

SECRETARIA DE ASSUNTOS JURÍDICOS
Proc. de Termos Licitações e Contratos -

PARECER Nº: 0205/2016

PROCESSO:2016.02.000745

INTERESSADO: Gabinete de Projetos Especiais - GPE

ÓRGÃO DE ORIGEM: GABINETE DE PROJETOS ESPECIAIS

ASSUNTO: Consultiva Administrativa - Contratos Administrativos - Termo Aditivo - Acréscimo e supressão

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO.
ACRÉSCIMO E SUPRESSÃO. LIMITES. COMPENSAÇÃO.
IMPOSSIBILIDADE. SUPERAÇÃO EXCEPCIONAL DOS
LIMITES. DECISÃO Nº 215/99 - TCU.

Trata-se de solicitação de elaboração do 9º TA ao Contrato n. 168/2013, firmado entre o Município e a ANDRADE PONTES ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA, cujo objeto é a execução das obras e serviços de construção de UPINHA na Rua Itabira – Bomba do Hemetério. Nos termos do pleito (fls. 1), o aditivo importa acréscimo de R\$ 125.976,67, a configurar um reflexo financeiro de 7,12% no montante inicial contratado.

Consta dos autos a nota de empenho do referido valor acrescido (fls 2).

Nas fls. 3 consta resumo do transcurso contratual, com o histórico de aditivos, acréscimos e dilações temporais na execução contratual. De plano, salta aos olhos que os acréscimos ocorridos são de grande monta. O aditivo pretendido, tal qual os demais já realizados, "*tem por único objetivo o de se adequar o orçamento executivo do contrato de construção da UPINHA Bomba às reais necessidades de realização dos serviços em campo, compatibilizando-se os itens e as quantidades previstas em planilha, possibilitando a conclusão da obra e garantindo-se, dessa forma, o pleno atendimento aos objetivos do contrato, sobretudo no que diz respeito ao interesse da administração quanto a propiciar-se à população melhorias no atendimento público primário na área de saúde*". (fls. 4).

A justificativa da Gerência Geral de Engenharia aponta, ainda, para a incidência ao caso da já famosa Decisão 215/99 do TCU, sobretudo quanto à possibilidade de extrapolação do limite de acréscimos contratuais (25%). No caso, toda a alteração já havida e por haver representaria um reflexo financeiro de 58,77% do valor contratual (ver tabela de fls. 9 com o histórico de revisões técnicas, acréscimos e supressões ocorridas no presente contrato / objeto).

Traz-se, ainda, a justificação dos preços aditados (ora preços já tidos em contrato, ora preços oriundos de pesquisa de mercado / tabelas referenciais), a anuência do contratado, o parecer

NN. 2016.02.000745

Rua Cais do Apolo, 925 - CEP 50030903, Recife-PE

técnico da gerenciadora da obra.

Previamente à análise conclusiva acerca da solicitação da consulente, esta PTLC solicitou esclarecimentos sobre a questão da superação dos limites de acréscimos contratuais, sobretudo ante as disposições da Decisão 215/99 do TCU. É que, tendo em vista que as alterações pretendidas superam o limite legal de 25% (vinte e cinco por cento), na forma acima referida, o acréscimo decorrente de alteração qualitativa apenas será viável de forma excepcional, com o atendimento das condicionantes tratadas na Decisão TCU nº 215/99 – Plenário, devendo o Gabinete de Projetos Especiais, através de seus órgãos técnicos competentes e com aprovação expressa da autoridade superior demonstrar, de forma fundamentada e direta, a ocorrência dos requisitos descritos na referida decisão.

Em suma, eis os questionamentos então formulados (fls. 180-181):

- 1) O aditivo pretendido acarreta para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório?;
- 2) O aditivo põe em risco a completa execução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado?; O contratado tem condições de executar satisfatoriamente os serviços a serem acrescidos? Há algum caractere técnico novo de cunho habilitatório nos serviços / itens adicionados?
- 3) O aditivo decorre de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial?;
- 4) O aditivo ocasiona a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos?;
- 5) As modificações objeto do aditivo são necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes?;
- 6) As consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência?

Em atenção aos questionamentos acima, o Consulente apresentou suas respostas e indicou, em suma que: 1) o aditivo não é mais custoso que nova contratação; 2) a contratada está apta técnica e economicamente para a complementação da obra; 3) o aditivo contempla desígnios

supervenientes no bojo do objeto; 4) inexistência da transfiguração do objeto; 5) as modificações se alinham ao efetivo interesse de finalização de projeto que trará benefícios aos serviços de saúde; 6) eventual rescisão e nova contratação seriam mais custosas, demoradas e poderiam trazer indefinição quanto às responsabilidades técnicas decorrentes da finalização do objeto.

Mais uma vez instado a se manifestar sobre os caracteres das alterações pretendidas (fls. 186), o Consulente indicou, em resumo, *"os ajustes propostos no aditamento contratual se referem apenas à compatibilização da planilha orçamentária aos projetos executivos de arquitetura e de instalações (projetos complementares), possibilitando enquadramento no orçamento analítico com as reais necessidades executivas do empreendimento garantindo a consecução do contrato. Dessa forma atingimos os objetivos pactuados, preservando ainda o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com a garantia de que o custo unitário dos itens constantes no presente termo aditivo não excede os custos unitários de referência utilizados no certame, assegurada ainda a manutenção da vantagem da proposta vencedora através do emprego do deflator "K", que representa o desconto ofertado pela vencedora na ocasião da licitação"*.

Expostas tais considerações de ordem fática, importa analisar juridicamente a situação. De antemão, no entanto, necessário dizer que a presente situação, em termos praticamente idênticos, já foi analisada por essa PTLC, em minucioso Parecer da lavra do colega Procurador Danilo Miranda Vieira¹, com o qual concordo integralmente e, por ora, faço uso para definir os contornos jurídicos do presente caso.

Nos termos da Lei nº 8.666/93, o contratado é obrigado a aceitar os acréscimos ou supressões contratuais no percentual de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, sendo esse limite elevado para 50% (cinquenta por cento) em se tratando de acréscimos em contratos de reforma (art. 65, § 1º). A lei admite que se ultrapassem tais limites apenas no caso de supressões resultantes de acordo entre os contratantes (art. 65, § 2º, "b").

Ponto relevante de discussão em relação a tal matéria consiste em saber se é possível admitir a compensação entre acréscimos e supressões, para fins de observância dos limites legais para alterações contratuais. Enfim, indaga-se qual a alternativa mais consentânea com a legislação aplicável, se considerar o resultado da subtração entre os acréscimos e supressões efetuados em cada aditivo ou considerar os acréscimos e supressões de forma individualizada, sem qualquer possibilidade de compensação entre eles.

Nesse passo, é de ver-se que a jurisprudência do TCU tem se consolidado no sentido de não admitir a compensação entre acréscimos e supressões, os quais devem ser considerados de forma individualizada, para fins de analisar a observância ou não aos limites legais de alterações

¹ Parecer no bojo do Contrato n. 175/13, firmado entre o Município do Recife e a ANDRADE PONTES ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.

contratuais. Com efeito:

"(...)9.1.3.1. abstenha-se de extrapolar os limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei n. 8.666/1993, tendo em vista que o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no referido dispositivo legal;" (Acórdão nº 749/10 – Plenário)

"O entendimento deste Tribunal é pacífico no sentido de que o cálculo para enquadramento no limite previsto no §1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 deve ser feito considerando as supressões e acréscimos como ações distintas, sem que se proceda ao balanceamento entre os dois (Acórdão nº 2.048/2008 - Plenário)." (Acórdão 2.738/10 – Plenário)

"19.2.2. O fato é que inúmeros órgãos/entidades da administração têm utilizado o expediente de alterar as contratações via termos aditivos mistos, compostos de acréscimos e supressões em instrumento único, abrindo caminho para alterações substanciais na concepção inicial do projeto licitado, desde que as variações em termos globais (líquido entre acréscimos e supressões) estejam dentro da margem prevista na legislação. (...) 19.2.5. (...) não deve prosperar o entendimento que a alteração contratual, mesmo que em único termo aditivo, represente apenas a parcela líquida entre acréscimos e supressões. 19.2.6. Pois, não raro, as alterações contratuais (supressões e acréscimos em único termo aditivo) têm sido processadas com o visível intuito de abrir espaço para alterações substanciais na concepção inicialmente contratada e inclusão de outros serviços, que desvirtua o objeto inicialmente licitado e não deixa de ser uma forma de burlar a legislação." (Acórdão 1.981/09 – Plenário)

Como visto, o argumento essencial é a finalidade de evitar modificações excessivas no objeto contratado, o qual, em se admitindo a ilimitada compensação entre acréscimos e supressões, pode vir a ser transformado em outro completamente distinto daquele inicialmente licitado, o que vai de encontro a princípios básicos da licitação, como a vinculação ao instrumento convocatório e a isonomia. Além disso, tal entendimento é o que decorre até mesmo de uma interpretação literal do texto legal, o qual em nenhum momento admite expressamente a compensação entre acréscimos e supressões.

Discute-se, ainda, se os referidos limites são aplicáveis apenas às alterações meramente quantitativas (art. 65, I, "b") ou também às qualitativas (art. 65, I, "a"). No âmbito do TCU, prevalece o entendimento de que tanto umas como outras se sujeitam aos limites de acréscimo legalmente fixados. A Corte de Contas, no entanto, admite a superação excepcional de tais limites, em se tratando de alterações qualitativas, desde que atendida uma série de requisitos, delineados na Decisão nº 215/99 – Plenário, de seguinte teor:

"O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta (...) nos seguintes termos:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência; (...)" (Decisão nº 215/99 – Plenário).

Em suma, conforme entende a referida Corte, apenas se admite a superação dos limites legais de acréscimo nas alterações qualitativas do objeto contratual, quando tal providência for imprescindível ao atendimento do interesse público primário no caso específico, mediante a comprovação de que a realização de procedimento licitatório e nova contratação exclusivamente para a execução dos acréscimos importariam em inadmissível sacrifício ao interesse coletivo.

No caso em exame, os acréscimos ora pretendidos acarretarão a superação do limite legal de 25% (vinte e cinco por cento), na linha exposta pelo próprio Consulente e relatada acima. Assim, à luz do entendimento ora adotado de que os limites legais devem ser considerados isoladamente, sem compensação entre acréscimos e supressões, verifica-se a inobservância do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93. Diante desse quadro, deve-se perquirir se estão presentes circunstâncias extraordinárias que autorizem a excepcional superação dos referidos limites em caso de alterações qualitativas do objeto contratual, na linha da Decisão TCU 215/99 – Plenário.

O Gerente Geral de Engenharia do órgão demandante apresentou justificativas para os novos acréscimos pretendidos, em face dos aspectos abordados pelo TCU na decisão aludida. Tais justificativas, constantes do relatório que inicia o presente parecer, descrevem, em suma, que os

acréscimos decorreram de situações não previstas originalmente, demandando alterações qualitativas e quantitativas; que o objeto original não fica transfigurado, permanecendo a edificação com as mesmas características básicas; que todas as alterações visam otimizar a execução do objeto original, seja por obrigatoriedade técnica ou para viabilizar os benefícios sociais oriundos da operacionalização da edificação, permitindo o melhor funcionamento possível do empreendimento; que a empresa contratada possui capacidade técnica e econômico-financeira para executar o acréscimo pleiteado; que a não celebração do aditivo requerido acarretará prejuízos insuportáveis ao interesse coletivo, pois a instauração de uma nova licitação, além de se apresentar custosa para a Administração, importará em atraso na conclusão da obra com graves consequências a esse interesse, considerando o lapso temporal necessário à celebração do novo contrato, devendo-se registrar, ainda, a dificuldade inerente à divisão da responsabilidade técnica pela obra, caso uma outra empresa seja vencedora da licitação para executar o remanescente.

Em face das razões apresentadas, no sentido da continuidade do presente contrato, com as alterações solicitadas, ser menos prejudicial ao interesse público do que uma rescisão seguida de uma nova licitação e contratação, afigura-se viável a celebração do aditivo nos moldes pretendidos. As justificativas trazidas aos autos apontam para a existência dos aspectos mencionados na aludida decisão do TCU, os quais, no entender daquele órgão de contas, autorizam a superação dos limites legais de acréscimo contratual. Veja-se, no entanto, que tal aferição foge da seara eminentemente jurídica, sendo competência dos órgãos técnicos de engenharia a sua manifestação e concretização. Cabe a essa Procuradoria, pois, desenhar e informar os contornos jurídicos da situação apresentada pelo órgão técnico (esse, sim, o capacitado pela aferição, por intermédio de atuação administrativa com presunção de veracidade).

Não se pode perder de vista, no entanto, a natureza excepcional de tal superação, a qual não deve se converter em regra. Como já visto, nem mesmo a compensação com concomitantes supressões é admitida para fins de observância dos limites legais. *Recomenda-se, assim, que em futuras licitações sejam efetuados todos os estudos técnicos necessários à elaboração de projeto básico que seja o mais adequado possível às condições locais de execução da obra ou serviço.*

Ainda que se admita a celebração do aditivo ora solicitado, é de ver-se que situações como a dos autos têm se repetido em diversos contratos do mesmo órgão municipal. Dificuldades imprevistas na execução das obras têm se sucedido com muita frequência, configurando indícios de falhas no planejamento das contratações.

Inclusive por essa razão, os elementos dos autos não permitem afastar, desde já, a responsabilidade dos agentes públicos envolvidos na contratação, em razão dos acréscimos contratuais realizados em desconformidade com o art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Assim, ainda que autorizada a celebração do aditivo solicitado por razões de interesse público, o GABPE deve apurar

as eventuais responsabilidades funcionais por falhas no planejamento da contratação e na elaboração do projeto básico, que possam ter acarretado as aludidas alterações contratuais.

Tendo em vista a constante repetição das falhas apontadas, também deve ser enviada cópia do presente parecer à Controladoria do Município, a fim de que realize o acompanhamento deste contrato e das licitações instauradas pelo GABPE, no intuito de identificar as causas, responsabilidades funcionais e evitar erros nos projetos que acarretem novos acréscimos contratuais em desacordo com os termos legais.

Posto isso, opino pela viabilidade de celebração do aditivo pretendido, sem prejuízo das recomendações acima, com envio de cópia do presente parecer à Controladoria do Município.

À consideração superior.

Recife, 03 de julho de 2016

Bruno Santos Cunha
Matrícula 87.476-8