

PROCESSO Nº : 11.446-4/2011
INTERESSADO : PREFEITURA MUNICIPAL DE CUIABÁ
ASSUNTO : CONSULTA
RELATOR : CONSELHEIRO DOMINGOS NETO
PARECER Nº : 57/2011

Excelentíssimo Senhor Conselheiro,

Trata-se de consulta formulada pelo Senhor Francisco Bello Galindo Filho, Prefeito de Cuiabá, fls. 03-06 TCE, que indaga acerca da interpretação da aplicabilidade de dispositivos da Lei nº 8.666/93 em situações envolvendo alteração de contratos administrativos já celebrados, com fito de adequá-los quantitativa e qualitativamente às finalidades de interesse público, nos seguintes termos:

[...] é lícito a Administração valer-se do contrato por ventura já celebrado, modificando-o, mesmo que unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, assim como para melhor adequação técnica, na forma preconizada pelos arts. 58, I e 65 I, "a" da Lei nº 8.666/93?

Tais situações são exemplificadas pelo consulente:

[...] no caso em apreço, o que se busca junto a essa Corte de Contas é a interpretação sobre a aplicabilidade, em tese, dos dispostos nos arts. 7º, § 1º, 58, I e 65, I, "a", da Lei nº 8.666/93, em situações envolvendo, sobretudo, obras de recuperação de vias asfaltadas.

[...] para se efetivar o recapeamento em determinadas vias, há necessidade de prévia implementação de serviços de tapa buraco, com realização de escavações, compactação do solo e adoção de outras providências para garantir a qualidade dos trabalhos conclusivos de recuperação da via de circulação.

Assim, pode-se afirmar que a fase de tapa buraco se constitui em etapa distinta, anterior e preparatória para execução de obras de recapeamento de vias asfaltadas, à luz do disposto nos § 1º, do art. 7º da Lei nº 8.666/93.

Outrossim, Excelência, no decorrer da execução dos serviços de recapeamento, é fato que a Administração pode se ver diante de imprevistos, os quais impõem a necessidade de adequação dos trabalhos a serem executados, sobretudo porque as condições de trafegabilidade das vias são extremamente sensíveis à inúmeras circunstâncias variáveis de complexa previsão, tais como condições de uso por determinados tipos de veículos pesados, incidência de chuvas fora dos padrões de normalidade, manutenção de redes de água e esgoto, entre outras situações.

Não raramente, a Administração elabora os projetos básicos e executivos, porém, ao final do certame licitatório, após a celebração do contrato, o que pode levar meses, dependendo da modalidade licitatória, depara-se, na fase de execução, com situação fática que não mais retrata a realidade diagnosticada por ocasião da fase de estudos preliminares. Citam-se, como exemplos, os danos causados a uma via a ser recuperada, mas que foi afetada pelo rompimento de uma adutora de água; a incidência de erosões decorrentes de enxurradas e agravadas pelo tráfego de ônibus ou caminhões.

Daí indaga-se: Tais circunstâncias, é lícito a Administração valer-se do contrato por ventura já celebrado, modificando-o, mesmo que unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, assim como para melhor adequação técnica, na forma preconizada pelos arts. 58, I e 65 I, "a" da Lei nº 8.666/93?

O consulente não juntou aos autos outros documentos.

É o breve relatório.

1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Os pressupostos de admissibilidade da presente consulta, exigidos pelo art. 232 da Resolução 14/2007 (Regimento Interno do TCE/MT), foram preenchidos, pois a consulta foi formulada em tese, por autoridade legítima, versa sobre matéria de competência deste Tribunal e os quesitos foram formulados de forma precisa e objetiva.

Em relação ao último critério de admissibilidade, cabe algumas ressalvas em relação à objetividade e precisão dos quesitos formulados, pois, embora possamos concluir que a consulta foi formulada de forma precisa e objetiva (é lícito a Administração

valer-se do contrato por ventura já celebrado, modificando-o, mesmo que unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, assim como para melhor adequação técnica, na forma preconizada pelos arts. 58, I e 65 I, “a” da Lei nº 8.666/93?), a mesma perde a objetividade quando vincula o questionamento formulado a situações hipotéticas de alteração de contrato de recapeamento de vias asfaltadas.

Nesse ponto, o consulente apresenta dois argumentos distintos.

Num primeiro momento, infere que as obras de “tapa buraco se constitui em etapa distinta, anterior e preparatória para execução de obras de recapeamento de vias asfaltadas”. Porém, não dispõe de forma precisa a dúvida inerente a essas fases e à correlação com eventuais alterações contratuais, o que pode levar essa Consultoria Técnica a uma interpretação que não corresponde ao objetivo da consulta, impossibilitando, portanto, a análise da matéria sob esse enfoque.

Num segundo momento, trata de forma exemplificativa algumas razões que poderiam justificar a adequação do projeto básico ou executivo da obra de recapeamento de vias asfaltadas, e questiona, ao final, se seria possível, nessas situações, a Administração promover alterações contratuais unilaterais para melhor adequação do contrato às finalidades de interesse público.

Não é possível a este Tribunal de Contas responder às indagações do consulente em relação às situações hipotéticas por ele consignadas, pois, se assim o fizesse, estaria aproximando-se de situações concretas, sem considerar todas variáveis inerentes à execução de um contrato dessa natureza, o que poderia levar este Tribunal à adoção de entendimentos que, na prática, se mostrariam inviáveis, seja porque vedaria a realização de alterações contratuais legítimas ou validaria alterações irregulares.

Sendo assim, a análise, por este Tribunal de Contas, de alterações contratuais em função de determinadas situações só deve ser realizada no caso concreto, quando da

fiscalização dos processos e contratos administrativos, situação na qual os auditores deste Tribunal terão conhecimento de todas as variáveis que influenciaram a respectiva alteração contratual.

Por isso, o presente parecer limitar-se-á ao questionamento em tese formulado pelo consulente, evitando-se de promover análise vinculada a qualquer situação concreta, de forma a verificar apenas os limites jurídicos para realização de alterações contratuais.

Passa-se à análise, em tese, da consulta formulada.

2. DO MÉRITO

O consulente indaga acerca da possibilidade de promover alterações contratuais, mesmo que unilateralmente, para melhor adequação do contrato às finalidades de interesse público, assim como para melhor adequação técnica, na forma preconizada pelos arts. 58, I, e 65, I, “a”, da Lei nº 8.666/93.

A análise jurídica sobre a possibilidade de alterações dos contratos administrativos deve ser promovida a partir da necessária convivência de dois grupos de elementos constitucionais: os princípios de isonomia e impessoalidade em matéria de contratações públicas, de um lado, e os princípios de eficiência e economicidade, de outro¹.

Os princípios constitucionais que integram o primeiro grupo demandam a necessidade de regras objetivas que visam limitar a discricionariedade administrativa em termos de alterações contratuais, pois, se tal poder fosse ilimitado, correr-se-ia o risco de adoção de soluções ilegítimas, que visassem privilegiar ou prejudicar o contratado particular, a depender de seu relacionamento com a autoridade competente para decidir sobre a matéria.

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Parecer Jurídico: Concessão rodoviária. Alterações no objeto do contrato: acréscimo de obras novas a pedido do poder público. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Possibilidades e limites*. 2008. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=47>, acessado em: 17/06/2011.

Tais disfunções poderiam ocorrer, por exemplo, nos casos de aditivos ilimitados em favor do contratado, visando beneficiá-lo mediante a ampliação exagerada da dimensão do objeto contratual, ou até mesmo da alteração de sua natureza, em prejuízo dos demais possíveis licitantes, que não tiveram oportunidade de concorrer para tal objeto com a dimensão e natureza modificadas pela via do aditivo contratual. Por outro lado, o Poder Público poderia reduzir de forma desproporcional o objeto contratado, ou transformá-lo a tal ponto que inviabilizaria sua execução pelo contratado. Em ambos os casos, restaria inobservado os princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade.

Já o segundo grupo, consistente nos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, apregoa que não se poderia realizar nova licitação quando os resultados dela decorrentes seriam menos econômicos e eficientes do que aqueles obtidos com a adequação de um contrato preexistente.

Nesse contexto, a Lei 8.666/93 trás os critérios objetivos que visam estabelecer o equilíbrio entre esses grupos de normas constitucionais, podendo-se afirmar que a mutabilidade é característica intrínseca dos contratos administrativos, limitada aos critérios objetivos previstos na referida lei.

Contudo, não basta observar tais critérios, haja vista que todas as alterações contratuais devem ser previamente motivadas, de forma a demonstrar previamente o atendimento do interesse público primário, ou seja, o interesse da sociedade, não se restringindo ao interesse público secundário, que corresponde ao interesse do erário. Nesse termos, o interesse público primário constitui fundamento, condição e limites para qualquer alteração contratual.

Analisando as disposições legais que tratam das alterações dos contratos administrativos, observa-se que elas podem ser classificadas em unilaterais e consensuais.

As **alterações consensuais** são aquelas na qual a Administração e o contratado pactuam alterações que visam adequar as condições de execução do objeto do contrato ou a promover o reequilíbrio econômico-financeiro do mesmo (art. 65, II, da Lei nº 8.666/93)².

As **alterações unilaterais**, por sua vez, são aquelas passíveis de serem promovidas pela Administração Pública independentemente da concordância do contratado, visando, sempre, garantir o atendimento do interesse público primário, estando condicionadas pelos termos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (art. 58, I, c/c art. 65, I, da Lei nº 8.666/93)³.

Tais alterações unilaterais subdividem-se em alterações quantitativas (art. 65, I, b) e qualitativas (art. 65, I, a).

-
- 2 Lei nº 8.666/93: Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- 3 Lei nº 8.666/93: Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; [...] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; [...] § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. § 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) I – (VETADO) II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998) [...] § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

As alterações quantitativas referem-se à acréscimo ou diminuição da dimensão do objeto do contrato, assim, numa obra de recapeamento de vias asfaltadas, por exemplo, pode-se acrescentar ou diminuir a extensão da área a ser recapeada, mediante o acréscimo ou supressão de ruas. Há, nesse caso, alteração da dimensão do objeto contratado.

Já as alterações qualitativas implicam em alterações nas quantidades de itens da planilha de obras e serviços, sem, contudo, alterar a dimensão do objeto. Assim, no exemplo dado, de recapeamento asfáltico, poderia ser alterada a quantidade do serviço de compactação do solo por motivos supervenientes e imprevisíveis, porém, isso não importaria em alteração na dimensão do objeto, já que a alteração só visava possibilitar a execução do objeto contratado inicialmente. Verifica-se que as alterações qualitativas geralmente importarão em variações quantitativas do valor contratual.

Para melhor exemplificar essa diferença entre as alterações quantitativas e qualitativas, no que se refere à alteração na dimensão do objeto do contrato para primeira e na alteração da quantidade de obras e serviços para segunda, nos valem de exemplo de Eros Roberto Graus, citado por Furtado e Cavalcanti⁴, no seguinte sentido:

(a) contrata-se a pavimentação de 100km de rodovia; se a Administração estender a pavimentação por mais 10km, estará acrescentando, quantitativamente, o seu objeto – a dimensão do objeto foi alterada; (b) previa-se, para a realização do objeto, a execução de terraplanagem de 1000m³; se circunstâncias supervenientes importarem que se tenha de executar serviços de terraplanagem de 1200m³, estará sendo acrescida a quantidade de obras, sem que, contudo, se esteja a alterar a dimensão do objeto – a execução de mais 200m³ de serviços de terraplanagem viabiliza a execução do objeto originalmente contratado.

Por outro lado, nenhuma dessas modalidades de alteração do contrato administrativo pode alterar a natureza do seu objeto, ou seja, se o contrato tem por objeto a aquisição de helicópteros, não poderá ser alterado para aquisição de aviões, bem como

4 Eros Roberto Graus *apud*: FURTADO, Lucas Rocha; CAVALCANTI, Augusto Sherman. *Os Limites Legais às Alterações de Contratos Administrativos – Possibilidade de Extrapolação*. Revista do TCU, n.º 82, out./dez. 1999, p. 17.

se o objeto é a construção de uma ponte, não poderá ser modificado para pavimentação asfáltica ou aquisição de uma balsa.

E se a alteração objetivar mudar as características do objeto, mas sem trocá-lo por outro, por exemplo, na alteração de uma ponte de madeira para uma ponte de concreto, haverá descaracterização da natureza do objeto?

Nesse ponto, referente à intangibilidade da natureza do objeto licitado, não é bem definido os limites entre a alteração ilegítima da natureza do objeto e a adequação técnica do projeto que permite a execução do objeto contratado originalmente⁵, o que se atesta por meio de precedentes do Tribunal de Contas da União nos quais se verifica a dificuldade de definição desses limites⁶.

5 Fernando Vernalha Guimarães, *Alteração unilateral do contrato administrativo – Exegese de dispositivos da lei 8.666/93*, Revista dos Tribunais 814:86, 2003, *apud* Barroso, Luís Roberto. *Concessão rodoviária. Alterações no objeto do contrato: acréscimo de obras novas a pedido do poder público. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Possibilidades e limites*. 2008.: “A primeira limitação [às alterações qualitativas] que se infere diz com a vedação à transfiguração essencial do objeto; impede-se a desnaturação de aspectos do objeto do contrato (mediato e imediato) que lhe retirem a origem. (...) Há de se preservar um núcleo mínimo na qualidade do objeto. Não se pode, sob o título da competência *variandi*, impor-se ao co-contratante modificação de tal natureza que acabe por converter o objeto em ‘novo objeto’. Isso ofenderia princípio da obrigatoriedade da licitação, além de arranhar direitos do co-contratante. O ponto nevrálgico da questão reside na identificação da tênue linha que separa as modificações não-essenciais daquelas que se transfigurem na introdução de um ‘novo objeto’. A solução será fornecida nos casos concretos. Como segunda limitação, põe-se o impedimento à oneração excessiva do co-contratante, acarretando-lhe um extravasamento de sua capacidade operacional”;

6 Acórdão TCU nº 396/2003 – Plenário – Trecho do Voto do Relator, Min. BENJAMIN ZYMLER: “A concepção original do empreendimento foi significativamente alterada, passando-se de um aeroporto destinado ao pouso e decolagem de pequenos aviões a outro, capaz de comportar aeronaves de grande porte. Esta modificação possibilitou dotar a Capital do Estado de uma infra-estrutura aeroportuária compatível com os padrões internacionais de aeronáutica. [...] No entanto, ainda que se admitisse a ocorrência de acréscimo no valor do Contrato nº 408/91, em razão das significativas mudanças na concepção original da obra, seria forçoso reconhecer, à toda evidência, que a integridade do objeto contratual inicialmente pactuado, qual seja, a construção do Aeroporto de Palmas, manteve-se inalterada. As mudanças sobrevindas ao Contrato nº 408/91 possuíam natureza eminentemente qualitativa, não rompendo a fronteira do obrigatório respeito ao objeto contratual, limite implícito à mutabilidade do contrato administrativo, admitida no ordenamento jurídico. O Termo Aditivo nº 117/97 manteve a essência do objeto imediato contratado, alterando, entretanto, as especificações estabelecidas no Projeto Básico inicial, com vista à melhor adequação técnica e operacional do empreendimento à nova dimensão que lhe fora conferida pelas especificações ditadas pela INFRAERO. Com efeito, as inovações ao Projeto Básico se houveram em integral consonância ao objeto original, nelas não se incluindo qualquer modificação que pudesse desnaturar a essência do que havia sido contratado originalmente.”

Acórdão TCU nº 1.428/2003 – Plenário – Trecho do Voto do Relator, Min. UBIRATAN AGUIAR: “Diante do exposto, não posso concordar com o raciocínio simplista de que a alteração realizada no projeto inicialmente licitado não ultrapassou o limite de 25% e, por isso mesmo, não existiu nenhuma ilegalidade. Muito menos posso concordar com os fundamentos apresentados pela SEMARH quando defende que “se uma barragem de terra, por exemplo, tem seu método construtivo alterado para uma de concreto compactado a rolo (CCR) não pode de modo algum afirmar que houve alteração do objeto”. Por certo continuará sendo uma barragem, mas jamais poderá ser

Em todo caso, tanto as alterações unilaterais quantitativas quando as qualitativas devem observar os limites impostos pelos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 (limite de acréscimo e supressão de 25% do valor do contrato, para obras, serviços ou compras, e 50% para reforma de edifício ou de equipamento, só sendo permitido supressões acima desses percentuais nos casos de acordo entre os contratantes, não havendo exceção em relação ao limite de acréscimo), sendo que a última hipótese de alteração admite exceções, conforme considerações a seguir.

Primeiramente, cumpre observar que a aplicação desses limites às alterações unilaterais quantitativas não enfrenta maiores debates, haja vista que a parte final do dispositivo normativo contido no art. 65, I, b, reporta-se expressamente a esses limites.

Já em relação às alterações unilaterais qualitativas, a doutrina dominante defende que não se aplicam os limites de 25% e 50%, sob o argumento de que o art. 65, I, a, não vincula tais alterações aos referidos limites⁷.

Contudo, perfilhando a doutrina de autores com experiência em controle externo da Administração Pública, verifica-se que prevalece o entendimento de que mesmo as alterações unilaterais qualitativas devem observância aos limites fixados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93⁸, sob o argumento de que não se poderia permitir alterações ilimitadas dos contratos administrativos, pois isso poderia implicar duas consequências

considerado o mesmo objeto licitado. [...] Não se alegue que não houve alteração do projeto básico, mas apenas o seu detalhamento no projeto executivo, pois, apesar de reconhecer que este possa fazer algumas correções naquele, não pode alterá-lo de modo a se constituir objeto completamente distinto do inicialmente licitado. Alterações significativas, antes de iniciada a obra exige a realização de novo procedimento licitatório e não assinatura de termo aditivo.

7 Nesse sentido: Luís Roberto Barroso, Caio Tácito, Marçal Justen Filho, Antônio Marcelo da Silva, Diógenes Gasparini, Gisele Clozer Pinheiro Garcia, Cláudio Neme, Fernando Vernalha Guimarães, e outros.

8 FURTADO, Lucas Rocha; CAVALCANTI, Augusto Sherman. *Os Limites Legais às Alterações de Contratos Administrativos – Possibilidade de Extrapolação*. Revista do TCU, n.º 82, out./dez. 1999, p. 17. “Por isso, nos alinhamos à tese de que as alterações *unilaterais qualitativas* estão sujeitas aos mesmos limites escolhidos pelo legislador para as alterações *unilaterais quantitativas*, previstos no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, não obstante a falta de referência a eles no art. 65, I, a, da mencionada Lei. Fundamentamo-nos na necessidade de previsão de limites objetivos e claros em Lei, no princípio da proporcionalidade e no respeito dos direitos do contratado, prescritos no art. 58, I, da Lei 8.666/93.”

indesejadas. A primeira delas refere-se ao possível desrespeito aos direitos do contratado, ao ser obrigado a suportar supressões ou acréscimos extremamente onerosos, o que poderia inviabilizar o cumprimento do objeto contratual. A segunda trata da possibilidade de ocorrência de fraudes ao princípio da licitação pública, previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, mediante alterações desproporcionais do objeto pactuado inicialmente, o que demandaria um novo proceder licitatório.

Registra-se, enfim, que mesmo para esses autores, que entendem ser aplicáveis os limites em tela às alterações unilaterais qualitativas do contrato administrativo, tal regra comportaria exceções em situações excepcionalíssimas e desde que com o consentimento do contratado⁹.

O Tribunal de Contas da União, em convergência com esse entendimento, considera que tanto as alterações quantitativas quanto as qualitativas submetem-se aos limites estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, admitindo-se, contudo, a possibilidade de alterações consensuais qualitativas acima desse limites, desde que observados uma série de pressupostos, estabelecidos por meio da Decisão nº 215/99¹⁰, deliberada pelo Pleno do Tribunal em processo de consulta.

Na jurisprudência daquele Tribunal, são pressupostos para alterações contratuais qualitativas acima dos limites supramencionados:

9 FURTADO, Lucas Rocha; CAVALCANTI, Augusto Sherman. *Os Limites Legais às Alterações de Contratos Administrativos – Possibilidade de Extrapolação*. Revista do TCU, n.º 82, out./dez. 1999, p. 17. “Isso não significa, entretanto, que, na realização do interesse público, a Administração não possa, em caráter excepcional, ultrapassar referidos limites. Em nossa opinião, poderia fazê-lo, em situações *excepcionalíssimas*, na hipótese de alterações *qualitativas*, revisando, não unilateralmente, mas *consensualmente*, a obrigação e o valor do contrato.”

10 Decisão TCU nº 215/1999 – Plenário: “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;

É de se destacar que recentemente esse posicionamento tradicional do Tribunal de Contas da União foi relativizado em face de determinados elementos presentes no caso concreto.

Trata-se da decisão por meio da qual, mesmo reconhecendo que não foram observados todos os requisitos elencados acima, o Tribunal entendeu legítima as

alterações contratuais que importaram efeitos financeiros bem superiores aos limites legais e das quais decorreu a transfiguração da natureza do objeto contratado inicialmente, conforme consta do Acórdão nº 448/2011¹¹.

No caso, entendeu-se que a alteração do contrato se justificava em razão de que a realização de uma possível licitação não traria efeitos práticos, haja vista a inexistência da viabilidade de competição, restando configurada hipótese de inexigibilidade de licitação que importaria na contratação da mesma empresa, o que, ao ver daquela Corte

11 Acórdão TCU nº 448/2011 – Plenário – Trecho do Relatório do Min. AROLDO CEDRAZ, composto essencialmente pelas informações da unidade técnica: “2. Conforme itens 3.2 e 5.13 da instrução de fls. 82/101, o citado termo aditivo elevou o valor do Contrato 22/2007 de um total de R\$ 9.030.000,00 para R\$ 230.601.874,32, considerando-se a cotação do Euro em 6/5/2010, o que consistiu em um acréscimo de aproximadamente 2.700% em seu valor original. 3. Segundo demonstrou esta unidade técnica na mencionada instrução, existem razoáveis indícios de que o aludido aditamento não encontra amparo na Lei 8.666/93, de 21/6/1993, ainda que sopesadas as ponderações constantes da Decisão 215/1999-Plenário acerca do art. 65 daquele diploma, considerando que alguns de seus pressupostos não foram atendidos. 4. Além disso, a comparação realizada naquela instrução, valendo-se de outros contratos relacionados a hemoderivados, indica que o aditivo em questão, ao dispor sobre a prestação de serviço de fracionamento de plasma, transfigurou substancialmente as características do Contrato 22/2007, que previa originalmente como objeto a aquisição de conhecimentos tecnológicos destinados à produção de hemoderivados. Desse modo, a instrução precedente entendeu que “diante dos indícios de mudança do objeto contratual pelo aditamento, haveria de ser firmado um novo contrato de prestação de serviços, ainda que pela via de inexigibilidade de licitação”. [...] 161. Quanto à adequação das alterações promovidas no Contrato 22/2007, por meio do Termo Aditivo 01/2010, aos pressupostos da Decisão 215/1999-TCU-Plenário, considera-se que os argumentos utilizados pela Hemobrás e pelo LFB, em parte, não devem prosperar, como se mostrará a seguir. 162. Em relação ao pressuposto que exige que a alteração contratual não ocasione a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos, esta unidade técnica considera que, não obstante os objetos do Contrato 22/2007 e do Termo Aditivo 01/2010 possuam certa conexão/referência já que no citado aditivo foram incluídos alguns serviços que podem ser parte do processo de transferência de tecnologia (como, por exemplo, a qualificação dos hemocentros), objeto do citado contrato, e que o serviço de fracionamento de plasma poderia ser utilizado como um meio de capacitação dos profissionais da Hemobrás enquanto a sua fábrica não está pronta, o aditivo em tela, ao ter inserido o serviço de fracionamento de plasma no escopo do Contrato 22/2007, ocasionou uma mudança radical em seus termos originais. 163. Isso se constata não só pela grande materialidade da alteração, consistindo o serviço de fracionamento de plasma na parcela financeira mais significativa do aditivo, mas pelo fato de que tais serviços - a transferência de tecnologia e o fracionamento do plasma - podem ser prestados por contratos autônomos, como ocorria antes do aditivo. Daí a razão de que, ao inseri-lo por meio de aditivo ao Contrato 22/2007, transfigurou-se o seu objeto original. [...] 182. Ante toda a análise realizada, têm-se os seguintes entendimentos: a) o Termo Aditivo 01/2010, que extrapolou o limite de alteração contratual disposto art. 65, § 1º da Lei de Licitações, não atende cumulativamente aos pressupostos da Decisão 215/1999-TCU-Plenário, tendo inserido novo objeto ao Contrato 22/2007 - fracionamento do plasma -, que transfigura a sua natureza original; b) inobstante o citado na alínea anterior, sopesadas as vantagens e os riscos de eventual anulação do mencionado termo aditivo para que nova licitação e novo contrato fossem realizados, entende-se que não haveria efeitos práticos nessa solução, uma vez que é provável que o próprio LFB fosse contratado pela via de inexigibilidade, bem como há o perigo inverso de, com a anulação do aditivo já em execução, gerar entraves ao fornecimento do plasma fracionado, prejudicando, com isso, a população que é beneficiada pelo serviço, exposta, como se sabe, à situação de risco caso falem tais produtos hemoderivados. 183. Desse modo, propõe-se a este Tribunal que conheça da presente representação, para considerá-la parcialmente procedente, uma vez que o Termo Aditivo 01/2010 não se enquadra nos pressupostos da Decisão 215/1999-TCU-Plenário, tendo em vista que a inclusão do serviço de fornecimento de plasma fracionado desconfigurou a natureza inicial do Contrato 22/2007,

de Contas, justificaria a alteração contratual acima dos limites objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.666/93.

Com isso não se quer dizer que o Tribunal de Contas da União superou jurisprudência tradicional, que condiciona as alterações qualitativas acima do limite legal ao cumprimento dos requisitos previstos na Decisão nº 215/1999, mas que, em determinadas situações especiais, singularizadas pela complexidade do objeto, nas quais não haveria viabilidade de competição entre a contratada e outras empresas, restaria justificado tais alterações mesmo sem observância dos referidos requisitos.

Registra-se que em todo caso, a alteração contratual deve ser objeto de motivação pautada em informações objetivas, passíveis de serem comprovadas, não podendo se limitar a argumentos meramente subjetivos, sem qualquer parâmetro objetivo de controle¹².

devendo ter sido realizada nova licitação. Considera-se, no entanto, que, de forma excepcionalíssima, tal instrumento deva ser validado, tendo em vista que eventual anulação poderá levar a prejuízo maior pelo perigo de interrupção e entraves para o fornecimento de plasma fracionado para o setor de hemoderivados, bem como em virtude da ausência de efeitos práticos de tal anulação, em face da grande possibilidade de contratação direta da mesma empresa executora do Contrato 22/2007, Laboratoire Français du Fractionnement et des Biotechnologies – LFB. 184. Deve-se frisar que essa proposta não constitui precedente para que casos de extrapolação dos limites legais para aditamento de contratos sejam validados, tendo sido considerada, para a atual proposta, a peculiaridade e excepcionalidade do caso em análise.” [...] Trecho do voto do Relator, Min. AROLDO CEDRAZ: “4. A exemplo do que concluiu a Secex/4, entendo que, embora a assinatura do aditivo 01/2010 não se coadune com a decisão 215/1999-Plenário e, por conseguinte, tenha representado, a princípio, afronta ao art. 65, § 1º, da Lei 8.666, de 21/6/1993, o resultado prático da realização de processo licitatório distinto possivelmente seria o mesmo, qual seja, a contratação do Laboratoire Français du Fractionnement et des Biotechnologies, uma vez que este laboratório foi o único a participar da concorrência internacional que precedeu o contrato 22/2007. 5. A essa possível inexistência de outras empresas interessadas, soma-se o fato de o aditivo 01/2010, ao incumbir o LFB de executar o fracionamento de plasma sob o acompanhamento de técnicos da estatal contratante, ter possibilitado a imediata transferência de tecnologia relacionada ao processo de produção de hemoderivados, independentemente da conclusão das obras de construção da fábrica da Hemobrás, atrasada em decorrência da anulação das concorrências 05/2008 e 01/2009. 6. Acrescente-se que a contratação de outro laboratório que não o LFB resultaria em retrabalho para a Hemobrás, eis que seus técnicos, após a construção da fábrica, teriam de se adaptar a rotinas e fluxogramas distintos daqueles adotados até então, haja vista se diferenciarem, de laboratório para laboratório, muitos dos procedimentos afetos ao processo de fracionamento de plasma, inclusive com relação à coleta e ao controle de qualidade. 7. Destarte, compartilho o entendimento da Secex/4 no sentido de que, dada as peculiaridades do caso em estudo, não merece ser apenas o signatário do termo aditivo 01/2010.”

12 BARROSO, Luís Roberto. *Parecer Jurídico: Concessão rodoviária. Alterações no objeto do contrato: acréscimo de obras novas a pedido do poder público. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Possibilidades e limites*. 2008. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=47>, acessado em: 17/06/2011. “32. Um primeiro parâmetro geral de controle aplicável às alterações de contratos administrativos é a necessidade de expressa justificação para o ato. Como já se referiu, vários princípios constitucionais podem autorizar, em tese, a modificação dos ajustes firmados pela Administração, em particular, a necessidade de melhor

Verificados os tipos de alterações contratuais e as condições e limites para sua adoção, cumpre verificar um ponto importante concernente à aplicação dos limites de valor previstos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93. Trata-se da possibilidade ou não de compensação de supressões e acréscimos para fins de se apurar o cumprimento do referido limite.

A fim de exemplificar essa situação, questiona-se, por exemplo, se estaria compatível com referidos limites alterações contratuais que acrescentem a itens do objeto a importância correspondente a 40% do valor original atualizado do contrato, e que suprimem de outros itens a ordem de 20% do mesmo valor. Caso entenda-se ser possível a compensação entre supressões e acréscimos, tal operação configurar-se-ia regular, pois haveria um acréscimo líquido de 20%, abaixo, portanto, do limite legal de 25%. Caso contrário, configurar-se-ia descumprimento do limite, pois houve um acréscimo de 40% do valor original atualizado do contrato.

Permitir a compensação entre supressões e acréscimos significaria permitir alterações substanciais no objeto contratual de forma a inobservar os limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93.

atendimento do interesse público que motiva o contrato e a eficiência e economicidade da alteração, quando comparada com a alternativa existente (rescisão do ajuste, nova licitação e celebração de outro contrato). Por outro lado, a alteração de ajustes existentes pode prestar-se a fins ilícitos, veiculando afrontas à isonomia dos particulares, à impessoalidade e à probidade exigidas das ações administrativas. 33. Pois bem. Cabe ao administrador justificar, de maneira explícita, por que considera necessária a alteração – à vista do interesse público, da eficiência e da economicidade – e por que, igualmente, está convencido de que não há qualquer ilicitude em seu procedimento, considerando as exigências associadas à igualdade, à impessoalidade e à probidade 25. O dever de motivar as decisões administrativas, além de um princípio geral derivado do Estado de Direito republicano, do qual decorre para todos os agentes públicos a obrigação de prestar contas, é expressamente referido pela legislação quando se trata da alteração de contratos administrativos. 34. Embora a necessidade de justificar a alteração possa parecer um elemento muito débil de controle, ela acaba por exigir do administrador um esforço de racionalidade para sua decisão, o que poderá inviabilizar a prática dos atos abusivos mais grosseiros. Ademais, a existência de uma motivação explícita permitirá o controle tanto da realidade dos motivos apresentados como de sua consistência, facilitando a fiscalização a posteriori das ações administrativas, tanto pela própria Administração como pelo Poder Judiciário. 35. O segundo parâmetro geral que deverá ser observado nas alterações dos contratos administrativos está relacionado com a demonstração de que não é viável licitar de forma autônoma a alteração que se pretende introduzir no ajuste. Naturalmente, a demonstração desse ponto deverá constar da motivação do ato sobre a qual se acaba de tratar.”

Sendo assim, a interpretação compatível com a finalidade da lei – que, ao fixar esses limites, objetiva vedar a realização de alterações contratuais desproporcionais – seria no sentido de considerar as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original atualizado do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal. Esse é o entendimento que tem prevalecido na jurisprudência do Tribunal de Contas da União¹³.

3. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, concluímos que:

1) Tanto as alterações contratuais unilaterais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que não modificam a dimensão do objeto, não podem importar em transfiguração da natureza do objeto, e estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93.

2) Nas hipóteses de alterações contratuais qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, desde que consensuais, é facultado à Administração ultrapassar os limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93,

13 Acórdão TCU nº 591/2011 – Plenário. Ementa: “9.1. com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 287 do Regimento Interno deste Tribunal, conhecer dos presentes embargos de declaração para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, dando à determinação contida no subitem 9.2 do Acórdão nº 749/2010 - plenário, a seguinte redação; '9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, passe a considerar as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, 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 dispositivo legal'”.

Acórdão TCU nº 2.738/2010 – Plenário. Trecho do voto do Relator, Min. AUGUSTO NARDES: “11. De início, expresse minha anuência em relação à análise e ao encaminhamento proposto quanto à extrapolação contratual. 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).”

No mesmo sentido: Acórdãos TCU nº 749/2010, 1.924/2010, 1.981/2009, 2.048/2008, 1.200/2010, 958/2010, 2.588/2010, 1.543/2010, 1.338/2010, 493/2011, 1.299/2011, 2.206/2006, 1.606/2008, 872/2008, todos Plenário.

observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, e desde que satisfeitos cumulativamente os pressupostos prescritos na Decisão TCU nº 215/1999 – Plenário, descritos a seguir:

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 - 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.

3) As alterações contratuais quantitativas e qualitativas pressupõem a necessária motivação das razões que levaram ao aditivo do contrato, de forma a demonstrar

explicitamente as justificativas da alteração contratual à vista do interesse público primário, da eficiência e da economicidade, bem como de que não é viável licitar de forma autônoma a alteração que se pretende introduzir no ajuste.

Considerando que não existe prejudgado neste Tribunal sobre o assunto em tela, ao julgar o presente processo e concordando este Egrégio Tribunal Pleno com o entendimento delineado no presente parecer, sugere-se a seguinte ementa (art. 234, § 1º, da Resolução nº 14/2007):

Resolução de Consulta nº __/2011. Contrato. Alterações contratuais quantitativas e qualitativas. Possibilidade, exceções e motivação.

1) É possível a realização de alterações contratuais unilaterais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto, bem como de alterações unilaterais qualitativas - que não modificam a dimensão do objeto, desde que não importem em transfiguração da natureza do objeto, estando sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93.

2) Nas hipóteses de alterações contratuais qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, desde que consensuais, é facultado à Administração ultrapassar os limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, e desde que satisfeitos cumulativamente os pressupostos prescritos na Decisão TCU nº 215/1999 – Plenário.

3) As alterações contratuais quantitativas e qualitativas pressupõem a necessária motivação das razões que levaram ao aditivo do contrato, de forma a demonstrar explicitamente as justificativas da alteração contratual à vista do interesse público primário, da eficiência e da economicidade, bem como de que não é viável licitar de forma autônoma a alteração que se pretende introduzir no ajuste.

Dessa forma, submete-se à apreciação do Conselheiro relator para decisão quanto à admissibilidade e eventual instrução complementar, sendo encaminhado na sequência ao Ministério Público de Contas para manifestação (art. 236 do RITCMT).

Cuiabá-MT, 28 de junho de 2011.

Edicarlos Lima Silva
Consultor de Estudos e Normas

Bruno Anselmo Bandeira
Consultor de Orientação ao Jurisdicionado

Ronaldo Ribeiro de Oliveira
Secretário-Chefe da Consultoria Técnica