



ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 05/2010 - CGM

São Luis, 22 de outubro de 2010.

ASSUNTO: Caução/garantia contratual referente à execução de obras e serviços.

1. A presente Orientação Técnica tem por objetivo responder à consulta realizada pela Secretaria Municipal de Obras e Serviços, através do Ofício nº 584/2010 - SEMOSP, sobre a impossibilidade das empresas em cumprir a garantia contratual de execução de obras e serviços, por meio de depósito em moeda corrente e, a respeito da possibilidade de ser feita a dedução das faturas apresentadas no decorrer da obra.

Ressalta-se que a orientação será exposta de forma geral, considerando que a consulta não apresentou nenhum fato concreto.

2. Sobre o supracitado tema, a Lei de Licitações e Contratos nº 8.666/93, assim preceitua:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

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;

(...)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente. (grifo nosso)

Fundamentado no disposto, é evidente que o Órgão da Administração Pública possui a discricionariedade de exigir ou não, prestação de garantia nas



PREFEITURA DE SÃO LUIS
CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Fis. Nº 39

R. trica

contratações de obras e serviços, dependendo da situação e avaliação das condições de execução do empreendimento, ou seja, nas hipóteses em que se fizer necessária. E, caso venha a exigir tal garantia, primeiro, deve ser estabelecida no instrumento convocatório, de forma a possibilitar a referida cobrança, uma vez que omissa no ato convocatório, a prestação da garantia não pode ser introduzida em momento posterior e, segundo, necessita obedecer aos limites percentuais legalmente definidos. Ademais, quando a mencionada caução for exigida, a mesma também precisa estar estabelecida em cláusula contratual, conforme determina o art. 55, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, como descrito a seguir:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

Ponderando que o órgão contratante tenha atendido aos pressupostos para a referida exigência de caução e, uma vez que todos os participantes do certame, especialmente o vencedor, não podem alegar desconhecimento da aludida exigência ao decidirem participar do certame, obtendo a íntegra do edital, cientes de todas as obrigações e custos que recairão sobre ele e, apresentando os documentos devidos, inclusive suas propostas de preços, a alegação da impossibilidade de cumprir a caução, no decorrer da execução da despesa, é desarrazoada e descabida.

Destarte, as empresas, para participarem e tornarem-se vencedoras do processo licitatório, necessitam atender a todas as condições instituídas no Edital. No caso em apreço, devem arcar com suas obrigações, notadamente quanto às garantias a serem apresentadas e mantidas no decorrer da execução contratual. De outro modo, estariam apropriando-se do valor referente à caução, em detrimento da Administração Pública.

Cabe lembrar, que a exigência da garantia pela contratante visa assegurar a inexistência de riscos de lesão ao interesse estatal, cercando a administração de todas as cautelas para evitar prejuízo ao patrimônio público. Nesse sentido, Marçal Justen Filho, em seu Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, declara:

Ao estabelecer requisitos de habilitação, a Administração Pública pretende cercar-se de todas as cautelas para evitar o insucesso da contratação. Presume-se que o sujeito que preenche os requisitos constantes na habilitação e cuja proposta é selecionada como vencedora disporá de total condição para executar satisfatoriamente o objeto do contrato. A garantia representa um outro instrumento de eliminar riscos de insucesso.

(...) deve-se ter em vista que a garantia se destina a assegurar a satisfação da Administração Pública em caso de inadimplemento do particular.



PREFEITURA DE SÃO LUIS
CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Fis. Nº 33

Rubrica

Observa-se ainda, que algumas empresas deixam de participar do certame e apresentar suas propostas, por não disporem de recursos suficientes para arcar com o custo da garantia. Além disso, quando se habilitam, geralmente englobam na formação de seus custos, os encargos necessários à obtenção da supramencionada caução.

Outro fator relevante corresponde ao ato ilegal da Administração, quando determina que a garantia deva ser prestada em dinheiro, constituindo restrição às modalidades previstas na Lei, conforme Decisão do TCU nº 538/1998-Plenário. Cabendo assim, a administração possibilitar inicialmente ao contratado, optar por uma das modalidades de garantia definidas no art. 56, § 1º, I ao III da Lei nº 8.666/93.

3. A administração pública não pode se omitir quanto às exigências a que lhe compete. Nesse aspecto, não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, consoante ao que preceitua o art. 41 do nosso Estatuto de Licitações e Contratos, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Sobre o assunto, o TCU entendeu que se o edital exigir a apresentação de garantia, é dever da Administração Pública obrigar o contratado a apresentá-la, segundo Acórdão TCU nº 307/2002 - 1ª Câmara.

4. No que tange à possibilidade da garantia em moeda corrente, ser deduzida das faturas apresentadas no decorrer da obra, informamos não haver amparo legal. Os procedimentos devidos rezam a caução em moeda corrente quando da celebração contratual e, sua liberação ou restituição após a execução do respectivo contrato, que, em dinheiro, deve ser atualizada monetariamente, conforme preceituado no § 4º, art. 56 da Lei nº 8.666/93:

Art. 56 (...)

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

A respeito do procedimento para o depósito da caução a ser efetuado pelo particular, o TCU e o TRF (1ª região) se manifestaram corroborando com a posição supramencionada, ou seja, apenas e somente se o contrato se formalizar, e quando se formalizar, como exposto:

TCU (Item 9.3.1 do AC-2292-33/10-P Sessão: 08/09/10).

Caso previsto no instrumento convocatório, observe rigorosamente o art. 56 da Lei n.º 8.666/93, exigindo, por ocasião da formalização dos próximos contratos firmados, a comprovação da prestação da garantia no momento da celebração do respectivo termo contratual, em obediência ao entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas.

TRF/1ª Região (Excerto do Acórdão do Proc. AG 2007.01.00.043838-4/DE, DJF1 de 18/02/2008).



PREFEITURA DE SÃO LUIS
CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Fis. Nº 34

Rubrica

O seguro-garantia de execução do contrato, ao contrário das garantias da proposta, somente deve ser apresentado pela licitante vencedora, haja vista que a sua exigência, na fase inicial do certame, restringe, sem causa idônea, o número de participantes.

Importa trazer à baila, que o prazo de garantia do objeto não necessariamente coincide com a vigência contratual, devendo prevalecer enquanto persistir a responsabilidade do particular. Em relação a esta matéria o TCU decidiu:

(...) observe, nas contratações futuras, as disposições constantes da Lei 8.666/93, art. 57, que dispõe sobre o prazo da duração dos contratos, sem incluir no período de vigência o prazo de garantia, uma vez que esse direito, de acordo com o que preceitua o art. 69, e o § 2º, do art. 73, todos da Lei 8.666/93, perdura após a execução do objeto do contrato. (Decisão TCU nº 202/2002 - 1ª Câmara)

Cabe ainda esclarecer que, embora o nobre Marçal Justen Filho, em seu Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, fls. 664, admita a liberação da garantia pela administração, proporcionalmente à execução da prestação realizada pelo particular, o TCU tem entendimento distinto ao julgar determinado fato concreto, não concedendo margem para a redução ou liberação antecipada, mesmo que proporcional, da garantia contratual. E, para o Ente Público, este juízo deve prevalecer sobre aquele. Segue o Acórdão do TCU nº 1.600/2004 - Plenário:

(...) a redução do valor da garantia contratual, de 10% para 2,4% do valor do contrato, em desacordo com o que dispõe o § 4º do art. 56 da Lei 8.666/93, que reza que a garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída somente após a execução do contrato, condição que não se verificou, uma vez que a obra ainda não havia sido concluída.

Ratificamos, seguindo o referido entendimento, a impossibilidade da garantia em moeda corrente, ser deduzida das faturas apresentadas no decorrer da obra, até porque ela deve ser depositada em sua totalidade quando da celebração contratual e, restituída também em sua totalidade, após a execução do contrato, atualizada monetariamente. Ademais, admitir a dedução do valor da caução nas faturas, ao longo da execução contratual, descaracterizaria a essência e o princípio da mesma, não se permitindo, no caso em comento, a dedução proporcional para posterior devolução.

5. Na hipótese de inadimplemento, a garantia será executada nos termos do art. 80, III, da Lei nº 8.666/93. Sendo motivo inclusive de rescisão contratual, pelo descumprimento da sua cláusula que exige a prestação de garantia, conforme determinado na mesma lei, expresse a seguir:



PREFEITURA DE SÃO LUIS
CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Fis. Nº 35

Rubrica [assinatura]

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

(...)

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

(...)

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

(...)

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;


(grifo nosso)

6. Ante o exposto, considerando a exigência de caução estabelecida no instrumento convocatório e, por sua vez, no contrato, a Administração não poderá se omitir quanto à sua cobrança do particular, a fim de evitar incorrer em violação ao princípio do instrumento convocatório. Feita a caução, que deve ser no momento da celebração contratual em sua totalidade, a mesma só deverá ser liberada ou restituída após a execução do contrato. Caso a contratada não cumpra com as condições estipuladas previamente, a norma estabelece como um dos motivos para rescisão contratual.

É a orientação. À consideração superior.


JACKSON DOS SANTOS CASTRO
Coordenador de Auditoria de Normas Técnicas

De acordo. Encaminhe-se à Controladora Geral em exercício.


MÁRCIA RÉGINA BRANDÃO DE PAIVA
Superintendente de Prestação de Contas e Normas Técnicas

De acordo. Encaminhe-se à Secretaria Municipal de Obras e Serviços.


MARIA MARPHISA B. M. FROTA
Controladora Geral do Município - em exercício