MUNICÍPIO DE QUEIMADOS/RJ. SUPERESTIMATIVA DE QUANTITATIVOS NA PLANILHA ORÇAMENTÁRIA. OITIVAS. CLASSIFICAÇÃO DO INDÍCIO DE IRREGULARIDADE COMO IG-P. AUDIÊNCIA. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. RESCISÃO DO CONTRATO. RECLASSIFICAÇÃO DA IRREGULARIDADE COMO IG-C. COMUNICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL.

RELATÓRIO

Reproduzo instrução lavrada no âmbito da Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro – Secex-RJ (peça 150), cujo encaminhamento contou com a concordância do corpo dirigente da mencionada unidade técnica (peças 151 e 152):

“INTRODUÇÃO

1. *Trata-se de relatório de auditoria de conformidade realizada pela Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (Secex-RJ), no âmbito do Fiscobras/2016, com vistas a fiscalizar a Construção do Hospital Regional em Queimados/RJ (PT 10.302.2015.8535.0033/2016 - Estruturação de Unidades de Atenção Especializada em Saúde no estado do Rio de Janeiro), em cumprimento ao Acórdão 664/2016-TCU-Plenário.*

HISTÓRICO

2. *O referido ajuste foi pactuado entre o Ministério da Saúde, representado pela Caixa Econômica Federal, e a Secretaria de Estado da Saúde do Rio de Janeiro, tendo como interveniente o governo fluminense. O citado instrumento previu o aporte de R\$ 90.000.000,00 para execução do empreendimento, sendo R\$ 72.000.000,00 provenientes da União e outros R\$ 18.000.000,00, relativos à contrapartida estadual, possuindo vigência até 30/6/2017 (peça 11 e 13).*

3. *Convém salientar que, com a anuência do concedente, a Secretaria de Saúde sub-rogou o Contrato de Repasse 0375.088-77/2011 para a Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro (Seobras) (peça 13), que realizou a Concorrência 022/2014 (peça 15), concluída em 22/7/2015 (peça 17), da qual resultou o Contrato 029/2015/SEOBRAS, firmado em 18/8/2015, no valor de*

R\$ 66.803.752,36 (data-base: set/2014) (peça 21).

4. A equipe de fiscalização do TCU relatou, como limitação inerente à auditoria, o fato de a Caixa Econômica Federal (CEF) não ter feito a análise definitiva de documentação apresentada pela Seobras corrigindo “divergências entre as quantidades da planilha orçamentária do Projeto Básico e as quantidades levantadas nas plantas técnicas do projeto, assim como a previsão de itens indevidos”, o que já havia sido considerado irregular pela CEF (peça 77).

5. Durante os trabalhos de auditoria, foram identificados dois indícios de irregularidade: quantitativos inadequados na planilha orçamentária e ausência de cadastramento de contrato no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais-Siasg, ambas tipificadas como falhas/impropriedades (peça 77).

6. No que tange ao primeiro achado de auditoria, relatou a equipe de fiscalização que a Caixa Econômica Federal, ao realizar análise do orçamento-base da contratação do citado nosocômio, apurou relevantes divergências quantitativas entre os projetos e a planilha orçamentária que resultaram na indicação de glosa de R\$ 9.018.040,47, conforme registrado no Laudo de Análise Técnica de Engenharia - LAE 094/2014, de 18/6/2014 (peça 77).

7. Ainda assim, em 28/11/2014, a Seobras lançou a Concorrência 022/2014 sem corrigir as divergências apontadas pela Caixa Econômica Federal nos quantitativos de serviços. Por esse motivo, nova análise realizada pela mandatária da União considerou o procedimento licitatório inapto, embora tenha reduzido o valor da superestimativa de quantitativos para R\$ 4.750.072,53 (peça 75).

8. Respondendo a questionamento formulado pela equipe de auditoria, a Seobras informou que deu continuidade ao procedimento licitatório porque o TCE-RJ já havia autorizado sua realização, o que exigiria novo exame daquela Corte Estadual de Contas caso os ajustes requeridos pela Caixa Econômica Federal fossem efetuados à época (peça 74).

9. Em vista do exposto, a equipe de auditoria, com anuência do Sr. Secretário da Secex-RJ, formulou propostas no relatório de fiscalização determinando à Caixa Econômica Federal que encaminhasse ao TCU, no prazo de 30 dias, manifestação conclusiva sobre a adequação do processo de contratação do Hospital de Queimados/RJ, informando a eventual formalização contratual que comprovasse o saneamento da referida divergência, bem como a planilha orçamentária detalhada correspondente (peça 77).

10. O supervisor da fiscalização, com anuência do dirigente da SeinfraUrb, que se manifestou nos termos do subitem 9.5.1 do Acórdão 664/2016-Plenário, propôs um encaminhamento adicional, no sentido de constituir um processo de monitoramento com o intuito de a Secex-RJ acompanhar o cumprimento da referida deliberação, bem como realizar a análise dos quantitativos e dos preços contratados dos serviços mais relevantes do empreendimento (peça 78).

11. Em Despacho de peça 81, o Exmo. Ministro Relator Benjamin Zymler manifestou discordância quanto à classificação do indício de irregularidade pela equipe de auditoria, pois, considerou que a situação encontrada de existência de valor a ser glosado e o valor total contratado possuíam potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros, assim como poderiam ensejar nulidade de procedimento licitatório ou de contrato, nos termos do art. 117, §1º, inciso IV, da Lei 13.242/2015 (LDO/2016). Desse modo, deliberou no sentido de que os indícios de irregularidade quais deveriam ser classificados como “indícios de irregularidades graves com recomendação de paralisação - IG-P”, e não como “falhas/impropriedades”.

12. Ainda segundo o Ministro Relator, o §4º do art. 7º da Lei 8.666/1993 veda a inclusão no objeto da licitação de quantitativos que não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo. A infringência desta disposição, conforme previsto no §6º do mesmo artigo, pode resultar na nulidade dos atos ou contratos realizados, bem como a responsabilidade de quem lhes tenha dado

causa.

13. Ademais, em linha com o entendimento do supervisor da fiscalização está a se tratar de um sobrepreço por quantitativos excessivos, que só não foi materializado em um dano efetivo pela ação diligente da instituição mandatária da União. Agrava a situação o fato de que a obra estava em andamento – embora ainda não tivesse recebido o efetivo aporte de recursos federais – com sobrepreço representando percentual significativo do valor contratado.

14. Diante disso, por determinação do Exmo. Ministro Relator, nos termos do art. 117, §9º, da Lei 13.242/2015, foi dado prazo para manifestação preliminar de quinze dias à Seobras para se pronunciar sobre o aludido achado de auditoria antes de ser feita comunicação de IG-P à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

15. Sopesando que futura deliberação desta Corte de Contas poderia resultar no bloqueio dos recursos destinados ao Contrato 029/2015/SEOBRAS e/ou fixar prazo para que o órgão contratante promovesse a anulação do ajuste ou correção das quantidades discrepantes, o Exmo. Ministro Relator também determinou oitiva da empresa contratada, Volume Construções e Participações Ltda., para que, caso desejasse, se manifestasse sobre o referido achado de auditoria

16. Foi ainda determinada audiência dos responsáveis pelo indício de infração ao art. 7º, §4º, da Lei 8.666/1993, uma vez a Seobras fez a concorrência tendo conhecimento de que o orçamento estimativo continha discrepâncias de quantitativos, conforme apontado pela CEF. O Exmo. Ministro Relator considerou que o exame dessa audiência poderia ser realizado “em momento processual oportuno, após o controle objetivo do indício de irregularidade”.

17. Em nova instrução (peça 96), a Secex-RJ informou que a Seobras deixou transcorrer in albis o prazo concedido para sua oitiva. Por sua vez, manifestação da Volume Construções e Participações Ltda. não elidiu a presente irregularidade. Ao contrário, aduziu que impugnou o edital de licitação em face de diversas desconformidades verificadas entre as planilhas orçamentárias, memórias de cálculo e os projetos do empreendimento, demonstrando que o órgão licitante teve ciência de parte das irregularidades observadas antes de dar andamento à licitação.

18. A empresa contratada ainda afirmou que todos os atos irregulares são atribuídos aos órgãos que participaram da elaboração/aprovação da planilha orçamentária e do certame e concluiu que: “a solução para a manutenção do contrato 029/2015 parece a mais razoável, evitando-se a realização de nova licitação que demandaria mais tempo e gasto aos cofres públicos, além de se tratar de uma obra de notória relevância para a população local” (peça 94, fl. 8)

19. A Caixa Econômica Federal, por sua vez, informou que a Seobras comunicou que houve rescisão amigável com a empresa contratada, bem como a adoção de providências para atualização da documentação técnica para análise com vistas à nova licitação.

20. Dessa forma, a unidade técnica, baseada em entendimento adotado em caso supostamente análogo tratado no Acórdão 1.289/2015- Plenário, considerou cabível a alteração de classificação de IG-P para IG-C (indício de irregularidade grave que não prejudique a continuidade), uma vez que o indício de sobrepreço ensejaria a realização de audiência dos responsáveis para posterior aplicação de multa, se for o caso (peça 96).

21. O Exmo. Ministro Relator informou em seu voto (peça 99) que deixaria de acolher a proposta acima, pois não foi juntada aos autos a documentação comprobatória do distrato relatado pela Caixa Econômica Federal, o que demonstraria não se tratar de circunstâncias fáticas exatamente análogas ao Acórdão 1.289/2015-Plenário. Ressalta-se que, mesmos após pesquisas no Diário Oficial da União e na imprensa oficial do Estado do Rio de Janeiro, o gabinete do Exmo. Ministro Relator não obteve prova da citada rescisão contratual.

22. Nesse sentido, o Exmo. Relator considerou que a irregularidade deveria ser classificada

como IG-P, bem como fosse comunicada à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que foram apurados indícios de irregularidades graves que recomendavam a paralisação do empreendimento.

23. O Exmo. Relator ainda ponderou sobre a possibilidade jurídica da rescisão amigável do contrato em análise, uma vez que não considerava adequada a suposta solução dada. Conforme entendimento do Tribunal, consubstanciados nos Acórdãos 3.567/2014 e 740/2013, ambos do Plenário, a rescisão amigável prevista na Lei 8.666/1993 tem aplicação restrita, uma vez que não é cabível quando configurada outra hipótese que dê ensejo à rescisão e somente pode ocorrer quando for conveniente para a Administração. Por conseguinte, não pode resultar em prejuízo para o contratante. Sendo necessária a execução do objeto, não cabe ao gestor, discricionariamente, autorizar o término do contrato.

24. Basicamente, a Lei 8.666/1993 limita a rescisão aos casos de inexecução contratual (por parte do contratado), de prática de atos por parte da administração que inviabilizem a atuação da contratada, por atrasos nos pagamentos (superiores a 90 dias) e razões de interesse público. Além disso, o art. 79 da Lei 8.666/1993 prevê a possibilidade de rescisão amigável do contrato administrativo, caso haja interesse da administração.

25. Assim sendo, segundo o Exmo. Ministro Relator, é difícil imaginar rescisão amigável em um objeto de elevada relevância social como a construção do Hospital de Queimados, salvo se o gestor estiver se valendo desse expediente para solucionar pendências com a empresa contratada, o que seria um desvio de finalidade.

26. Sendo necessária a construção do hospital, não pode o gestor, discricionariamente, autorizar o término do contrato. E, caso a contratada não esteja desempenhando suas atribuições a contento, é dever do gestor aplicar as sanções previstas nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/1993. Por outro lado, constatada ilegalidade no procedimento licitatório, o instituto aplicável é o da anulação do contrato, previsto nos arts. 49 e 59 da Lei de Licitações e Contratos.

27. Conclui o Relator que, no caso examinado, em que se está diante de uma contratação com superestimativa de quantitativos, cabe a anulação do contrato, com base no art. 7º, §§ 4º e 6º, da Lei 8.666/1993, ou a celebração de termo de aditamento contratual suprimindo os serviços desnecessários ou cujos quantitativos encontram-se acima dos levantados a partir dos projetos executivos.

28. Com relação às audiências, o Exmo. Ministro Relator acolheu a proposta de audiência do Sr. José Iran Peixoto Júnior, Secretário de Estado de Obras do Rio de Janeiro, para que apresentasse razões de justificativa por ter celebrado o ajuste em apreciação com base em planilha orçamentária contendo superestimativa de quantitativos, infringindo o art. 7º, §4º, da Lei 8.666/1993, a despeito de tal fato ter prévio conhecimento do fato.

29. Porém, divergiu da proposta da unidade técnica de realizar a audiência dos integrantes da comissão de licitação responsável pela Concorrência 022/2014, isto porque, segundo o Relator, a responsabilidade desses gestores pelo achado de auditoria não está bem delineada, uma vez que não se pode atribuir à Comissão de Licitação os erros nos quantitativos da planilha orçamentária, pois o projeto foi elaborado por empresa contratada e revisado pela Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro (Emop).

30. Segundo o Relator, a Comissão de Licitação apenas processou a Concorrência 022/2014, pois todas as análises técnicas envolvendo o certame foram realizadas pela Emop, como se observa na resposta à impugnação do edital pela empresa Volume, cujo exame ocorreu no âmbito da Emop (peça 63). Igualmente, o recurso interposto pela empresa contra a habilitação de outras licitantes foi analisado por engenheiro do quadro da Seobras, cujo parecer foi solicitado pela Comissão de Licitação (peça. 64). Assim, não se pode concluir que a Comissão de Licitação tivesse conhecimento das impropriedades apontadas no Laudo de Análise Técnica de Engenharia produzido pela Caixa

Econômica Federal.

31. *Dessa forma, o Plenário do TCU, por meio do Acórdão 2612/2016-TCU-Plenário, prolatou a seguinte decisão:*

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

*9.1. com fulcro no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/1992, promover a **audiência do Sr. José Iran Peixoto Júnior, Secretário de Estado de Obras do Rio de Janeiro**, para que, no prazo de quinze dias, apresente razões de justificativa por ter celebrado o Contrato 029/2015/SEOBRAS, em 18/8/2015, com a empresa Volume Construções e Participações Ltda., com base em planilha orçamentária contendo superestimativa de quantitativos, infringindo o art. 7º, §4º, da Lei 8.666/1993, a despeito de tal fato ter sido previamente apontado pelo Laudo de Análise Técnica de Engenharia - LAE nº 094/2014, de 18/6/2014;*

*9.2. com fundamento no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal c/c art. art. 45 da Lei 8.443/1992, fixar prazo de 15 (quinze) dias para que a **Secretaria de Estado de Obras do Estado do Rio de Janeiro** adote as providências necessárias ao cumprimento da Lei, **promovendo a anulação do Contrato 029/2015/SEOBRAS ou celebrando termo de aditamento contratual** com vistas a sanear as impropriedades apontadas pelo Laudo de Análise Técnica de Engenharia - LAE nº 094/2014, de 18/6/2014;*

*9.3. determinar à **Caixa Econômica Federal** que se **abstenha de liberar os recursos** do Contrato de Repasse 0375.088-77/2011/Ministério da Saúde/Caixa (Siafi 768473) até ulterior decisão desta Corte de Contas;*

9.4. comunicar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que foram apurados indícios de irregularidades graves que se enquadram no disposto no inciso IV do § 1º do art. 112 da Lei 13.080/2015 (LDO 2015), apontados no Contrato de Repasse 0375.088-77/2011/Ministério da Saúde/Caixa (Siafi 768473) e no Contrato 029/2015/SEOBRAS, relativos à construção de Unidade de Saúde para Estruturação da Rede de Serviços de Atenção Especializada em Saúde, em Queimados/RJ, com potencial dano ao erário de R\$ 4.750.072,53;

*9.5. **determinar à Secex-RJ** que adote as seguinte medidas, ficando autorizada a realizar as diligências e inspeções que entender necessárias:*

9.5.1. reclassifique o achado III.1 do relatório de fiscalização para “IG-P” no Sistema Fiscalis;

*9.5.2. **verifique as medidas adotadas pela Seobras em atendimento ao subitem 9.2 desta deliberação e/ou se houve a efetiva rescisão do Contrato 029/2015/SEOBRAS, juntando aos autos a documentação comprobatória;***

9.6. enviar cópia desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro; ao Fundo Nacional de Saúde e à Gerência Executiva de Governo no Rio de Janeiro da Caixa Econômica Federal (GIGOV/RJ) (grifos nossos)

32. *Visando dar prosseguimento ao processo, a Secex-RJ efetuou as comunicações destacadas na tabela abaixo, bem como recebeu as seguintes respostas.*

Tabela 1 - Comunicações e respostas processuais efetuadas em decorrência do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário

Ofício	Data	Peça	Destinatário	Acórdão 2.612/2016-Plenário	Deliberação	Ciência	Peça	Resposta (peça)	Data
3436/2016	03/11/2016	107	GIGOV/RJ	9.6	Ciência	21/11/2016	109	-	-
3433/2016	03/11/2016	108	Seobras	9.2	Determinação	21/11/2016	110	-	-
3434/2016	03/11/2016	111	Caixa Econômica Federal	9.3	Determinação	25/11/2016	116	115	29/11/2016
3435/2016	03/11/2016	112	Fundo Nacional da Saúde	9.6	Ciência	25/11/2016	117	122	21/12/2016
3432/2016	03/11/2016	113	José Iran Peixoto	9.1	Audiência	30/11/2016	118	120	16/12/2016

			<i>Júnior</i>						
3437/2016	04/11/2016	114	Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro	9.6	Ciência	28/11/2016	119	-	-

33. *Em instrução anterior, a Secex-RJ verificou que havia necessidade de coletar documentação probatória suporte visando confirmar as alegações suscitadas pela Caixa Econômica Federal e Seobras, no âmbito da verificação do cumprimento das deliberações constantes nos subitens 9.2 e 9.3 do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário.*

34. *Nesse sentido foi realizada inspeção visando sanear o presente processo, autorizada por meio da Portaria de Fiscalização 34, de 30 de janeiro de 2014 (peça 126).*

35. *Dessa forma a presente instrução, além de averiguar o cumprimento das determinações prolatadas à Seobras e à Caixa Econômica Federal, irá realizar a análise da audiência efetuada no âmbito do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário.*

EXAME TÉCNICO

36. *A seguir, será verificada o cumprimento das determinações e, analisada a audiência efetuada no âmbito do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário.*

DETERMINAÇÃO 9.2. *com fundamento no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal c/c art. art. 45 da Lei 8.443/1992, fixar prazo de 15 (quinze) dias para que a Secretaria de Estado de Obras do Estado do Rio de Janeiro adote as providências necessárias ao cumprimento da Lei, promovendo a anulação do Contrato 029/2015/SEOBRAS ou celebrando termo de aditamento contratual com vistas a sanear as impropriedades apontadas pelo Laudo de Análise Técnica de Engenharia - LAE nº 094/2014, de 18/6/2014;*

37. *A Secretaria de Estado de Obras do Estado do Rio de Janeiro foi diligenciada na pessoa de seu Secretário, o senhor José Iran Peixoto Junior, por meio do Ofício 3433/2016-TCU/Secex-RJ (peça 108) visando tomar conhecimento da determinação exarada no subitem 9.2 do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário. A ciência da referida comunicação ocorreu em 21/11/2016 (peça 110), porém não houve resposta.*

38. *Ressalta-se, entretanto, que o Sr. José Iran Peixoto Junior apresentou suas razões de justificativas em decorrência da audiência prolatada no subitem 9.1 do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário, dessa forma se verificará as providências tomadas pelo gestor no âmbito desta resposta (peça 120).*

Providências do Gestor (peça 120)

39. *Após breve histórico, que será oportunamente transcrito, quando da análise das razões de justificativas, ressalta-se o subitem 2.4 apresentado pelo Sr. José Iran Peixoto Junior em suas razões de justificativas de forma a verificar o cumprimento do subitem 9.2 da Decisão monitorada (peça 120, p. 22/25).*

2.4 - A impossibilidade de se realizar um termo aditivo. A anulação mostra-se desproporcional (inadequada). Os efeitos da anulação do contrato são demasiados intensos e penosos. A saída recomendável e razoável é a rescisão.

É exatamente aquele juízo de prudência, somado ao dever de bem gerir os interesses sob os cuidados desta Secretaria de Estado, que deram terreno seguro para outra decisão administrativa importante: a de rescindir o acordo assinado.

As regras e princípios que dão lastro aos institutos de controle administrativo partem de uma premissa muito simples. O ataque total, parcial ou a desconsideração por completo das normas paradigmas do agir da Administração legitimam um reagir proporcional do ordenamento jurídico, que pune ou recomenda a adoção de posturas corretivas de acordo com as consequências do ato com ele incompatível.

O exemplo prático do instituto da anulação dos contratos administrativos é esclarecedor. Anular, no domínio do Direito, nada mais é do que punir - ou sancionar - àquele que viola uma norma de conduta com a sustação, em regra retroativa, dos efeitos do ato transgressor. O vício decorrente da reprovável conduta deve ser insanável, ou, quando muito, de difícil superação. No campo dos contratos públicos, a lei de regência impõe este dever ao gestor, o de anular, quando confirmado o pressuposto da "ilegalidade" - v. artigo 49, caput, da Lei Nacional n° 8.666, de 1993.

A "mancha" causada pela ilegalidade, no caso concreto, não estava (e ainda não está) confirmada - fato inclusive registrado pelo operoso corpo instrutivo deste Tribunal. A eventual "ilegalidade", se confirmada no fim do procedimento de análise dos técnicos da CAIXA, traria a já mencionada ordem de glosa e/ou aditamento contratual.

Como bem disse o item III, "Achados de auditoria": "(...) a empresa contratada iniciou a execução da obra, com a instalação dos tapumes de delimitação do terreno, instalação do canteiro de obras, a execução da terraplanagem e a instalação de estrutura de madeira ao redor da área da obra para a sua locação. Esses serviços totalizam aproximadamente 0,5% do valor total contratado. Após isso, houve suspensão do contrato até o saneamento das divergências com a CAIXA. Não houve nenhum repasse da CAIXA até o momento desta auditoria".

Lembre-se. Vícios insanáveis ou insuperáveis são aqueles que acompanham o consciente jurídico quando se pensa na anulação por "ilegalidade" das ações do gestor. Este obstáculo, isto é, o da divergência de quantidades, era tema em aberto - e superável - ao longo do contrato de obra. "Anular é punir". Na taxinomia do Direito Administrativo, o instituto é categorizado no tema "controle da administração" e vem acompanhado de um agir ou omissão adjetivado por "ilegal". Anular, além de limitar, é sinônimo de punição, tanto para o infrator como para o contemplado com o ato em tese desconforme.

Como aplicar uma sanção àquele que não inadimpliu ou sequer colaborou com o resultado? Sim, porque a consequência reconhecida pelo Plenário da Corte à decisão de publicar o edital com as pendências da CAIXA é exatamente a de desfazer, subitamente, o processo de licitação e o contrato de obra. Dada a licença, Srs. Ministros, julgamos que trilhar o caminho do anular não seria razoável.

Repetimos propositadamente as duas saídas naturais que se desenhariam após a pronúncia definitiva da CAIXA. A sociedade contratada, VOLUME CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA, teve custos com a mobilização do seu pessoal, de sua estrutura e na execução do serviço de terraplanagem. Exercer, unilateral e arbitrariamente, o poder de anular o arranjo sem que o contratado tenha dado causa ao vício - superável - se mostra como a última das medidas racionais a serem executadas dentro do particular universo que envolveu a construção do Hospital de Queimados.

A indefinição junto ao agente financiador e a suspensão definitiva do envio dos recursos que alimentariam o desenrolar do cronograma previsto para a obra não trouxeram outra solução que não aquela de desfazer o negócio. Este fato, o de não ter havido envio de recursos federais, revela a ausência de prejuízo com a saída adotada - a de rescisão unilateral.

A abrupta anulação do acordo, diante da dita ilegalidade do certame licitatório que a ele acompanhou, dentro do leque de instrumentos de controle reativos a um ato, fato ou situação cunhado de "ilegal" deve ser aquilatada da seguinte maneira: qual é, ou seria, a consequência prática da decisão? A consequência seria o retorno ao status quo anterior, que, em última instância, determina o desfazimento da obra já realizada e a devolução pelo contratado de tudo o que foi empregado de recursos pelo poder público.

Para o fim de evitar quaisquer discussões sobre os efeitos jurídicos da anulação do contrato administrativo, reputou-se por bem o desmanche unilateral da avença, reconhecendo ao contratado o direito a receber pelo período executado, sem a anulação do processo de licitação e de assinatura do acordo, que, como se viu, não se sabe até o presente momento ser "ilegal" e contaminado com "vício insanável ou insuperável".

O outro roteiro, o de realizar um aditivo ao contrato de obra, não mais existe. A discricionariedade do gestor, nesta hipótese, está "reduzida a zero".

O motivo é simples. Mesmo com o desacordo atual sobre quantos (e quais) os itens a suprimir, a esta altura, a alteração do objeto do contrato, unilateral ou consensual, quantitativa ou qualitativa seria capaz de extrapolar o limite percentual de 25 % (vinte e cinco por cento) trazido pela Lei Geral de Licitações (§ 1º do art. 65).

E não é só. Um possível juízo de exceção ao comando legal com fundamento na paradigmática Decisão n. 215/1999, proferida por esta Corte de Contas, não poderia sequer ser cogitado porque, sabidamente, o suporte fático (isto é, todos os acontecimentos narrados, dos empecilhos com a CAIXA à publicação do edital e à execução de parcela dos serviços do cronograma) não se subsumiria aos ônus cumulativos estampados naquele julgado.

*À vista disso, estimamos que o exercício do poder de rescisão unilateral representa a saída que melhor contempla todas as variantes do caso concreto. **Com apoio no inciso XII do art. 78 da Lei n. 8.666/93, a gestão da Secretaria de Estado de Obras deu início ao desfazimento unilateral do arranjo, como se lê dos documentos anexos.***

De mais a mais, a suspensão da transferência voluntária permanece até aqui. Hoje, não só o obstáculo ao prosseguimento da obra gerado pela inspeção da CAIXA e a persistência da dúvida sobre quais (e quantos) os bens e serviços afinal necessários, mas, também, o colapso nas contas públicas e os recentes processos de contenção de gastos e racionalização da atividade administrativa no Estado do Rio de Janeiro são os fatores preponderantes que impedem o seguir do empreendimento.

O planejamento do complexo hospitalar contemplou desde sempre o seu sustento com o envio regular de verbas preponderantemente federais, fato que não ocorreu.

"Ninguém se obriga ao impossível" O brocardo latino também encontra por aqui fértil campo de aplicação. À conta do que foi dito, a única saída para salvar a construção da unidade de saúde é materialmente inviável nos atuais dias de incerteza: não se vislumbra comprometer recursos exclusivamente estaduais para a continuação do projeto.

No balançar de olhos entre a drástica (e inadequada) medida de anulação de tudo o feito e a de rescindir, considerando o contexto de calamidade pública na administração financeira estadual e a falta de certeza sobre o envio dos recursos pela União, o gestor, não sem fundamentos, busca reconhecer a legitimidade do uso deste último expediente (grifo nosso)

40. *Para sustentar suas alegações, anexa os seguintes documentos, que serão detalhados quando da análise do cumprimento da deliberação em questão:*

- Parecer da Comissão de Fiscalização do Contrato SEOBRAS 029/2015 (item 46 da presente instrução - peça 142, p. 12 e 13)
- Ofício SEOBRAS/SUBPROG 276/2016 (item 47 da presente instrução - peça 142, p. 14 e 15)
- Resposta do representante legal da contratada - Notificação de Rescisão (item 48 a 51 da presente instrução - peça 142, p. 16 a 22)
- Ofício OF/SEOBRAS/SUBPROG 0305/2016 (item 52 da presente instrução - peça 142, p. 23 a 27)
- Ofício OF/SEOBRAS/SUBPROG 200/2016 (item 56 da presente instrução - peça 120, p. 39)
- Ofício 2540 GIGOV/RJ (item 63 da presente instrução)

Análise

41. *O Senhor José Iran Peixoto Junior não traz aos autos nenhuma documentação que comprove que foi implementada uma das soluções expostas na determinada 9.2 do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário, quais sejam, anulação ou repactuação do contrato.*

42. *Na verdade, o representante da Seobras informa que irá efetuar a rescisão unilateral, solução ainda não implementada, de acordo com os documentos anexados.*

43. *De forma a confirmar as últimas ações da Seobras e da Caixa Econômica Federal em relação ao empreendimento em estudo, foi realizada inspeção nestas duas entidades (peça 126).*

44. *Foi confirmado que não houve a autorização, emitida pela Caixa, para início de execução do objeto (peça 132), não havendo, portanto, nenhum Relatório de Acompanhamento de Engenharia*

emitido pela Caixa (peça 132) e nem movimentação bancária, conforme extrato (peça 131).

45. *Em consulta ao processo administrativo Seobras E-17/00/519/2014, processo que conduziu a licitação em estudo, mais precisamente ao volume 34 (peça 142), verifica-se que não houve evolução sobre o tema desde a resposta da audiência, tendo ocorrido as comunicações pontuadas no item 40 da presente instrução, a seguir detalhadas.*

46. *Em 28/10/2016, há a emissão, pela EMOP, do Parecer da Comissão de Fiscalização do Contrato SEOBRAS 276/2016 que informa que: i- deve haver rerratificação do contrato com acréscimo de valor; ii- o montante de R\$ 513.514,90 é devido (1ª e 2ª medições) por serviços executados em 2015; iii- a empresa não cumpriu com o cronograma físico financeiro, iv- há a necessidade de atendimento aos questionamentos da Caixa para a liberação dos recursos e v- as medições apresentadas até 31/12/2015, representam 0,7% da obra (terraplanagem e canteiro) e que poderão ser aproveitados e que solicita à Seobras que sejam tomadas medidas administrativas cabíveis (peça 142, p. 12 e 13).*

47. *Em 1º/11/2016, por meio do Ofício SEOBRAS/SUBPROG 276/2016, há notificação da Seobras ao representante legal da Volume Construções e Participações LTDA, Sr. Paulo Roberto de Souza Batista, informando que: i - por conta da crise financeira do ESTADO consubstanciado no Decreto Estadual de Calamidade Financeira 45.692/16, ii- por conta da necessidade de se rerratificar o contrato aumentando o valor contratado e iii- da necessidade de se obter da Caixa Econômica Federal a aprovação técnica dos documentos relacionados à obra, notifica a contratada da Rescisão Unilateral do Contrato 29/15, sem a aplicação da multa rescisória, com base no art. 79, inciso I c/c art. 78, inciso XII da Lei 8.666/93, abrindo prazo de 5 dias para a empresa se manifestar (peça 142, p. 14 e 15).*

48. *Em 16/11/2016, a empresa Volume, por meio de seus advogados, apresenta a manifestação sobre a notificação da rescisão (peça 142, p. 16 a 22). Neste comunicado, a construtora relata breve histórico sobre o Contrato 29/2015, que foi assinado em 18/8/2015, no valor de R\$ 66.803.752,36. Informa que, em 21/8/2015, foi intimada a suspender a obra por 90 dias, sob a justificativa da necessidade da CEF revisar a planilha orçamentária elaborada pela EMOP (peça 143, p.42).*

49. *A empresa suscita que, sem que houvesse a regularização necessária, a Seobras, por meio do Ofício 3020/2015, autorizou o reinício das obras, informando que os problemas identificados seriam corrigidos “em futura RERRA da planilha contratual”. A contratada alega que tanto a SEOBRAS quanto a EMOP já conheciam o problema e que mesmo assim determinaram o início das obras.*

50. *A contratada informa que os problemas no contrato em questão são anteriores ao da crise financeira do Estado e datam da elaboração/aprovação dos orçamentos constantes no certame e que a Administração lhe deve justa indenização inclusive pelos lucros cessantes.*

51. *A empresa continua alegando que possui uma última medição no valor de R\$ 941.944,85, totalizando, assim, um valor devido de R\$ 1.455.459,75 pelos serviços executados, além dos serviços de vigilância, desmobilização e dos lucros. Encerra requerendo que a Administração: i - assumo o objeto a partir do dia 30/11/2016, ii- pronuncie sobre o pagamento das medições, iii- pronuncie sobre as demais despesas e lucros cessantes.*

52. *Em 17/11/2016, a Seobras, por meio do Ofício Seobras/Subprog 305 (peça 142, p. 23 a 27), se pronuncia a respeito da manifestação da contratada sobre a decisão da Administração em rescindir unilateralmente o contrato. Esclarece que as primeiras medições (1ª e 2ª) já foram devidamente atestadas pela fiscalização e que só não foram efetivamente pagas causa da crise financeira.*

53. *Continua explicando que caso haja serviços prestados amparados pelo contrato, a empresa pode elaborar uma 3ª medição, para os demais serviços/obras, o pagamento pode ser viabilizado por meio de um Termo de Ajuste de Contas – TAC. Informa, ainda, que os acréscimos pretendidos ultrapassariam 25% do contrato e, portanto, aliado a crise financeira do estado a melhor solução implementada seria a rescisão unilateral.*
54. *Em 2/12/2016, há o encaminhamento do processo à Superintendência de Licitações e Contratos – SULIC para a elaboração de Minuta de Rescisão Unilateral do Contrato de Obras, sem aplicação de multa e demais penalidades (peça 142, p. 28-33).*
55. *Em 7/12/2016, a SULIC retorna os autos a Secretaria de Obras Civis questionando se é devida a última medição no valor de R\$ 941.944,85. Sendo esta, a última movimentação do processo.*
56. *Destaca-se que embora não haja registro no processo E-17/001/519/2014, antes de se iniciar o procedimento de rescisão unilateral, foram efetuadas tratativas entre a Seobras e a contratada para a dissolução do contrato de forma amigável, nos termos do Ofício/Seobras/Subprog 200 de 21/6/2016 (peça 120, p. 39). Como a contratada não aceitou, decidiu-se efetuar a rescisão unilateral.*
57. *Visando esclarecer/confirmar as últimas ações foi elaborado o Ofício de Requisição a Seobras questionando sobre o status do Contrato (peça 139), nesse sentido a Seobras respondeu (peça 140) que não houve a publicação da rescisão unilateral no Diário Oficial, em função da análise da última medição, que está sendo processada pela fiscalização (EMOP).*
58. *Após esta etapa, a Seobras dará prosseguimento a Rescisão Unilateral do Contrato. Esclarece, ainda, que a garantia ainda não foi levantada pela empresa e, por fim, informa que não houve efetivo pagamento devido a indisponibilidade financeira da Secretaria Estadual de Saúde.*
59. *Em consulta aos processos de pagamento relativos aos 1º e 2º Boletins de Medição, foi indicada a Fonte 100 (ordinário proveniente de impostos) e o PT 2961.10.302.0151.1094 (Construção, Reforma e Aparelhamento de Unidade de Saúde), conforme peças 144 p. 25 e 145 p. 25. Dessa forma, para pagamento destes serviços, não estão previstos a utilização dos recursos do contrato de repasse, portanto, quando do efetivo pagamento não haverá dano ao erário da União.*

Conclusão

60. *Conforme se verificou pelos documentos acostados aos autos, o gestor não cumpriu com a determinação em estudo e nem efetuou justificativa plausível para o não cumprimento. Esclareceu que não poderia efetuar a repactuação pois os acréscimos ultrapassariam os 25% previstos no § 1º do art. 65 da lei 8.666/93.*
61. *Destaque-se que foram colhidos durante a auditoria a planilha de rerratificação, as justificativas, memória de cálculo (peças 25-28) revisadas pela EMOP que contemplariam os apontamentos da Caixa. Porém estas peças não constam do processo E-17/001/519/2014, não foram aprovadas pela Seobras, nem tampouco foram submetidos a revisão pela Caixa Econômica Federal (peça 138, p. 16-17). Dessa forma, não há como atestar a alegação do gestor (acréscimos acima de 25%).*
62. *O gestor afirma, também, que não efetuará a anulação pois entende que esta não se aplica ao caso concreto, uma vez que significaria a punição da contratada e que geraria discussão sobre os efeitos jurídicos desta ação. Enfatize-se que, nos autos do processo administrativo E-17/001/519/2014 (peça 142), não consta qualquer manifestação da Assessoria Jurídica da Seobras sobre a decisão da escolhida, qual seja a rescisão unilateral. Ressalte-se que, no caso examinado, temos a previsão legal para a anulação do contrato, segundo o art. 7º, §§ 4º e 6º, da Lei 8.666/1993. Isto porque, antes da licitação, a Seobras foi notificada pela Caixa, por meio do Ofício 2540/2014/GIGOV/RJ, em 25/7/2014 (peça 133). E após a licitação e assinatura do contrato, por meio do Ofício*

3020/2015/GIGOV/RJ em 11/9/2015 (peça 134), o gestor foi novamente comunicado de que o orçamento havia inconsistências.

64. Logo fica patente, no caso concreto, que o orçamento licitado havia materiais e serviços sem previsão de quantidades e cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

65. Ressalta-se também, que a solução escolhida, a rescisão unilateral, ainda não foi implementada pelo gestor. Dessa forma, propõe-se considerar não cumprida a determinação contida no subitem 9.2 do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário.

66. Propõe-se, também, com fundamento no inciso VII do art. 268 do Regimento Interno do TCU, aplicar multa ao Sr. José Iran Peixoto Júnior, titular da Seobras, em função do descumprimento da determinação contida no subitem 9.2 do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário, bem como propõe-se nova determinação para que a Seobras anule ou repactue o Contrato 29/2015/Seobras, com vistas a sanear as impropriedades apontadas pelo Laudo de Análise Técnica de Engenharia - LAE 094/2014, de 18/6/2014.

DETERMINAÇÃO 9.3. determinar à Caixa Econômica Federal que se abstenha de liberar os recursos do Contrato de Repasse 0375.088-77/2011/Ministério da Saúde/Caixa (Siafi 768473) até ulterior decisão desta Corte de Contas;

67. A Caixa Econômica Federal foi diligenciada na pessoa de seu presidente, o senhor Presidente Gilberto Occhi, por meio do Ofício 3434/2016-TCU/Secex-RJ (peça 111), visando tomar conhecimento da determinação exarada no subitem 9.3 do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário. A ciência da referida comunicação ocorreu em 25/11/2016 (peça 116).

68. O Sr. Luiz Alberto Nozaki Sugahara, Coordenador Geral de Programas Estratégicos de Governo, da Coordenação do Programa de Aceleração do Crescimento, respondeu a comunicação por meio da peça 115.

Providências do Gestor (peça 115)

69. O referido gestor informa que “de acordo com a GIGOV/RJ, unidade da CAIXA responsável pelo acompanhamento da execução do Contrato de Repasse em referência, a operação não obteve AIO - Autorização de Início de Objeto fornecida pela CAIXA, motivo pelo qual ainda não houve qualquer liberação de recursos financeiros”.

Análise

70. Como o Sr. Luiz Alberto Nozaki Sugahara não trouxe aos autos documento probatório, foi realizada inspeção na CAIXA visando comprovar a ausência de movimentação na conta bancária. Nesse sentido, foram anexados aos autos extratos da conta corrente específica e a de investimento sem movimentação (peça 131).

Conclusão

71. Dessa forma, propõe-se considerar cumprida a determinação constante no subitem 9.3 do Acórdão 2612/2016-TCU-Plenário.

AUDIÊNCIA DO SR. JOSÉ IRAN PEIXOTO JUNIOR

72. A comunicação da audiência foi realizada por meio do Ofício 3432/2016-TCU/Secex-RJ (peça 113). A ciência da referida comunicação ocorreu em 30/11/2016 (peça 118).

73. O Sr. José Iran Peixoto Junior apresentou suas razões de justificativas em 16/12/2016 (peça 120).

Alegações (peça 120)

74. *O Sr. José Iran Peixoto Junior efetua a seguinte organização para a sua defesa: 2- Mérito das razões de justificativas; 2.1- A importância social da obra: o juízo prudencial do gestor público que optou por colocar o edital na rua; 2.2 - A ausência de responsabilidade do Secretário de Obras. A questão do domínio técnico do empreendimento; 2.3 - A ausência de prejuízo; 2.4 - A impossibilidade de se realizar um termo aditivo. A anulação mostra-se desproporcional (inadequada). Os efeitos da anulação do contrato são demasiados intensos e penosos. A saída recomendável e razoável é a rescisão.*

75. *Ressalta-se que o subitem 2.4 já foi avaliado nos parágrafos 41 a 66 desta instrução, quando da análise do cumprimento da deliberação constante no subitem 9.3 do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário, dessa forma as alegações constantes nesta parte da defesa não serão repetidas.*

76. *Após breve resumo, informa que a “superestimativa de quantitativos” foi detectada pela Caixa Econômica quando da emissão do Laudo de Análise Técnica de Engenharia - LAE 094/2014, uma vez que encontrou divergência entre o projeto de engenharia e orçamento. Por meio do Ofício 2540/2011/GIGOV/RJ, de 25/7/2014, a Caixa Econômica Federal recomendou a glosa de R\$ 9.018.040,47.*

77. *O gestor destaca que tanto o projeto de engenharia quanto o orçamento foram efetuados pela Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro (EMOP). Esclarece que as recomendações do citado ofício, foram em grande parte acatadas. Alega que novos diálogos entre os técnicos da Caixa Econômica Federal e os responsáveis pela obra resultaram no compromisso da regularização dos itens apontados.*

78. *Explica que a Seobras com a chancela do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ) publicou o edital de licitação mesmo com a pendência dos ajustes complementares exigidos pela Caixa. Alega que o Ofício SEOBRAS/SUBPROG 162/2016, datado de 3/5/2016, explicou as nuances que motivaram a realização do certame (peça 30).*

79. *Alega que a Caixa ainda não se pronunciou conclusivamente, extraindo um trecho do relatório de auditoria do TCU, que comprovaria tal afirmação. Continua, então, que, nesse universo de incerteza sobre a dimensão exata dos itens a suprimir da planilha orçamentária, a gestão da Seobras divulgou ao mercado o instrumento convocatório.*

80. *Entende que os indícios de conclusão contida no LAE mereciam maiores cuidados uma vez que num primeiro momento remontava a R\$ 9.018.040,47 e que foi substancialmente reduzida, tendo a fiscalizadora dos recursos ordenado a trava de R\$ 4.750.072,53.*

Análise

81. *Primeiramente, cumpre esclarecer que, segundo os documentos constantes nos autos do processo Seobras E-17/001/519/2014, após a deliberação do Tribunal de Contas do Estado o projeto (mais notadamente a planilha orçamentária) foi alterada em função dos apontamentos efetuados pelo TCE (peça 149, p.1).*

82. *Logo o alegado “universo de incerteza sobre a dimensão exata dos itens a suprimir da planilha” se deve ao fato de a Seobras submeter a Caixa Econômica Federal planilhas diferentes, uma anterior a manifestação do TCE e outra, após.*

83. *A primeira análise sobre a planilha orçamentária do empreendimento em questão se deu 25/7/2014, quando da emissão do Laudo de Análise de Engenharia – LAE, por meio do Ofício 2540/2014/GIGOV/RJ (peça 133) e a outra ocorreu, após a deliberação do TCE (peça 149, p. 11-19), com as ressalvas efetuadas pela Corte, conforme Ofício EMOP/PRES 1332/2014 de 30/9/2014 (peça 149, p.22-24).*

84. *Esta segunda análise foi realizada tendo por base a planilha que foi licitada, resultando nos apontamentos constantes do Ofício 3020/2015/GIGOV/RJ (peça 134). Neste Ofício, a Caixa*

destacou que: a planilha da licitação não atendeu os apontamentos do ofício anterior; alterou serviços que não constavam com apontamentos da Caixa e incluiu serviços não previstos na planilha anterior. Ou seja, foi entregue à CAIXA uma planilha substancialmente diferente e que por este motivo gerou uma glosa de diferente valor.

85. *Realmente, até o presente, não se tem uma posição definitiva da Caixa Econômica Federal isto porque esta ainda não recebeu da Seobras os documentos de engenharia revisados, mesmo após diversas cobranças por parte da Caixa Econômica Federal (peça 138, p. 16-17). O que se sabe inequivocamente é que as duas análises procedidas pela Caixa uma anterior a análise do TCE, e outra na planilha licitada é que em ambas possuíam “excesso de quantitativo”, nos termos do Ofício 2540/2014/GIGOV/RJ (peça 133) e Ofício 3020/2015/GIGOV/RJ (peça 134).*

86. *Desta forma as alegações do gestor não conseguiram afastar a irregularidade suscitada.*

Alegações – Continuação (peça 120)

87. *Explica o porquê de se licitar no caso concreto nos seguintes termos.*

Dois eram os rumos maiores a serem seguidos. A questão “prejudicial”, por assim dizer, ligada à resolução definitiva do impasse com a CAIXA sobre quais itens deveriam ser retirados da planilha impunha ao gestor aguardar o posicionamento do financiador. De outro lado, existia o caminho, razoavelmente seguro, de se dar início à licitação e à assinatura do contrato de obra com o vencedor, respeitando o comprometimento político com a população daquele local, que carece de investimento de infraestrutura no campo da saúde, e, se caso fosse, celebrar um ajuste adicional ao contrato administrativo, com acréscimos ou supressões estritamente necessários ao desempenho eficiente do arranjo - esta solução, a de realizar um termo aditivo, é, inclusive, uma das sugestões do voto condutor para a solução do impasse.

88. *Afirma que a “oportunidade era única, as auspiciosas projeções de progresso e desenvolvimento impulsionadas pelo momento conjuntural político e econômico vivido naquele ano exigiam a escolha do caminho que, retirasse do plano hipotético a política coordenada de saúde e emprestasse vida e cor ao projeto em benefício da população da Baixada Fluminense”.*

89. *Explica no subitem 2.1 - **A importância social da obra: o juízo prudencial do gestor público que optou por colocar o edital na rua**, que no referido empreendimento que a União, por meio do Ministério da Saúde e da Caixa, o Estado do Rio de Janeiro e o Consórcio CISBAF, composto pelos municípios de Magé, São João de Meriti, Belford Roxo, Duque de Caxias, Nova Iguaçu, Mesquita, Nilópolis, Japeri, Queimados, Seropédica e Itaguaí concentraram suas energias nos ajustes consensuais indispensáveis para que a promessa fosse concretizada.*

90. *Informa, ainda, que o momento histórico era ideal uma vez que a economia nacional e fluminense estava abastecida com a esperança de receber investimentos internacionais decorrentes do pré-sal.*

O Estado, dentro desta miríade de deveres, assumiu duas missões maiores. A primeira delas seria a contrapartida na monta de R\$ 18.000.000,00 (dezoito milhões de reais) dentro do contrato de repasse 0375.088-77/2011, firmado com o Ministério da Saúde sob a vigia contínua da CAIXA. A segunda, por sua vez, era a mais importante de todas: planejar e desenvolver o projeto básico/executivo, de acordo com a necessidade e realidade concretas do local e, ao cabo, executar a construção dos prédios e da infraestrutura

A SEOBRAS, ciente do desafio, que não era dos mais simples, absorveu os encargos e pôs em prática o que tinha de ser feito. O corpo técnico da EMOP se comprometeu a desenvolver o projeto inaugural de levantamento da unidade hospitalar. Por sua vez, a Administração Direta trouxe para si a obrigação de desenvolver o processo de licitação e de assinatura do contrato.

Foi exatamente no fluxo natural do procedimento de contratação que o entrave maior surgiu. Como sabido, as diligências dos técnicos da CAIXA apontaram uma incongruência entre a

quantidade de itens prevista na planilha orçamentária publicada e aquela tida por necessária e suficiente pelos projetos básico e executivo. Oportunamente, a SEOBRAS, por intermédio da EMOP, ponderou a respeito do quanto de bens e serviços estavam, ou não, condizentes com o projeto inicial do Hospital. O alerta funcionou: a operosa equipe de engenharia da CAIXA concordou com a diminuição da quantia que representava os itens inicialmente apontados como C, excedentes, passando o total a ser subtraído de R\$ 9.018.040,47 (nove milhões dezoito mil quarenta reais e quarenta e sete centavos) para R\$ 4.750.072,53 (quatro milhões setecentos e cinquenta mil setenta e dois reais e cinquenta e três centavos).

91. *Aduz que o entendimento do “excesso de quantitativos” ainda está em aberto, citando a “conclusão do achado” descrito no Relatório de Auditoria do TCU. Fala ainda sobre o custo de oportunidade, e por isso a escolha de publicar o edital em detrimento de aguardar o pronunciamento conclusivo da Caixa.*

92. *Defende que “as regras e formas existem para frear o arbítrio do gestor, isso não se nega, mas, com parcimônia, por vezes, decisões difíceis devem ser levadas a efeito como forma de prestigiar os interesses públicos geridos pelo poder do Estado e o ganho social e de respeito que determinada postura pode fornecer”.*

93. *Segue ainda defendendo sua escolha nos seguintes termos.*

A decisão do Justificante, de publicar o edital, dando início à fase externa do procedimento licitatório em questão, deve ser analisada ainda sob a ótica de um juízo prudencial.

Sim, é verdade que a SEOBRAS tinha conhecimento dos apontamentos feitos pela LAE da CAIXA, especialmente com relação à superestimativa dos quantitativos do empreendimento.

Por outro lado, como sustentado ao longo deste capítulo, a oportunidade se dar andamento ao certame, com a celebração do contrato de obras, e, então, a realização do empreendimento, mostrava-se única - não se pode descurar da circunstância de que o Hospital de Queimados é aguardado pela população desde 1990, como noticiado pelo próprio acórdão.

...

O próprio acórdão n° 2616/2016-Plenário reconheceu que a irregularidade ora apontada comportaria sanatória, ou seja, que os quantitativos superestimados poderiam ser oportunamente corrigidos, de maneira a refletirem adequadamente a realidade do empreendimento. Em suma, não se faria necessária a anulação.

...

alegado vício contido nas planilhas orçamentárias, como bem verificou o acórdão, poderia ser sanado posteriormente por meio do competente termo aditivo.

...

Tratou-se, como mencionado, de uma escolha, de uma decisão do Interessado que, sopesando, naquele momento, os prós e contras, entendeu que o melhor caminho a ser seguido era mesmo o do prosseguimento do procedimento, tendo em vista sua invulgar importância social e política para a região.

...

A superestimativa apontada não implicava na necessidade de paralisação dos procedimentos. Tratando-se de questão passível de sanatória, ela poderia ser superada mediante termo aditivo —que, aliás, foi a solução proposta por este mesmo TCU. Todas essas circunstâncias mostram, portanto, que a decisão do Justificante, de dar prosseguimento ao certame foi, senão acertada, no mínimo defensável e justificável diante do quadro posto.

Análise

94. *Em suma o gestor alega que a obra era importante para a comunidade, que a*

oportunidade era única do ponto de vista econômico e político e que não se tratava de vício insanável, visto que após, o mesmo poderia efetuar um aditivo solucionando a questão e que o “excesso de quantitativos” ainda é uma questão aberta.

95. *Como dito nos parágrafos anteriores, até o presente momento não há um projeto de engenharia (mais notadamente, uma planilha orçamentária) final necessária para executar o empreendimento, logo não há como a Caixa Econômica Federal se posicionar sobre esta planilha final.*

96. *O que foi analisado pela equipe de auditoria é que mesmo sabendo dos apontamentos do Ofício 2540/2014/GIGOV/RJ, que encaminhou o LAE (peça 133), a Seobras não tomou providências no sentido de se efetuar as alterações necessárias no projeto.*

97. *Note que os apontamentos efetuados pelo TCE foram objeto de comunicação entre a Seobras e a Emop (responsável pela alteração dos documentos de engenharia), conforme descrito no parágrafo 81 a 85, resultando na alteração da planilha orçamentária que foi licitada.*

98. *O gestor ao licitar uma planilha que não abarcava as modificações efetuadas pela Caixa Econômica Federal assumiu o risco de firmar um contrato que mais tarde não poderia ser alterado em função das quantidades de acréscimos necessários para se realizar a obra (acima dos 25%). E foi exatamente isto que aconteceu, conforme a alegação do próprio responsável (peça 120, p. 22).*

99. *Desta forma as alegações do responsável não conseguiram afastar a irregularidade suscitada.*

Alegações – Continuação (peça 120)

100. ***Alega no subitem 2.2 - A ausência de responsabilidade do Secretário de Obras. A questão do domínio técnico do empreendimento que não é responsável pela documentação técnica que instruiu a realização do certame e a celebração do contrato, nos seguintes termos.***

É certo que a SEOBRAS tinha conhecimento das incongruências apontadas pela CAIXA. Também é certo que, ainda assim, o Justificante, ponderando as razões existentes, optou por dar prosseguimento ao certame, por não vislumbrar motivo forte o suficiente a autorizar a paralisação dele.

De qualquer modo, a circunstância a ser notada é que o Justificante não pode ser tido como violador do art. 7º, § 4º da LGL, visto não ser ele o responsável pela documentação técnica que embasou o certame. A conduta do Interessado nada tem que ver com a superestimativa de quantitativos porventura existente nas planilhas orçamentárias da licitação e do contrato.

...

A LGL não deixa margem para dúvidas ao determinar, no § 6º, do mesmo art. 7º, que "a infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa" (grifamos). Ou seja, responde pela infringência ao § 4º, do art. 7º da LGL aquele que tenha dado causa à violação legal. E, na espécie, o Justificante não deu causa à superestimativa dos quantitativos previstos nas planilhas orçamentárias do empreendimento do Hospital de Queimados.

Este TCU tem entendimento firmado no sentido de que a responsabilidade técnica dos projetos e planilhas orçamentárias devem estar definidas na fase interna do processo licitatório, de maneira a permitir, em caso de necessidade, a devida apenação na hipótese de erro ou falha grave. É dizer: a responsabilidade por falhas de natureza técnica não é automaticamente imputada ao ordenador de despesas, ao Secretário de W Estado ou Ministro de Estado encarregado da pasta. Seria na verdade rematada injustiça cometer ao ordenador de despesas sanção em virtude de falha ou erro de natureza eminentemente técnica. Portanto, é com o objetivo de atribuir responsabilidade de maneira justa e equânime que esta Corte de Contas exige que os projeto e planilhas orçamentárias contem sempre com a devida anotação de responsabilidade técnica.

...

Não se discute se o Justificante tomou ou não a decisão de dar prosseguimento do certame por conta de pareceres e manifestações técnicas favoráveis. O que se tem, na realidade, é a responsabilização pelo conteúdo de documentos de natureza técnicas, tais como, por exemplo, projetos e planilhas orçamentárias.

Por certo que, nessa hipótese, o Interessado não pode ser responsabilizado - ele não tem expertise, nem mesmo a possibilidade fática, de realizar controle minucioso sobre o conteúdo interno de documentos de natureza eminentemente técnica.

...

O controle que o ordenador de despesas exerce sobre o conteúdo técnico do processo licitatório é, como não poderia deixar de ser, meramente formal. Também pudera. Um processo de licitação, como o próprio termo deixa intuir, é um processo, um conjunto encadeado de atos praticados pelas mais diversas pessoas com o objetivo último de atingir determinado fim específico. Não pode o Justificante, sob pena de inviabilizar todo e qualquer processo licitatório, ser obrigado a conferir materialmente o conteúdo técnico de todos os atos praticados pelos mais diversos órgãos e pessoas da estrutura da Administração Pública.

...

O que se espera, isso sim, do ordenador de despesas é que garanta a regularidade formal do processo, isto é, que o mesmo atenda aos preceitos e exigências estabelecidas pela lei, mas não que examine a fundo cada um dos documentos técnico que compõem a licitação.

Por outro lado, não se pode olvidar que o ordenador de despesas, enquanto superior hierárquico, tem o dever de vigiar a atuação de seus subordinados. E a manifestação do poder hierárquico, que resulta da própria forma igualmente hierárquica da Administração Pública.

... a Corte de Contas bem notou que a comissão de licitação da SEOBRAS apenas processou a Concorrência 022/2014\ cabendo ao corpo de servidores da EMOP todas as análises técnicas. Agora, se essas considerações valem para a comissão de licitação —mera executante do procedimento licitatório—, valem também, mutatis mutandis, para o Interessado. Não que na espécie ele seja mero executante do procedimento licitatório. Mas o fato é que não existe entre o Justificante e a EMOP relação de hierarquia e subordinação que imponha ao primeiro o controle pontual dos atos da entidade.

...

A vinculação que a SEOBRAS — e, por via de consequência, o Justificante — mantém com a EMOP, portanto, não é uma de subordinação, de hierarquia; não há controle propriamente dito. O que há, na realidade, é uma supervisão que tem por finalidade zelar para que a entidade — no caso a EMOP — cumpra as finalidades legais para as quais foi criada. Ora, uma dessas finalidades é justamente a de conceber, planejar e até mesmo executar obras e serviços públicos os mais diversos.

É a EMOP, portanto, a detentora da expertise técnica na concepção e planejamento de obras e serviços públicos os mais diversos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Não cabe ao Justificante, enquanto Secretário de Estado de Obras, exercer um controle técnico sobre o trabalho próprio da EMOP. É esta entidade, como bem notado pela Corte de Contas, a responsável pela elaboração da documentação técnica das obras do Hospital de Queimado, e, nesse mister, ela tem autonomia para desenvolver seus estudos e análises. Não cabe à SEOBRAS, muito menos ao Interessado, se imiscuir nessa atribuição de natureza técnica da EMOP. O papel do Justificante, no exercício da supervisão ^ ministerial, é apenas o de exercer o chamado controle finalístico, e não o de controlar, materialmente, os atos técnicos praticados pela EMOP. Por todas essas razões e motivos, Sr. Relator, o Justificante não pode ser responsabilizado por violação ao art. 7º, § 4º da LGL.

Análise

101. *A audiência do responsável em questão é sobre ter celebrado um contrato tendo ciência dos apontamentos efetuados pela Caixa Econômica Federal no que se refere a inclusão de itens na planilha orçamentária não previstos no projeto. Logo, a alegação de que não foi o responsável pela elaboração das planilhas não consegue afastar sua responsabilidade.*

102. *Ademais, observa-se que a Seobras, quando recebeu os apontamentos efetuados pelo TCE tratou de encaminhá-los à EMOP, pois esta possuía conhecimento e competência para efetuar as modificações necessária no projeto. Esta seria a ação esperada do responsável quando teve ciência das inconsistências apontadas pela Caixa Econômica Federal.*

103. *Nota-se que a comunicação da Caixa foi direcionada aos servidores da Seobras, e o responsável, como titular da unidade, tinha que ter cobrado dos seus subordinados que os mesmos efetuassem contato com a EMOP para as devidas modificações.*

104. *Dessa forma, não se espera que o responsável faça revisão dos itens da planilha. Porém como dito anteriormente, não há nos autos qualquer comunicação entre a Seobras e a EMOP sobre os apontamentos efetuados pela Caixa. Não há nem sequer o Ofício 2540/2014/GIGOV/RJ (peça 133) no processo administrativo E-17/001/519/2014.*

105. *Com relação a exclusão de responsabilidade dos membros da Comissão de Licitação, o Ministro Relator considerou que não estava bem delineada, isto porque, o conhecimento técnico era da EMOP e não ficou comprovado nos autos que os membros possuíam conhecimento das impropriedades do Laudo de Análise Técnica.*

106. *Nota-se que, no caso do responsável em questão, apesar de o mesmo não possuir o conhecimento técnico, conhecia as impropriedades citadas no Laudo, isto porque o mesmo estava copiado no e-mail que encaminhou o Ofício 2540/2014/GIGOV/RJ (peça 133).*

107. *Como o responsável não traz aos autos qualquer documentação que comprove ter exigido da EMOP modificações do projeto em função da análise da Caixa, não há como afastar a responsabilidade pela irregularidade.*

Alegações – Continuação (peça 120)

108. *Suscita no subitem 2.3 - A ausência de prejuízo a inexistência de prejuízos para os cofres públicos da União, nos seguintes termos:*

Ainda que se admita a existência de falhas no processamento da licitação, bem como nos documentos técnicos que embasaram o certame, o fato inegável é que o procedimento em questão não resultou em danos para os cofres públicos — a execução do contrato atingiu aproximadamente 0,5% do valor contratado.

Desse modo, ainda que se admita a existência de falhas, elas não resultaram em dispêndio de recursos públicos federais, uma vez que o valor executado foi arcado com recursos próprios do Estado do Rio de Janeiro. Por isso, não há de se falar de dano ao erário da União.

É certo que a ausência de prejuízo não elide, por si só, eventual irregularidade cometida no âmbito do processo licitatório, mas, com toda certeza, deve ser julgada circunstância atenuante. Na realidade, diante das peculiaridades do caso, vê-se que ele se resume eventualmente a irregularidade de natureza formal, na medida em que os recursos públicos da CAIXA se mantiveram intocados, não tendo sido utilizados.

É o caso dos autos — as irregularidades porventura apuradas por esta Corte de Contas, com base no LAE da CAIXA, são meramente formais, na medida em que não se materializaram em atos concretos de dispêndio público de recursos federais.

Tanto isso é verdade, Sr. Relator, que o acórdão nº 2612/2016-Plenário reconheceu expressamente a possibilidade de as planilhas contratuais — nas quais foi constatada a superestimativa de quantitativos — serem convalidadas por meio de termo aditivo.

A convalidação de atos administrativos de uma forma geral somente é possível quando não implicar danos, seja para o interesse público, seja para terceiros. O art. 55 da Lei nº 9.784/99 é claro ao determinar que "em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

A situação delineada nos autos autorizaria uma convalidação, como reconheceu esta mesma Corte de Contas, pelo simples fato de que as falhas eventualmente apuradas não causaram danos aos cofres públicos. É por esse exato motivo que se mostra possível no caso a convalidação. Desse modo, ainda que a ausência de danos não possa escusar por completo a eventual existência de responsabilidade, ainda assim deve ser considerado como circunstância atenuante que, de acordo com a legislação, autoriza, inclusive, a convalidação dos atos porventura irregulares.

Análise

109. *Como alegado pelo responsável, a ausência de dano ao erário federal não exclui a irregularidade observada neste caso, porém afeta na dosimetria da multa preconizada no art.58, inciso II da Lei 8.443/1992.*

110. *Ressalta-se por oportuno que o responsável foi ouvido em audiência por ter celebrado o Contrato 029/2015/SEOBRAS, em 18/8/2015, com a empresa Volume Construções e Participações Ltda., com base em planilha orçamentária contendo superestimativa de quantitativos, infringindo o art. 7º, §4º, da Lei 8.666/1993, a despeito de tal fato ter sido previamente apontado pelo Laudo de Análise Técnica de Engenharia.*

111. *Dessa forma, quando o responsável assinou o ajuste, assumiu o risco de firmar um contrato que mais tarde não poderia ser alterado em função das quantidades de acréscimos necessários para se realizar a obra (acima dos 25%). E foi exatamente isto que aconteceu, conforme a alegação do próprio responsável (peça 120, p. 22).*

112. *Dessa forma, as alegações do responsável não conseguiram afastar a irregularidade suscitada.*

Alegações – Continuação (peça 120)

113. *Reforça no item 3 - Conclusão todas as alegações efetuadas nos itens anteriores.*

Análise

114. *Como analisado nos parágrafos anteriores, nenhuma alegação efetuada pelo responsável foi capaz de afastar a irregularidade, ou ainda, sua responsabilidade.*

CONCLUSÃO

115. *Os documentos obtidos durante a inspeção autorizada por meio da Portaria de Fiscalização 34 de 30/1/2017 (peça 126) comprovam que a Caixa Econômica Federal não liberou os recursos financeiros referente ao contrato de repasse em questão, não tendo, portanto, a conta corrente específica e a de investimento sofrido qualquer movimentação (item 70 da presente instrução). Dessa forma, se verificou que houve o cumprimento da determinação contida no subitem 9.3 do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário (parágrafo 71 da presente instrução).*

116. *Porém, houve o descumprimento da determinação contida no subitem 9.4 do Acórdão 2.612-TCU-Plenário, uma vez que a Seobras não efetuou a repactuação do contrato ou anulou o contrato (item 65 da presente instrução).*

117. *Dessa forma, propõe-se com fundamento no inciso VII do art. 268 do Regimento Interno do TCU, aplicar multa ao Sr. José Iran Peixoto Júnior, titular da Seobras, em função do descumprimento da determinação contida no subitem 9.2 do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário, bem como se propõe efetuar nova determinação a Seobras (parágrafo 66 da presente instrução).*

118. *Propõe-se, também, rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. José Iran Peixoto Júnior, uma vez que não foram suficientes para sanear a irregularidade a ele atribuída, dessa forma, propõe-se a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 (parágrafos 86, 99, 107, 112, 114 da presente instrução).*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

119. *Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:*

a) *rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo Sr. José Iran Peixoto Júnior (CPF 449.321.627-15) (parágrafos 86, 99, 107, 112, 114 e 118 deste relatório);*

b) *aplicar ao Sr. José Iran Peixoto Júnior (CPF 449.321.627-15), a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor (parágrafo 118 deste*

relatório);

c) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

d) considerar cumprida a determinação constante do subitem 9.3 do Acórdão 2.612/2016-TCU- Plenário (parágrafo 71 deste relatório);

e) considerar não cumprida a determinação constante do subitem 9.2 do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário (parágrafo 65 deste relatório);

f) aplicar, com fundamento no art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992 c/c art. 268, inciso VII do Regimento Interno do TCU, multa ao Sr. José Iran Peixoto Júnior (CPF 449.321.627-15), Secretário de Obras da Secretaria de Obras do Estado do Rio de Janeiro, em função do descumprimento da determinação contida no subitem 9.2 do Acórdão 2.612/2016-TCU-Plenário, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor (parágrafo 66 deste relatório);

g) determinar, com fundamento no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal c/c art. art. 45 da Lei 8.443/1992, fixando prazo de 15 (quinze) dias, para que a **Secretaria de Estado de Obras do Estado do Rio de Janeiro** adote as providências necessárias ao cumprimento da Lei, **promovendo a anulação do Contrato 029/2015/SEOBRAS ou celebrando termo de aditamento contratual** com vistas a sanear as impropriedades apontadas pelo Laudo de Análise Técnica de Engenharia - LAE nº 094/2014, de 18/6/2014 (parágrafo 66 deste relatório);

h) comunicar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que foram apurados indícios de irregularidades graves que se enquadram no disposto no inciso IV do § 1º do art. 112 da Lei 13.080/2015 (LDO 2015), apontados no Contrato de Repasse 0375.088-77/2011/Ministério da Saúde/Caixa (Siafi 768473) e no Contrato 029/2015/SEOBRAS, relativos à construção de Unidade de Saúde para Estruturação da Rede de Serviços de Atenção Especializada em Saúde, em Queimados/RJ, com potencial dano ao erário de R\$ 4.750.072,53; e

i) enviar cópia desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, aos responsáveis, à Secretaria de Obras do Estado do Rio de Janeiro, ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro; ao Ministério Público Estadual; ao Fundo Nacional de Saúde e à Gerência Executiva de Governo no Rio de Janeiro da Caixa Econômica Federal (GIGOV/RJ)".

É o Relatório.

VOTO

Em exame relatório de auditoria realizada pela Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (Secex-RJ), no âmbito do Fiscobras/2016, nas obras do Hospital Regional do Município de Queimados, no Estado do Rio de Janeiro.

2. O empreendimento é financiado pelo Contrato de Repasse 0375.088-77/2011, celebrado entre o Ministério da Saúde, representado pela Caixa Econômica Federal, e a Secretaria de Estado da Saúde do Rio de Janeiro, tendo como interveniente o governo fluminense. O citado instrumento previu o aporte de R\$ 90.000.000,00 para execução do empreendimento, sendo R\$ 72.000.000,00 provenientes da União e outros R\$ 18.000.000,00, relativos à contrapartida estadual.

3. Posteriormente, com a anuência do concedente, a Secretaria de Saúde sub-rogou o ajuste para a Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro (Seobras), que realizou a Concorrência 022/2014, da qual resultou o Contrato 029/2015/Seobras, no valor de R\$ 66.803.752,36 (data-base: set/2014).

4. A partir de exame realizado pela Caixa Econômica Federal, a equipe de auditoria apurou relevantes divergências quantitativas entre os projetos da obra e os serviços constantes da respectiva planilha orçamentária, os quais resultaram em uma superestimativa de R\$ 4.750.072,53 no valor ajustado.

5. Consoante foi evidenciado no relatório de auditoria, mesmo ciente de tal discrepância, em 28/11/2014, a Seobras lançou a Concorrência 022/2014, sem corrigir as divergências apontadas pela CEF nos quantitativos de serviços.

6. Diante de tal situação, o Acórdão 2.612/2016-Plenário determinou a audiência do Sr. José Iran Peixoto Júnior, Secretário de Estado de Obras do Rio de Janeiro, para que apresentasse razões de justificativa por ter celebrado o ajuste em apreciação com base em planilha orçamentária contendo superestimativa de quantitativos, infringindo o art. 7º, §4º, da Lei 8.666/1993, a despeito de deter prévio conhecimento do fato.

7. Após a realização da oitava da Seobras e da empresa Volume Construções e Participações Ltda., signatária do Contrato 029/2015/Seobras, o referido **decisum** também fixou prazo para que a Seobras, com espeque no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal, combinado com o art. 45 da Lei 8.443/1992, adotasse as providências necessárias ao cumprimento da Lei, promovendo a anulação do Contrato 029/2015/Seobras ou celebrando termo de aditamento contratual com vistas a sanear as impropriedades apontadas pelo Laudo de Análise Técnica de Engenharia - LAE nº 094/2014, de 18/6/2014, emitido pela CEF.

8. Outrossim, nos termos do art. 117, §1º, inciso IV, da Lei 13.242/2015 (LDO/2016), a ocorrência foi classificada como “IG-P”, o que ensejou a inclusão do empreendimento no quadro de bloqueio da Lei Orçamentária Anual, bem como a expedição de determinação à CEF para que se abstinhasse de liberar recursos do Contrato de Repasse 0375.088-77/2011/Ministério da Saúde/Caixa (Siafi 768473) até ulterior decisão desta Corte de Contas.

9. No atual estágio processual, a unidade técnica realizou inspeção na Seobras, constatando que a Caixa Econômica Federal não liberou os recursos financeiros referentes ao contrato de repasse em questão, inexistindo qualquer movimentação na conta corrente específica do Contrato de Repasse. Portanto, concluiu a unidade técnica que houve o cumprimento pela CEF da determinação contida no subitem 9.3 do Acórdão 2.612/2016-Plenário.

10. Contudo, foi relatado o descumprimento da determinação contida no subitem 9.2 do Acórdão 2.612/2016-Plenário, uma vez que a Seobras não efetuou a repactuação do contrato nem operou a sua anulação. Baseada em tal fato, a Secex-RJ, em pareceres uníssomos, propôs, com

fundamento no inciso VII do art. 268 do Regimento Interno do TCU, multar o Sr. José Iran Peixoto Júnior, Secretário Estadual de Obras, em função do descumprimento da aludida determinação.

11. Ademais, a Secex-RJ propôs rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo mesmo responsável, aplicando a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, devido à licitação do empreendimento com superestimativa de quantidades.

II

12. Feita essa breve exposição dos fatos, passo à análise de mérito das condutas do Sr. José Iran Peixoto Júnior.

13. Com efeito, o §4º do art. 7º da Lei 8.666/1993 veda a inclusão no objeto da licitação de quantitativos que não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo, de forma que a infringência de tal disposição, conforme previsto no §6º do mesmo artigo, pode resultar na nulidade dos atos ou contratos realizados, bem como na responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

14. O responsável ouvido em audiência procura se eximir da responsabilidade alegando que não seria o encarregado direto da elaboração da documentação técnica que embasou o certame.

15. Ocorre que não se pretende imputar ao defendente a responsabilidade pelas inconsistências de quantitativos na planilha orçamentária, pois não seria exigível que o Secretário Estadual de Obras conferisse minudentemente todos os orçamentos das licitações do ente federativo. Enfatizo que o gestor foi responsabilizado por dar andamento ao certame, ainda que ciente dos relatórios produzidos pela Caixa Econômica Federal apontando as incoerências na estimativa de custo da obra.

16. Também não deve ser acolhida a alegação de que o procedimento de iniciar licitação e, posteriormente, celebrar um ajuste adicional ao contrato administrativo, com acréscimos ou supressões estritamente necessários, seria a medida que possibilitaria a antecipação do empreendimento.

17. Foi exatamente tal atitude que acabou inviabilizando o andamento da obra, na medida em que as diligências dos técnicos da CEF apontaram as incongruências nas quantidades de serviços da planilha orçamentária publicada, obstando a liberação de recursos do Contrato de Repasse 0375.088-77/2011. Assim, a Seobras viu-se obrigada a celebrar o primeiro termo de aditamento ao Contrato 029/2015/Seobras suspendendo sua execução por 90 dias.

18. Porém, deixo de acolher a proposta formulada de aplicação de multa ao gestor, pois há elementos nos autos que demonstram que foram adotadas providências para rescindir o contrato. Ainda que eu entenda que a rescisão da avença não seja a medida adequada ao caso, conforme tratarei no tópico a seguir, é forçoso reconhecer que não houve desembolso de recursos federais para o empreendimento nem prejuízo aos cofres da União. Assim, assiste razão ao responsável quanto à essa alegação.

19. Em casos excepcionais, esta Corte de Contas, quando constatada a adoção de medidas corretivas e tempestivas para sanear a falha, bem como a ausência de lesão ao erário, pode considerar tais atenuantes em favor do responsável, deixando de aplicar as penalidades previstas na Lei 8.443/1992.

III

20. No que tange ao descumprimento da determinação constante do subitem 9.2 do Acórdão 2.612/2016-Plenário, o qual fixou prazo para que o governo estadual anulasse ou repactuasse o contrato, a unidade técnica constatou que Seobras buscou rescindir unilateralmente o Contrato 029/2015/Seobras com a empresa contratada, tendo como fundamento o art. 79, inciso I, combinado com o art. 78, inciso XII, ambos da Lei 8.666/1993.

21. Insta salientar que, em manifestação anterior da Caixa Econômica Federal (peça 92), é realizada menção ao fato de que a Seobras, mediante Ofícios Seobras/Subprog nº 200, de 21/06/2016

(peça 120, fl. 39), e nº 232, de 12/08/2016, havia comunicado que o órgão estadual realizaria rescisão amigável com a empresa contratada. Aparentemente, a construtora não aceitou o distrato nos termos propostos, o que resultou na decisão da Seobras de efetuar a rescisão unilateral da avença.

22. Em resposta à notificação de rescisão, o representante legal da empresa Volume Construções e Participações apresentou manifestação alegando ao órgão contratante que os problemas verificados eram previamente conhecidos pela Seobras e que mesmo assim fora determinado o início da execução contratual. A empreiteira informou que os problemas no contrato em questão eram anteriores à crise financeira do Estado e que a Administração lhe deveria justa indenização, inclusive pelos lucros cessantes.

23. A construtora encerrou sua manifestação requerendo que a Administração assumisse o objeto a partir do dia 30/11/2016 e se manifestasse sobre o pagamento das medições e das demais indenizações pleiteadas.

24. A Seobras não encaminhou resposta à notificação do Acórdão 2.612/2016-Plenário, mas o Sr. José Iran Peixoto Júnior, em suas razões de justificativa, entendeu que a anulação do contrato seria desproporcional e inadequada. No seu entender, a saída recomendável seria a sua rescisão. Também aduz que não haveria possibilidade de realizar o aditamento contratual, pois a alteração contratual supostamente superaria o limite percentual de 25% estabelecido pela Lei Geral de Licitações (§ 1º do art. 65).

24. Observo, em linha com a conclusão da unidade técnica, que a solução escolhida – a rescisão unilateral – sequer foi implementada pelo gestor. Na última informação constante dos autos (peça 140), datada de 1/2/2017, a Seobras informou que até o momento não houve publicação da rescisão do contrato no Diário Oficial, com a justificativa de que a 7ª e última medição, no valor de R\$ 941.944,85, aguardaria análise da fiscalização do contrato. O empreendimento encontra-se com 0,7% de execução física, segundo informado no referido documento.

25. Conforme explanei no voto condutor do Acórdão 2.612/2016-Plenário, entendo que não subsiste amparo legal para a rescisão amigável do contrato, pois tal instituto tem aplicação restrita e não seria cabível quando configurada outra hipótese que desse ensejo à rescisão ou anulação do ajuste. Somente poderia ocorrer quando fosse conveniente para a Administração e, por conseguinte, não poderia resultar em prejuízo para o órgão contratante. Sendo necessária a execução do objeto, não caberia ao gestor, discricionariamente, autorizar o término do contrato.

26. Basicamente, a Lei 8.666/1993 limita a rescisão aos casos de inexecução contratual (por parte do contratado), de prática de atos por parte da administração que inviabilizem a atuação da contratada, por atrasos nos pagamentos (superiores a 90 dias) e razões de interesse público. Além disso, o art. 79 da Lei 8.666/1993 prevê a possibilidade de rescisão amigável do contrato administrativo, mas somente quando houver interesse da administração.

27. O mesmo raciocínio se aplica a caso de rescisão unilateral previsto o inciso XII do art. 78 da Lei 8.666/1993, em virtude de “razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”.

28. Sendo necessária a construção do hospital, não poderia o gestor, discricionariamente, autorizar o término do contrato. E, caso a contratada não estivesse desempenhando suas atribuições a contento, seria obrigação do gestor aplicar as sanções previstas nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/1993. Por outro lado, constatada ilegalidade no procedimento licitatório, o instituto aplicável é o da anulação do contrato, previsto nos arts. 49 e 59 da Lei de Licitações e Contratos, e não o distrato por razões de interesse público.

29. No mesmo sentido, a Súmula nº 473 do STF dispõe que a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade.
30. A fundamentação utilizada para a rescisão unilateral do contrato (peça. 142, fl. 14) justifica tal medida com base na situação de calamidade no âmbito da administração financeira do Estado do Rio de Janeiro devido à queda na arrecadação de tributos e na suposta necessidade de aditar o contrato para crescer o seu valor, fato que, além de não estar comprovado nos autos, é surpreendentemente contraditório com o apontamento de superestimativas nas quantidades de serviços contratados apontados pela Caixa Econômica Federal.
31. No caso examinado, em que se está diante de uma contratação com superestimativa de quantitativos, caberia a anulação do contrato com base no art. 7º, §§ 4º e 6º, da Lei 8.666/1993, ou a celebração de termo de aditamento contratual suprimindo os serviços desnecessários ou cujos quantitativos encontram-se acima dos levantados a partir dos projetos executivos.
32. Assim, considerando a importância da obra e a natureza das falhas observadas, entendo que os indícios de irregularidade observados no Contrato 029/2015/Seobras poderiam ser saneados com a celebração de termo de aditamento contratual suprimindo os quantitativos que não correspondessem às reais previsões baseadas no projeto executivo do empreendimento.
33. Em que pese concluir pela inadequação dos procedimentos adotados pela Seobras, deixo de acolher neste momento a proposta da unidade técnica de aplicação da multa capitulada no art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992 c/c art. 268, inciso VII e §3º, do Regimento Interno do TCU, por descumprimento da determinação do subitem 9.2 do Acórdão 2.612/2016-Plenário, pois verifico que a decisão de rescindir unilateralmente o Contrato 029/2015/Seobras foi tomada em 1/11/2016 por outro gestor, o Sr. Cláudio Maximiano (peça 142, fl. 15).
34. Embora o Acórdão 2.612/2016-Plenário tenha sido prolatado na sessão do dia 18/10/2016, a Secex-RJ expediu o Ofício 3433/2016 apenas no dia 3/11/2016 (peça 108), portanto, após a decisão de rescindir unilateralmente o ajuste já ter sido tomada e ter ocorrido notificação da empresa contratada. Ainda enfatizo que a Seobras tomou ciência de tal ofício apenas em 21/11/2016 (peça 110).
35. Assim, entendo que não está devidamente delineado o suposto descumprimento de deliberação do TCU no caso em apreciação.

IV

36. Com relação à classificação do indício de irregularidade como “IG-P”, considero que é indiferente a solução jurídica conferida para a extinção do Contrato 029/2015/Seobras – rescisão amigável, anulação ou rescisão unilateral –, pois o ajuste eivado de vício estará definitivamente impossibilitado de ser executado com recursos federais, o que permite a reclassificação do achado de auditoria para “IG-C”.
37. Embora não conste dos autos a formalização do termo de rescisão, creio que as medidas necessárias ao distrato estão sendo tomadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro. Portanto, o controle corretivo desta Corte de Contas – que expediu uma obrigação de fazer ao conveniente (a anulação ou a repactuação do ajuste) – pode ser agora focado em uma atuação de cunho preventivo, estabelecendo uma obrigação de não fazer ao órgão concedente.
38. Nessa linha, cabe determinar à Caixa Econômica Federal que se abstenha de liberar os recursos do Contrato de Repasse 0375.088-77/2011 para o empreendimento, enquanto o conveniente não proceder às correções necessárias na planilha orçamentária da obra e realizar nova licitação, cujo orçamento-base possua quantitativos de serviços em conformidade com os previstos em projeto, nos termos dos art. 7º, §4º, da Lei 8.666/1993.



Ante todo o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 3 de maio de 2017.

BENJAMIN ZYMLER
Relator

ACÓRDÃO Nº 845/2017 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 008.937/2016-8.
2. Grupo II – Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessados: Congresso Nacional (vinculador); Volume Construções e Participações Ltda.
 - 3.2. Responsável: José Iran Peixoto Júnior (449.321.627-15);
4. Órgãos/Entidades: Fundo Nacional de Saúde - MS; Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro; Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (Secex-RJ).
8. Representação legal:
 - 8.1. José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto (83795/OAB-RJ) e outros, representando Volume Construções e Participações Ltda.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria realizada com o objetivo de avaliar a regularidade da gestão dos valores transferidos por força do Contrato de Repasse 0375.088-77/2011/Ministério da Saúde/Caixa (Siafi 768473), tendo por objeto a construção de Unidade de Saúde para Estruturação da Rede de Serviços de Atenção Especializada em Saúde, em Queimados/RJ,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

 - 9.1. acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. José Iran Peixoto Júnior (449.321.627-15);
 - 9.2. em atendimento ao disposto no art. 121, § 10, da Lei 13.408/2016 (LDO/2017), comunicar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que, em função da Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro (Seobras/RJ) ter adotado as medidas com vistas à rescindir o Contrato 029/2015/Seobras, relativo à construção do Hospital Regional no Município de Queimados, no Estado do Rio de Janeiro, os indícios de irregularidade graves apontados no empreendimento não mais se enquadram no disposto no inciso IV do mesmo artigo.
 - 9.3. determinar à Caixa Econômica Federal que se abstenha de liberar os recursos do Contrato de Repasse 0375.088-77/2011/Ministério da Saúde/Caixa (Siafi 768473) sem que previamente seja comprovado que o conveniente realizou as correções necessárias na planilha orçamentária da obra e realizou nova licitação, cujo orçamento-base possua quantitativos de serviços em conformidade com os previstos em projeto, nos termos dos art. 7º, §4º, da Lei 8.666/1993.
 - 9.4. enviar cópia desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, ao responsável, à Secretaria de Obras do Estado do Rio de Janeiro, ao Fundo Nacional de Saúde e à Gerência Executiva de Governo da Caixa Econômica Federal no Rio de Janeiro (GIGOV/RJ).
10. Ata nº 15/2017 – Plenário.
11. Data da Sessão: 3/5/2017 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0845-15/17-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral