

GRUPO II – CLASSE III – Plenário
TC 015.542/2016-5
Natureza: Consulta
Órgão: Ministério da Integração Nacional (vinculador)
Representação legal: não há

SUMÁRIO: CONSULTA. LIMITES LEGAIS PARA ALTERAÇÕES CONTRATUAIS. PEDIDO DE EXTENSÃO DE MODULAÇÃO TEMPORAL REALIZADA EM OUTRAS DECISÕES. CONHECIMENTO. CONSIDERAÇÕES. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ENTRE SUPRESSÕES E ACRÉSCIMOS EM CONTRATOS QUE VISEM A GARANTIR O INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO. NECESSIDADE DA ADOÇÃO DE CONTROLES PARA MITIGAR RISCOS. RESPOSTA AO CONSULENTE. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Por apresentar adequadamente os principais fatos e fundamentos constantes do processo, adoto como relatório, com os ajustes pertinentes, a instrução da Auditora Federal (peça 2), que contou com a anuência do corpo diretivo da SeinfraHidroFerrovia (peças 3/4):

“INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Helder Barbalho, na oportunidade Ministro da Integração Nacional (MI), por meio do Aviso 39/MI (peça 1), de 25/5/2016, fundamentada no art. 264, inciso VI, do Regimento Interno do TCU (RI/TCU), que versa sobre dúvidas acerca da possibilidade de extensão da modulação outrora aplicada ao entendimento acerca dos limites de alteração previstos no art. 65, §1º, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, a outros contratos de obras de infraestrutura hídrica firmados em decorrência de Termos de Compromisso assinados com o Ministério da Integração Nacional.

HISTÓRICO

2. Na peça exordial (peça 1), o Exmo. Ministro consulente reconhece que o TCU possui firme entendimento acerca dos limites de alteração previstos no art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993, mais precisamente, de que, na elaboração deste cálculo, não pode a Administração valer-se da compensação entre acréscimos e decréscimos, devendo as alterações de quantitativos ser calculadas sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites do dispositivo legal.

3. No entanto, salienta que, em outros precedentes, o Tribunal modulou os efeitos dessa decisão admitindo que se utilizasse a compensação em aditivos cujo ajuste tenha sido celebrado em situações anteriores à consolidação do entendimento.

4. Nesta situação, coloca que se admitiu a adoção da metodologia de cálculo com a utilização de compensação aos contratos insertos no âmbito do Projeto de Integração do Rio São Francisco (Pisf) e que tenham sido firmados antes da publicação do Acórdão 2.059/2013-TCU-Plenário, exarado em 10/10/2013.

5. Finalmente, expõe sua dúvida acerca da possibilidade de extensão dessa modulação a outros contratos de obras de infraestrutura hídrica firmados em decorrência de Termos de Compromisso assinados com o Ministério da Integração Nacional.
6. A título de exemplo, cita os contratos firmados para execução de obras do Canal do Sertão Alagoano, em decorrência de Termos de Compromisso firmados com o MI.
7. Registra, por fim, que a consulta é acompanhada de parecer do órgão de assessoria jurídica do MI, a Nota 147/2016/CONJUR-MIN/CGU/AGU, em observância ao art. 264, §1º, do Regimento Interno.

Nota 147/2016/CONJUR-MIN/CGU/AGU

8. Trata-se de análise e manifestação da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Integração Nacional (Conjur-Min), acerca dos aspectos jurídicos concernentes à metodologia de cálculo a ser adotada em contratos administrativos firmados para execução de obras do Canal do Sertão Alagoano, no que se refere aos limites de alteração previstos no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993.
9. Após tecer o histórico da solicitação, o Advogado da União registra que os fatos vertidos foram analisados anteriormente pela Consultoria Jurídica, conforme a Nota 334/2015/CONJUR-MIN/CGU/AGU, que na ocasião entendeu pela impossibilidade da Consulta, já que tinha por fim “analisar a aplicabilidade ou não de precedente do TCU a caso concreto específico, não se amoldando aos pressupostos objetivos de admissibilidade descritos no art. 264 do Regimento Interno do Tribunal”.
10. Na análise efetuada, sustentou, em síntese, que a modulação dos efeitos no âmbito do Ministério se deu no Acórdão 2.059/2013-TCU-Plenário, aos contratos inseridos no Projeto de Integração do Rio São Francisco, e o caso em questão na época envolvia contratos administrativos firmados entre o Estado do Alagoas e particular, não tendo, portanto, o mesmo contexto subjetivo paradigma daquela modulação.
11. No entanto, o Ofício 18/2016-SIH/SEPEIH/SEINFRE trouxe fatos novos em relação à consulta anteriormente remetida à Consultoria, informando que os contratos administrativos citados no documento foram firmados para execução de obras do Canal do Sertão Alagoano, em decorrência de Termos de Compromisso assinados com o Ministério da Integração Nacional.
12. Assim, considerando que a consulta aventada pela Secretaria de Infraestrutura do Estado do Alagoas visa analisar a aplicabilidade ou não de precedente do TCU a contratos de obras de infraestrutura hídrica firmados em decorrência de Termos de Compromisso assinados entre o Estado do Alagoas e o Ministério da Integração Nacional, dessa vez, a Consultoria Jurídica entendeu pelo seu cabimento, visto que foram preenchidos os pressupostos formais condicionantes expressos nos dispositivos acima colacionados. Por fim, o Consultor anexa uma sugestão de minuta de aviso a ser encaminhado ao Tribunal de Contas da União.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

13. A presente consulta deve ser conhecida, vez que foi formulada por autoridade que possui legitimidade para tanto e trata da aplicabilidade, em tese, de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência deste Tribunal, de modo que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, e art. 265 do Regimento Interno do TCU.
14. De fato, conforme o art. 1º, inciso IX, do Decreto 8.161, de 18 de dezembro de 2013, o MI tem como área de competência as obras de infraestrutura hídrica, restando demonstrada a pertinência temática de que trata o § 2º do art. 264 do RI/TCU.
15. Em acréscimo, foram juntados ao processo manifestação jurídica relacionada ao objeto da consulta (peça 1, p. 3-4), conforme exige o § 1º do art. 264 do RI/TCU.

EXAME TÉCNICO

16. Conforme já mencionado, a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de entender, como regra geral, para atendimento dos limites definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, que os acréscimos ou supressões nos montantes dos ajustes firmados pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública devem ser realizados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre seus valores. Nesse sentido, podemos citar os Acórdãos: 1.733/2009, 749/2010, 2.059/2013, 2157/2013, 2.064/2014 e 1.498/2015, todos do TCU-Plenário e 4.499/2016-TCU-2ª Câmara.

17. Observa-se que o aludido dispositivo obriga o contratado à aceitação, nas mesmas condições contratuais, de acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos, vedado qualquer acréscimo ou supressão que exceda esses limites, exceto as supressões que resultem de acordo celebrado entre os contratantes.

18. Ora, a obrigatoriedade de respeito a esse limite legal visa obstar que o objeto licitado seja completamente descaracterizado, em prejuízo do interesse público e em afronta à Lei de Licitações e à Constituição Federal, já que haveria verdadeira contratação direta, ocorrendo até mesmo a inclusão de serviços distintos daqueles inicialmente acordados.

19. Nesse sentido, colhe-se do Acórdão 1.733/2009-TCU-Plenário, o seguinte entendimento:

‘A previsão normativa que autoriza à Administração exigir do contratado acréscimos e supressões até os limites estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 não lhe legitima agir contrariamente aos princípios que regem a licitação pública, essencialmente o que busca preservar a execução contratual de acordo com as características da proposta vencedora do certame, sob pena de se ferir o princípio constitucional da isonomia; referido comando legal teve como finalidade única viabilizar correções quantitativas do objeto licitado, conferindo certa flexibilidade ao contrato, mormente em função de eventuais erros advindos dos levantamentos de quantitativos do projeto básico.’

20. No entanto, a possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor excedente ao limite legalmente estabelecido foi objeto de diversos questionamentos junto a esta Corte de Contas, e tem como marco a Decisão 215/1999-TCU-Plenário, proferida em consulta do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônica Legal.

21. Na ocasião, o Tribunal fixou o entendimento de que, nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas, de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites legais estabelecidos, 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;

22. Nesse passo, este Tribunal estabeleceu diretrizes a serem observadas de modo a justificar situações extraordinárias de extrapolação dos limites de aditamento fixados na Lei 8.666/1993. Assim, não satisfeitas cumulativamente as condições estabelecidas pela Decisão 215/1999-TCU-Plenário para justificar as alterações excepcionais que extrapolem os limites legais impostos, há de ser observada a regra estabelecida no art. 65, § 1º, do mencionado diploma legal, na sua literalidade, lembrando sempre que tais alterações devem ser previamente justificadas pela autoridade competente e calculadas sobre o valor inicial atualizado do contrato.

23. Ainda, convém mencionar que em auditoria realizada nas obras do Pisf, mais especificamente, na verificação da conformidade dos atos e dos procedimentos realizados no âmbito dos contratos correspondentes aos Lotes 1, 2 e 14 (Contratos 45/2007, 25/2008 e 35/2008, respectivamente), identificou-se que, ao celebrar os diversos aditivos aos Contratos 45/2007 e 25/2008, o Ministério da Integração Nacional incorreu em acréscimos ou supressões em percentual superior a 25% do valor inicial dos contratos, contrariando o art. 65, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993.

24. No entanto, considerando que tais atos foram praticados à luz da Portaria MI 811/2011, que facultava a utilização de metodologia distinta da consagrada pelo TCU, bem como o fato de que alguns aditivos que contribuíram para a extrapolação dos limites legais (aumentando ou diminuindo os valores inicialmente contratados) foram firmados quando o entendimento sobre a questão estava em processo de consolidação no âmbito desta Casa, o Ministro Relator entendeu suficiente que o Ministério da Integração Nacional fosse cientificado do fato, a fim de evitar a sua repetição no futuro, conforme exarado no item 9.2 do Acórdão 2.059/2013-TCU-Plenário.

‘9.2. dar ciência ao Ministério da Integração Nacional sobre a impropriedade ‘acréscimos e supressões em percentual ao legalmente permitido’, identificada nos Contratos 45/2007-MI e 25/2008-MI, informando que os limites de aditamento estabelecidos no art. 65, inciso II, § 1º, da Lei nº 8.666/93 devem considerar a vedação da compensação entre acréscimos e supressões de serviços, consoante a jurisprudência deste Tribunal, consubstanciada, por exemplo, pelos Acórdãos nº 749/2010, 1.599/2010, 2.819/2011 e 2.530/2011, todos do Plenário;’

25. Em apreciação a recurso de embargos de declaração interposto contra o item 9.2 do Acórdão 2.059/2013-TCU-Plenário, acima transcrito, esta Corte de Contas admitiu a adoção da metodologia de cálculo com a utilização da compensação, como medida de exceção, aos contratos insertos no âmbito do Projeto de Integração do Rio São Francisco (Pisf) que tenham sido firmados antes da publicação do Acórdão embargado.

26. No julgamento do referido recurso, decidido mediante o Acórdão 2.681/2013-TCU-Plenário, ponderou-se a situação específica dos contratos do Pisf, conforme exposto no trecho do Voto condutor da aludida decisão, transcrito a seguir:

‘5. Assim, considerando que os contratos do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional (Pisf) tratados neste processo são anteriores à determinação efetuada ao DNIT acima transcrita; que as alterações contratuais implementadas pelo Ministério da Integração Nacional são decorrentes das novas diretrizes introduzidas pelos projetos executivos, sendo, portanto, imprescindíveis à conclusão das obras; e que os objetos contratados (licitados) foram mantidos em sua inteireza, isto é, o ministério buscou implementar as necessárias alterações contratuais que não desnaturassem os objetos contratados, preservando os princípios reitores da licitação, entendendo que este Tribunal deve dar a este processo o mesmo desfecho que foi dado ao caso do DNIT.

6. A importância socioeconômica das obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional (Pisf) é inquestionável, assim como os prejuízos que seriam causados por paralisações das obras. Esse empreendimento de infraestrutura está inserido no âmbito da política nacional de recursos hídricos e tem por objetivo garantir o abastecimento de água para populações dos estados de Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte e Ceará mais vulneráveis às secas, abrangendo 381 municípios e beneficiando cerca de 12 milhões de pessoas.

7. Nesse sentido, entendo que a alteração que ora proponho no item 9.2 do Acórdão nº 2059/2013-Plenário contribui para minimizar eventuais atrasos na execução das obras do Pisf, o que acarretaria irreparáveis danos ao interesse público.’

27. Nessa mesma linha de raciocínio foi prolatado o Acórdão 3.105/2013-TCU-Plenário, que tratou de consulta formulada a este Tribunal pelo Ministro de Estado dos Transportes acerca da viabilidade jurídica da compensação entre os conjuntos de acréscimos e supressões necessários à adequada execução de contratos celebrados anteriormente ao trânsito em julgado do Acórdão 749/2010-TCU-Plenário e resultou na seguinte deliberação:

‘9.2.1. é juridicamente viável a compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões ao objeto dos contratos referentes a obras de infraestrutura celebrados antes do trânsito em julgado do Acórdão 749/2010 - Plenário por órgãos e entidades vinculados ao Ministério dos Transportes;

9.2.2. os aditivos que vierem a ser celebrados nos casos abrangidos pela solução temporária e intertemporal acima indicada deverão ser justificados quanto à pertinência e conformidade às características e diretrizes fundamentais estabelecidas no projeto básico, devendo aditivos e justificativas serem registrados nos respectivos processos administrativos, estando, assim, disponíveis à fiscalização dos órgãos de controle;’

28. De início, observa-se que a decisão supra abrange apenas os órgãos e entidades vinculados ao Ministério dos Transportes, em razão de ter sido demonstrado no processo a existência de contratos em plena vigência, firmados em gestões passadas, de grande relevância econômica para o país, cujos projetos básicos originais eram deficientes, necessitando, para sua conclusão com êxito, de aditamentos em quantitativos, com compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões ao objeto dos ajustes.

29. Ademais, conforme consignado no voto da deliberação, trata-se de situação idêntica à examinada por ocasião da prolação do Acórdão 2.819/2011-TCU-Plenário. Essa decisão julgou pedido de reexame interposto pelo DNIT em face do Acórdão 749/2010-TCU-Plenário, parcialmente alterado pelo Acórdão 591/2011-TCU-Plenário, e concedeu a adoção da modulação temporal dos efeitos da deliberação recorrida, para alcançar os futuros contratos que viessem a ser celebrados.

30. No entanto, o Ministro Relator, em seu Voto condutor do Acórdão 2.819/2011-TCU-Plenário, frisou que: ‘Essa proposta de provimento parcial não significa ‘salvo conduto’ para que a unidade jurisdicionada, a seu talante, promova alterações dos contratos ativos que venham desvirtuar os respectivos objetos e solapar os princípios que regem a licitação pública’.

31. Ainda nesse mesmo voto, ressaltou-se que as referidas alterações contratuais deveriam tomar por referência o Sistema de Custos Rodoviários II ou o menor preço do mercado, conforme orientação que já foi reiteradamente determinada ao DNIT em diversos arestos.

32. Resta claro que fere não só o Direito como também o senso comum a hipótese de alterações contratuais ilimitadas no âmbito administrativo, sobretudo as unilaterais. Os limites genéricos importam o respeito ao direito dos contratados e a interdição da fraude à licitação.

33. Ora, ainda que a consulta do MI tenha se referido, em tese, a contratos de obras de infraestrutura hídrica firmados em decorrência de Termos de Compromisso assinados com o MI, cumpre registrar que, conforme o parecer da Consultoria Jurídica do MI, a presente consulta foi provocada pela Secretaria de Estado da Infraestrutura de Alagoas, preocupada com a metodologia de cálculo a ser adotada em contratos administrativos firmados para execução de obras do Canal do Sertão Alagoano.

34. A título de exemplo, sobre esse último aspecto, pesa contrariamente à possibilidade de realização dos aditivos a existência de sobrepreço nos Contratos 18 e 19/2010-CPL/AL, que têm por objeto a execução das obras do Trecho 3 e 4 do Canal do Sertão, respectivamente, razão pela qual foi determinado, no âmbito do Acórdão 2.957/2015-TCU-Plenário (TC 011.156/2010-4), que a Secretaria de Infraestrutura do Estado de Alagoas tomasse as providências para efetuar a repactuação dos contratos mencionados. A título de contextualização dos valores de sobrepreço discutidos naqueles autos, menciona-se que o referido acórdão visa o saneamento de um sobrepreço de cerca de

R\$ 33 milhões no Trecho 3 e de R\$ 48 milhões no Trecho 4, com base ainda nas planilhas originais contratadas.

35. Em suma, a questão submetida a este Tribunal fundamentou-se em precedentes nos quais o TCU modulou os efeitos de entendimentos acerca dos limites de alteração contratuais previstos na Lei 8.666/1993, a exemplo do Acórdão 2.681/2013-TCU-Plenário, que tratou das obras do Pisf. O consulente busca esclarecimento acerca da possibilidade de extensão dessa modulação a contratos de obras de infraestrutura hídrica firmados em decorrência de Termos de Compromisso assinados com o MI. No entanto, o MI sequer apresentou a magnitude e a situação do universo de contratos eventualmente abrangidos pelo objeto da consulta, nem demonstrou os prejuízos advindos da não extensão da modulação aplicada ao entendimento acerca dos limites de alteração previstos no art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993.

36. Por fim, importa salientar que, de fato, os certames licitatórios não constituem mera formalidade burocrática. Antes, buscam o efeito prático de assegurar a contratação mais vantajosa para a Administração sem prejuízo de assegurar a impessoalidade da seleção pública e a igualdade entre os potenciais interessados.

37. Sucessivas modificações na planilha licitada, além de frustrarem o princípio da isonomia entre os licitantes, não asseguram à administração a escolha da proposta mais vantajosa, como exigido pelo art. 3º da Lei 8.666/1993. Tais alterações podem transformar a tal ponto o objeto originalmente licitado que represente verdadeira fuga à licitação, ferindo também o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

38. Dispensar solução genérica para abranger a execução de qualquer contrato administrativo celebrado e custeado pela União, sem analisar cada caso concreto, implicaria risco inaceitável de serem convalidadas situações irregulares que não necessariamente se ajustam a condições objetivas excepcionais. Nada impede, porém, que a própria autoridade consulente fundamente, em cada caso concreto, a extrapolação dos limites estabelecidos pelo artigo 65, §1º, da Lei 8.666/1993. Nesse sentido, a jurisprudência do TCU já estabeleceu as diretrizes a serem observadas nesses casos, conforme a Decisão 215/1999-TCU-Plenário.

39. Face ao exposto, reitera-se que não se deve generalizar a modulação dos efeitos da jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos já citados Acórdãos 3.105/2013 e 2.819/2011, bem como do Acórdão 2.681/2013, todos do Plenário do TCU.

CONCLUSÃO

40. A presente consulta deve ser conhecida, vez que foi formulada por autoridade que possui legitimidade e trata acerca da aplicabilidade, em tese, de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência deste Tribunal, de modo que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, e no art. 265 do Regimento Interno/TCU.

41. Trata-se de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais no tocante à possibilidade de extensão da modulação outrora aplicada ao entendimento acerca dos limites de alteração previstos no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993, a outros contratos de obras de infraestrutura hídrica firmados em decorrência de Termos de Compromisso assinados com o Ministério da Integração Nacional.

42. Em que pese ter sido admitida aos contratos insertos no âmbito do Projeto de Integração do Rio São Francisco (Pisf) que tenham sido firmados antes da publicação do Acórdão 2.059/2013-TCU-Plenário, a adoção da metodologia de cálculo com a utilização da compensação, essa modulação não pode ser generalizada a fim de se estender a todos os contratos de obras de infraestrutura hídrica firmados em decorrência de Termos de Compromisso assinados com o Ministério da Integração Nacional.

43. Dispensar solução genérica para abranger a execução de qualquer contrato administrativo celebrado e custeado pela União, sem analisar cada caso concreto, implicaria risco inaceitável de serem convalidadas situações irregulares que não necessariamente se ajustam a condições objetivas excepcionais. Nada impede, porém, que a própria autoridade consulente fundamente, em cada caso

concreto, a extrapolação dos limites estabelecidos pelo artigo 65, §1º, da Lei 8.666/1993, com base na Decisão 215/1999-TCU-Plenário.

44. Ora, importa salientar que os certames licitatórios não constituem mera formalidade burocrática. Antes, buscam o efeito prático de assegurar a contratação mais vantajosa para a Administração sem prejuízo de assegurar a impessoalidade da seleção pública e a igualdade entre os potenciais interessados.

45. Embora seja indubitoso que grande parte das consultas se origina do vislumbre, por parte do consulente, de determinada situação concreta, a natureza objetiva do processo de consulta, restrito ao exame da interpretação da norma legal, em plano abstrato, não comporta discussão acerca de fatos concretos ou de eventuais repercussões de decisões proferidas pelo Tribunal.

46. O presente processo, assim, não possui o condão de, efetivamente, legitimar atos administrativos, porque não restringe e não prejulga a discussão no caso concreto, ou seja, não impede que o exame da situação fática, quando ocorrer, leve a conclusões diferentes das que foram sugeridas nesta instrução.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

a) conhecer da presente consulta, vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§1º e 2º, e art. 265 do Regimento Interno do TCU;

b) nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, responder ao consulente que:

b.1) a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de entender, como regra geral, para atendimento dos limites definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, que os acréscimos ou supressões nos montantes dos ajustes firmados pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública devem ser considerados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre seus valores;

b.2) não obstante ter sido admitida aos contratos insertos no âmbito do Projeto de Integração do Rio São Francisco que tenham sido firmados antes da publicação do Acórdão 2.059/2013-TCU-Plenário, a adoção da metodologia de cálculo com a utilização da compensação, em tese, a modulação outrora admitida não pode ser generalizada a fim de se estender a todos os contratos de obras de infraestrutura hídrica firmados em decorrência de Termos de Compromisso assinados com o Ministério da Integração Nacional.

c) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida ao consulente;

d) arquivar o presente processo, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.”.

É o relatório.

VOTO

Examina-se consulta formulada pelo Ministro de Estado da Integração Nacional acerca de dúvida na aplicação de dispositivos legais concernentes a matéria de competência desta Corte.

2. Preliminarmente, conheço da presente consulta, porquanto se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§1º e 2º, e art. 265 do Regimento Interno do TCU.
3. A peça inicial faz menção ao entendimento, já pacífico no TCU, de que:
“(...) na elaboração deste cálculo [*dos limites de alteração previstos no art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993*] não pode a Administração valer-se da compensação entre acréscimos e decréscimos, devendo as alterações de quantitativos ser calculadas sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites do dispositivo legal.”
4. Destaca ainda acórdãos do Tribunal que teriam modulado temporalmente os efeitos da consolidação desse entendimento, admitindo a compensação em aditivos cujo contrato tenha sido celebrado previamente à decisão. Ressalta-se o fato de que um deles (Acórdão 2.681/2013-TCU-Plenário) atingiu aquele mesmo Ministério, no caso do Projeto de Integração do Rio São Francisco (Pisf).
5. Questiona-se, em síntese, se seria possível a extensão dessa modulação a outros contratos de obras de infraestrutura hídrica firmados em decorrência de Termos de Compromisso assinados com o Ministério da Integração Nacional.
6. Ao analisar o pleito, a Seinfrahidroferrovia concluiu, em suma, que a modulação temporal que permitiu a compensação nos contratos do Pisf não poderia ser generalizada para atingir todos os contratos de obras de infraestrutura hídrica.
7. Incorporo as análises da unidade instrutiva às minhas razões de decidir, eis que considero os fundamentos declinados adequados para a solução do caso. Entretanto, penso que a resposta a ser dada ao consulente deve ser complementada, dadas as razões que passo a expor.

II

8. Estou integralmente de acordo com a Seinfrahidroferrovia quanto às conclusões a que chega no relatório instrutivo:
 - a) é pacífica a jurisprudência do Tribunal no sentido de entender, como regra geral, para atendimento dos limites definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, que os acréscimos ou supressões devem ser realizados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre eles;
 - b) sucessivas modificações na planilha licitada podem frustrar o princípio da isonomia entre os licitantes e impossibilitam a escolha da proposta mais vantajosa, especialmente quando chegam ao ponto de transfigurar o objeto originalmente licitado;
 - c) a obrigatoriedade de respeito ao limite legal, interpretado segundo o entendimento do TCU, visa a obstar que o objeto contratado seja descaracterizado, levando a que a obra efetivamente construída não guarde qualquer correspondência com o objeto licitado, em evidente prejuízo do interesse público e em afronta à Lei de Licitações e à Constituição Federal;
 - d) em situações excepcionais, o Tribunal admite a extrapolação dos limites legalmente estabelecidos, desde que atendidas as balizas definidas na Decisão 215/1999-TCU-Plenário;

e) ainda que, em decisões pontuais, considerando a excepcionalidade de cada situação, o Tribunal tenha admitido a compensação de acréscimos e supressões, dispensar solução genérica para abranger a execução de qualquer contrato administrativo celebrado e custeado pela União, sem analisar cada caso concreto, implicaria risco inaceitável de serem convalidadas situações irregulares que não necessariamente ajustam-se a condições objetivas excepcionais.

9. Compartilho do entendimento de que, ausentes nos autos elementos que caracterizem as excepcionalidades que conformam os casos concretos, a modulação temporal realizada pelo Tribunal não poderia ser generalizada em abstrato para alcançar todo e qualquer tipo de contrato de obras de infraestrutura hídrica firmado com base em Termos de Compromisso pactuados com o Ministério da Integração Nacional.

10. Por outro lado, temos de reconhecer que não seria plausível empreender uma análise de cada contrato a fim de verificar se estão presentes as condições que caracterizariam situação de excepcionalidade que possibilitaria tal modulação – até pelo fato de que as consultas não podem versar sobre casos concretos, consoante o art. 265 do Regimento Interno. Do contrário, estaríamos praticamente condicionando a assinatura de certos aditivos ao crivo do Tribunal de Contas, caracterizando participação em atos de gestão ou controle prévio, o que seria inadequado, quando não inconstitucional (conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 916).

11. Assim, em acréscimo à proposta da unidade instrutiva, creio que devemos incluir outros esclarecimentos que orientem os gestores daquele Ministério na resolução dos problemas concretos com que venham a se deparar, fornecendo balizas mínimas que pautariam eventual decisão do Tribunal sobre cada caso. Evidentemente, tais diretrizes devem ser extraídas dos motivos determinantes das decisões já proferidas.

12. Tenho me posicionado pela defesa da estabilidade e da uniformidade na jurisprudência. Trata-se de mera decorrência da aplicação do princípio da igualdade perante a lei ao processo de realização do direito no caso concreto.

13. Temos que perceber que os atos decisórios – em especial os paradigmáticos, como é o caso dos precedentes aqui abordados – assumem uma capacidade de generalização e irradiação, sinalizando padrões de conduta para situações similares e fornecendo aos indivíduos segurança de orientação (CABRAL, Antônio do Passo. *Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica do julgamento alerta*. O papel da jurisprudência no STJ. 1ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014).

14. Podemos falar em direito fundamental à previsibilidade (conforme artigo que publiquei em janeiro de 2013 na Revista *Justiça & Cidadania*) ou à calculabilidade ou, ainda, no dever de os tribunais manterem sua jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente (CPC, art. 926, *caput*).

15. Nossa jurisprudência será estável na medida em que os gestores puderem ter a expectativa de que o mesmo resultado seja aplicado em situações semelhantes. E seremos institucionalmente responsáveis e íntegros (no sentido de Ronald Dworkin) se admitirmos que nossas decisões pautam-se por um conjunto coerente de princípios que devem ser aplicados a novos casos parecidos, de modo que a situação de cada indivíduo seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

16. Vale dizer, incumbe ao Tribunal, de alguma forma, levar em consideração as decisões anteriores sobre a mesma controvérsia e segui-las, a menos que as considere erradas o bastante para suplantar a presunção inicial que milita em seu favor.

17. Dessa forma, por dever de coerência, devemos extrair das decisões que o Tribunal já tomou sobre esse assunto (Dnit, Projeto de Integração do Rio São Francisco, Ministério dos Transportes e Governo do Estado do Rio de Janeiro) e que não foram refeitas, a racionalidade e os fundamentos que devem pautar a presente consulta e, posteriormente, a aplicação a cada caso concreto por parte dos gestores.

III

18. Iniciando pela orientação dirigida ao Dnit, é importante observar a sucessão de acórdãos relacionados àquela autarquia. O Acórdão 749/2010-TCU-Plenário (Monitoramento, relatado pelo Ministro Augusto Nardes) foi alterado pelo Acórdão 2.819/2011-TCU-Plenário (Pedido de Reexame, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues):

“9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, **em futuras contratações**, 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 749/2010-TCU-Plenário, destaques acrescidos).

“9.1. com fundamento nos arts. 48 da Lei nº 8.443/1992, c/c os arts. 285, §§1º e 2º e 286, todos do Regimento Interno do TCU, conhecer Pedido de Reexame, apenas no efeito devolutivo, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, dando à determinação contida no subitem 9.2 do Acórdão nº 749/2010, alterado pelo Acórdão 591/2011 - Plenário, a seguinte redação;

“9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, **nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação deste Acórdão no Diário Oficial da União**, passe a considerar, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, 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;”

9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, em cada caso abrangido por essa solução temporária e intertemporal indicada no subitem anterior deste acórdão, os aditivos que vierem a ser celebrados deverão ser justificados quanto à sua pertinência e conformidade às características e diretrizes fundamentais estabelecidas no projeto básico, devendo ser devidamente registrados nos respectivos processos administrativos, estando, assim, disponíveis à fiscalização dos órgãos de controle;” (Acórdão 2.819/2011-TCU-Plenário, destaques acrescidos).

19. Entre a primeira decisão e a segunda, o Tribunal, considerando as razões fornecidas pelo Dnit, optou por posição menos rigorosa, permitindo que a regra somente fosse aplicada nas futuras contratações, adotando como marco temporal a data de publicação do Acórdão no Diário Oficial.

20. Colhendo as razões que conduziram o Tribunal na sua última decisão (Acórdão 2.819/2011-TCU-Plenário), muito bem elencadas pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues no seu Voto à época, extraímos o contexto fático aduzido aos autos pelo Dnit que levou o TCU a rever seu posicionamento anterior.

“(…)

Pelas razões técnicas e jurídicas aduzidas neste voto, não haveria outra solução que negar provimento ao recurso em apreço por ser lúdima e escorregia a deliberação vergastada.

Acorrem, contudo, **mais de cem situações concretas**, relativas a **contratos em plena vigência**, relativamente às quais a aplicação imediata da deliberação ora fustigada **poderá implicar a interrupção dos contratos**. É para esse fato que chamo a atenção do Plenário.

Estando os autos em meu gabinete, recebi em audiência as atuais instâncias máximas e consultivas do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte, representadas pelo Diretor-Geral do DNIT, General Jorge Hernesto Fraxe, pelo Diretor de Infraestrutura Rodoviária, Sr. Roger da Silva Pêgas, pelo Coordenador-Geral de Concessão Rodoviária, Sr. Elói Palma Filho, e pela Gerente de Projeto e Assessora do Diretor-Geral do DNIT, Sra. Sílvia Schmitt, que, em conjunto, narraram a atual situação e a gravidade que ela apresenta.

Na ocasião, apesar de o DNIT haver manifestado sua contrariedade em recurso, os diretores dignaram-se a cumprir o cerne da determinação exarada pelo Tribunal de Contas da União nos moldes delineados no Acórdão nº 591/2011-Plenário. A autarquia ao adotar o entendimento do Tribunal, manifesta o desejo de observar as alterações contratuais previstas no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, para considerar as reduções ou supressões de quantitativos, de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal.

Entretanto, o Diretor-Geral do DNIT, acompanhado de sua equipe, manteve a discordância apenas quanto à imediata aplicação da determinação aos contratos vigentes, em razão de que a rápida realização das alterações contratuais, disciplinadas pelo art. 65 da Lei nº 8.666/1993, nos vários ajustes em curso, nos moldes definidos pelo referido diploma legal e pelo TCU, **provocará a imediata paralisação de cerca de 100 obras rodoviárias, haja vista a necessidade de rescindir as avenças administrativas, readequar todos os respectivos projetos básicos e promover novos procedimentos licitatórios com todos os trâmites burocráticos a eles inerentes.**

Sem declinar do cumprimento dos ditames constitucionais e normativos que regem a licitação, sobretudo o princípio da isonomia e o imperativo da seleção e manutenção propostas técnica e economicamente vantajosas ao Erário, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, em sua nova gestão, propõe-se a observar rigorosamente as decisões desta Corte de Contas, destacando o firme propósito de dotar aquela autarquia federal de órgão interno especializado na elaboração de projetos básicos consistentes e atualizados, provendo ao novo setor os recursos técnicos e humanos necessários.

Porém, a apelante clama pela atenção do E. Tribunal para o risco iminente de haver paralisação de serviços e de obras relevantes em curso, a comprometer o interesse público quanto à segurança das rodovias federais e ceifar vidas de cidadãos que diariamente trafegam por esse modal de transporte.

Como fundamento de seu novo pedido, o recorrente acosta aos autos balanço do estágio dos cronogramas físico e financeiro de alguns contratos ativos de empreendimentos importantes, **cujas prováveis rescisões, ante a aplicação imediata da medida propugnada por esta Corte de Contas, poderá causar danos imponderáveis ao interesse público.**

(...)

Em síntese, **requer, o DNIT, a adoção da modulação temporal dos efeitos da deliberação guerreada, para alcançar os futuros contratos que vierem a ser celebrados por aquela autarquia federal.**

De fato, a problemática apresentada pelo novo Diretor-Geral do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte, relativa ao quadro atual das rodovias brasileiras, é extremamente delicada e requer pronta solução desta Corte de Contas, **a fim de prevenir que o rigor da lei, em sua literalidade, venha a contrapor-se ao interesse público primário de continuidade de serviços importantes**, bem como a manutenção das condições de trafegabilidade de importantes rodovias federais.

Entendo que **a solução deve advir da conciliação do princípio da legalidade e da supremacia do interesse público**, neste caso revelado pela incolumidade e integridade física de milhares de pessoas que fazem uso diário dos modais rodoviários de propriedade da União.

De fato, não haveria como a decisão do TCU proporcionar, em vista de louvável objetivo de legalidade, a paralisação de mais de cem contratos em andamento, sem antes proceder ao juízo de adequação da interpretação em vista da atual situação de fato.

Nesse diapasão, proponho dar provimento parcial ao Pedido de Reexame, a fim de alterar a determinação contida no subitem 9.2 do Acórdão nº 749/2010-Plenário (...).

Essa proposta de provimento parcial **não significa ‘salvo conduto’ para que a unidade jurisdicionada, a seu talante, promova alterações dos contratos ativos que venham desvirtuar os respectivos objetos e solapar os princípios que regem a licitação pública.**

Para tanto, **faz-se necessário determinar ao DNIT que, em cada caso específico abrangido por essa solução temporária e intertemporal, os aditivos que vierem a ser celebrados deverão ser previamente justificados quanto à sua pertinência e conformidade às características e diretrizes fundamentais estabelecidas no projeto básico, registrando a fundamentação desses motivos nos respectivos processos administrativos, disponíveis para fiscalização pelos órgãos de controle.** Tal determinação não extrapola o âmbito de devolução do recurso, porquanto tem natureza cogente e é ínsito à matéria em análise.” (voto condutor do Acórdão 2.819/2011-TCU-Plenário, destaques acrescidos).

21. Em suma, naquela oportunidade, o Tribunal:

a) encontrava-se diante de mais de cem casos concretos cujos contratos haviam sido pactuados anteriormente à decisão;

b) percebeu que a aplicação imediata da orientação exarada implicaria em interrupção de tais contratos;

c) ponderou que poderia haver razões de interesse público que justificassem a continuidade dos contratos, ainda que não fosse estritamente observada a interpretação corrente acerca do cálculo dos limites de alteração contratual;

d) ponderou que circunstâncias fáticas poderiam vir a contrapor a aplicação rigorosa da lei ao interesse público primário de continuidade de serviços importantes para a coletividade; e

e) considerou que a melhor solução para cada caso concreto poderia advir da conciliação entre princípio da legalidade e princípio da supremacia do interesse público.

22. Diante disso, admitiu a flexibilização temporal da decisão de modo que fossem alcançados apenas os contratos futuros, tomando o cuidado de alertar que tal decisão não consubstanciaria “salvo conduto” para que o jurisdicionado promovesse alterações contratuais que desvirtuassem os respectivos objetos.

23. Essa discussão surgiu novamente no Acórdão 2.681/2013-TCU-Plenário, quando o Tribunal estendeu o mesmo entendimento ao Ministério da Integração Nacional para aplicação ao caso do Projeto de Integração do Rio São Francisco.

24. Segundo aquela deliberação, relatada pelo Ministro Raimundo Carreiro:

“5. Assim, considerando que os contratos do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional (Pisf) tratados neste processo **são anteriores à determinação e efetuada ao DNIT acima transcrita**; que as alterações contratuais implementadas pelo Ministério da Integração Nacional são decorrentes das novas diretrizes introduzidas pelos projetos executivos, sendo, portanto, **imprescindíveis à conclusão das obras**; e que **os objetos contratados (licitados) foram mantidos em sua inteireza**, isto é, o ministério buscou implementar as necessárias alterações contratuais que não desnaturassem os objetos contratados, preservando os princípios reitores da licitação, entendo que este Tribunal deve dar a este processo o mesmo desfecho que foi dado ao caso do DNIT.

6. A importância socioeconômica das obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional (Pisf) é inquestionável, assim como os prejuízos que seriam causados por paralisações das obras. Esse empreendimento de infraestrutura está inserido no âmbito da política nacional de recursos hídricos e tem por objetivo garantir o abastecimento de água para populações dos estados de Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte e Ceará mais vulneráveis às secas, abrangendo 381 municípios e beneficiando cerca de 12 milhões de pessoas.

7. Nesse sentido, entendo que a alteração que ora proponho no item 9.2 do Acórdão nº 2059/2013-Plenário contribui para **minimizar eventuais atrasos na execução das obras do Pisf, o que acarretaria irreparáveis danos ao interesse público.**” (voto condutor do Acórdão 2.681/2013-TCU-Plenário, destaques acrescidos).

“9.2. dar a seguinte redação ao item 9.2 do Acórdão nº 2059/2013-TCU-Plenário:

‘9.2. dar ciência ao Ministério da Integração Nacional sobre a impropriedade ‘acrécimos e supressões em percentual ao legalmente permitido’, identificada nos Contratos 45/2007-MI e 25/2008-MI, informando que, **nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação deste acórdão no Diário Oficial da União**, os limites de aditamento estabelecidos no art. 65, inciso II, § 1º, da Lei nº 8.666/93 devem considerar a vedação da compensação entre acréscimos e supressões de serviços, consoante a jurisprudência deste Tribunal, consubstanciada, por exemplo, pelos Acórdãos nº 749/2010, 1.599/2010, 2.819/2011 e 2.530/2011, todos do Plenário;” (Acórdão 2.681/2013-TCU-Plenário, destaques acrescidos).

25. Ou seja, assim como havia ocorrido no caso do Dnit, a percepção do Tribunal foi a de que, também no caso do Pisf, havia razões razoáveis e suficientes para autorizar excepcionalmente a admissão da compensação, restringindo aos contatos futuros a aplicação do entendimento do Tribunal sobre a matéria.

26. O tema retornou, novamente, no Acórdão 3.105/2013-TCU-Plenário, quando o Tribunal apreciou consulta e, em essência, deliberou pela extensão dos efeitos do Acórdão 2.819/2011-TCU-Plenário (que estavam adstritos ao Dnit) a todo o Ministério dos Transportes.

27. Naquela ocasião, a decisão do TCU foi conduzida pelo voto do Ministro Walton de Alencar Rodrigues, que, acolhendo integralmente fundamentos e proposta do representante do Ministério Público de Contas nos autos, Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, manifestou-se no seguinte sentido:

“A hipótese tratada nestes autos é idêntica à situação examinada por ocasião da prolação do Acórdão 2.819/2011-Plenário, em processo de minha relatoria, e as razões que aduzi no voto condutor dessa deliberação, já transcritas no Parecer exarado pelo *Parquet*, são **integralmente aplicáveis e suficientes para a solução de mérito** do presente processo.

(...)

O Acórdão 2.819/2011-Plenário, ao mesmo tempo em que ratificou esse entendimento jurisprudencial, **ressaltou a necessidade de que determinados casos, pela sua especificidade, requereriam tratamento excepcional no intuito de atender à supremacia do interesse público**, haja vista que a necessidade de rescindir avenças administrativas, readequar todos os projetos básicos e promover novos procedimentos licitatórios com todos os trâmites burocráticos a eles inerentes poderia levar a paralisação de serviços e de obras relevantes em curso, a comprometer o interesse público quanto à segurança das rodovias federais e a causar danos imponderáveis ao interesse público.

A situação retratada na consulta é análoga àquela examinada no julgado citado, e o entendimento ali assente deve ser aplicado ao presente caso.

Demonstrou-se no processo a **existência de contratos em plena vigência, firmados em gestões passadas, de grande relevância econômica** para o país, cujos **projetos básicos originais eram deficientes, necessitando, para sua conclusão com êxito, de aditamentos e quantitativos, com compensação** entre o conjunto de acréscimos e supressões ao objeto dos ajustes.

Restaram **demonstrados, ainda, os significativos prejuízos decorrentes da eventual suspensão desses contratos**, não sendo possível ignorar os relevantes danos ao interesse público no caso de rescisão dos ajustes vigentes no âmbito da Valec.” (voto condutor do Acórdão 3.105/2013-TCU-Plenário, destaques acrescidos).

28. Observo que, nesse caso, o Tribunal, basicamente, reconheceu que estava diante de fatos concretos bastante similares aos que pautaram sua decisão no Acórdão 2.819/2011-TCU-Plenário e que mereciam, por coerência, a mesma solução.

29. O TCU ainda recebeu outra consulta sobre a mesma temática, dessa vez formulada pelo Estado do Rio de Janeiro. No Acórdão 1.160/2014-TCU-Plenário, a consulta não foi conhecida, dada a ausência de legitimidade do Governador e em virtude de versar sobre caso concreto. Todavia, extraem-

se valiosos fundamentos dos votos que compuseram aquela decisão, relevantes para a compreensão sobre o posicionamento do Tribunal quanto à matéria ora em exame.

30. Ante a proposta do Ministro-Relator, Raimundo Carreiro, de estender o mesmo entendimento das precitadas deliberações, indistintamente, a toda a Administração Pública Federal, o Ministro Walton Alencar Rodrigues abriu divergência e apresentou declaração de Voto nos seguintes termos:

“(…)

Não obstante reconheça a relevância da matéria, não vislumbro razão suficiente para o Tribunal de Contas de União conhecer excepcionalmente da consulta e, no mérito, modular os efeitos da determinação contida no subitem 9.2. do Acórdão 749/2010-TCU-Plenário, desta vez, estendendo-a a toda Administração Pública Federal.

(…)

A modulação dos efeitos da determinação feita ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, dada pelo Acórdão 2819/2011-Plenário, mantido pelo Acórdão 570/2012-Plenário, para alcançar os contratos constituídos a partir do trânsito em julgado do Acórdão 749/2010-Plenário **teve por fundamento situações concretas e excepcionais vivenciadas por aquela autarquia federal, as quais poderiam conduzir à rescisão de grande quantidade de ajustes celebrados pelo DNIT com grave comprometimento da segurança e da incolumidade física de inúmeros usuários das rodovias federais.**

(…)

Idêntica solução foi adotada na resposta à consulta formulada pelo Ministro de Estado dos Transportes, conforme Acórdão 3.105/2013-Plenário, no qual também fui Relator. Naquele processo, a questão submetida a este Tribunal decorreu da **existência de diversos empreendimentos de infraestrutura de transportes com contratos celebrados com base em projetos deficientes, o que demandaria a realização de ajustes quantitativos e qualitativos para garantir a adequada execução das obras e imporia ao gestor a realização de ajustes contratuais somente possíveis com a compensação entre os conjuntos de acréscimos e supressões.**

Como forma de prevenir abusos da celebração de aditivos contratuais que venham superar os limites definidos em Lei, **o Acórdão 3.105/2013-Plenário estabeleceu, ainda, que cada caso abrangido pela solução temporária e intertemporal indicada, fosse justificado quanto à sua pertinência e à sua conformidade às características e diretrizes fundamentais estabelecidas no projeto básico, devendo ser devidamente registrados nos respectivos processos administrativos, estando, assim, disponíveis à fiscalização dos órgãos de controle.**

Nessa mesma linha, o recente Acórdão 2.681/2013 - Plenário, proferido em sede de embargos de declaração opostos ao Acórdão 2.059/2013 - Plenário, ao tratar de relatório de auditoria realizada nas obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional (Pisf) - Eixo Norte, Lotes 1, 2 e 14, no âmbito do Fiscobras 2013, **atribuiu os mesmos efeitos prospectivos em face de situações excepcionais devidamente justificadas pela unidade jurisdicionada.**

No processo em exame, a autoridade consulente não explicitou fundamentadamente as razões excepcionais que justificariam igual tratamento dispensado por esta Corte de Contas a casos singulares, embora mencione o fato de o Estado do Rio de Janeiro ser executor de muitos contratos custeados com recursos federais que poderiam ser afetados pela imediata aplicação do entendimento do TCU, chegando, até mesmo a citar alguns exemplos de situações concretas.

Dispensar solução temporária de direito intertemporal para abranger não só a execução de contratos administrativos já celebrados no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e custeados pela União, bem como todos os ajustes firmados pelos demais órgãos e entidades da Administração Pública Federal, **sem analisar cada caso concreto, implicaria risco inaceitável de serem convalidadas situações irregulares que não necessariamente se ajustam a condições objetivas excepcionais.** Nada

impede, porém, que a própria autoridade consulente fundamente, em cada caso concreto, a extrapolação dos limites estabelecidos pelo artigo 65, §1º, da Lei 8.666/1993.” (voto condutor do Acórdão 1.160/2014-TCU-Plenário, destaques acrescidos).

31. Nesse último caso, mais recente, o Tribunal acolheu a tese de que não caberia extensão da modulação temporal a todo e qualquer contrato, de maneira abstrata e sem que estivessem presentes circunstâncias excepcionais que autorizassem a adoção da solução anteriormente adotada para os demais casos.

IV

32. Considerando válido o histórico institucional construído pelo reiterado posicionamento do Tribunal diante de casos similares, a solução mais adequada para a presente consulta deve passar pela identificação de uma racionalidade coerente entre as decisões mencionadas.

33. A análise do núcleo essencial dos precedentes supracitados revela *ratio decidendi* comum e, também por essa razão, transcendente dos casos particulares para alcançar situações semelhantes.

34. Diante de contratos celebrados anteriormente às deliberações paradigma, referentes a empreendimentos de indiscutível relevância econômica e social e que estavam em plena vigência, o TCU admitiu a compensação entre acréscimos e supressões na pactuação de aditivos que, sem desnaturar o objeto licitado, eram imprescindíveis para a conclusão da obra, reduzindo riscos e impactos de atrasos e prejuízos decorrentes de paralisações. Com a solução adotada, conciliatória do princípio da legalidade e da supremacia do interesse público, intentava-se evitar que “o rigor da lei, em sua literalidade, viesse a contrapor-se ao interesse público primário de continuidade de serviços importantes”.

35. Creio que não seja necessário estender-me sobre a relevância de empreendimentos de infraestrutura hídrica, a exemplo da construção ou da recuperação de adutoras e canais de grande magnitude, e no prejuízo que pode causar a paralisação de suas obras.

36. Assim, considerando razoável exigir que dois suportes fáticos idênticos recebam a aplicação da mesma norma jurídica, interpretada da mesma forma, julgo adequado que os gestores do Ministério da Integração Nacional possam admitir a referida compensação quando estiverem diante de contratos que se enquadrem nas mesmas circunstâncias e a solução adotada seguramente favorecer o interesse público.

37. Conforme alertado nos demais casos, vale frisar que esse entendimento não possibilita a realização de modificações que intentem desfigurar os objetos licitados, em claro prejuízo aos princípios que regem a licitação. Ademais, os aditivos devem observar as regras relativas à adoção de preços de mercado e à vedação quanto à ocorrência de jogo de planilha, positivadas há anos em diversas Leis de Diretrizes Orçamentárias e, mais recentemente, no Decreto 7.983/2013 (arts. 14 e 15).

38. Evidentemente, a demonstração de que estão presentes as circunstâncias excepcionais para a realização de aditivos nessa condição deverão constar dos respectivos processos administrativos que lhes dão fundamento, pois, como muito bem colocado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, tal flexibilização “não significa salvo conduto para que a unidade jurisdicionada, a seu talante, promova alterações dos contratos ativos que venham desvirtuar os respectivos objetos e solapar os princípios que regem a licitação pública”.

V

39. Pelas razões aqui expostas, a resposta à consulta formulada deve informar que:

a) como regra geral, para o cálculo dos limites de alterações contratuais definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, os acréscimos ou supressões devem ser considerados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre eles;

b) a admissão de compensação no cálculo dos percentuais de modificação dos contratos inseridos no âmbito do Pisf não pode ser generalizada a fim de se estender a todo e qualquer contrato de obra de infraestrutura hídrica sem a análise prévia das circunstâncias dos casos concretos (na mesma linha do que foi decidido no Acórdão 1.160/2014-TCU-Plenário);

c) no caso de empreendimentos de infraestrutura hídrica de grande magnitude cujos contratos foram celebrados antes da data de publicação do Acórdão 2.059/2013-TCU-Plenário, é juridicamente viável a compensação para a realização das alterações necessárias para a conclusão do objeto e que não impliquem seu desvirtuamento, observada a supremacia do interesse público e demais princípios que regem a Administração Pública (na mesma linha do que foi decidido nos Acórdãos 2.819/2011, 2.681/2013, 3.105/2013 e 1.160/2014, todos do Plenário);

d) os processos administrativos devem demonstrar que o caso em exame se enquadra nas circunstâncias autorizadoras, bem como apresentar as justificativas quanto à pertinência da alteração, os elementos técnicos que comprovem não estar sendo desvirtuadas as características fundamentais estabelecidas no projeto básico do empreendimento e o atendimento ao disposto nos arts. 14 e 15 do Decreto 7.983/2013 (dispositivos que exigem a adoção de preços de mercado e vedam a ocorrência de jogo de planilha).

40. Em vista do exposto, Voto no sentido de que o colegiado aprove a minuta de acórdão que submeto à sua consideração.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 15 de junho de 2016.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

ACÓRDÃO Nº 1536/2016 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 015.542/2016-5.
2. Grupo II – Classe de Assunto: III - Consulta
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgão: Ministério da Integração Nacional (vinculador).
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHid).
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de consulta formulada pelo Ministro de Estado da Integração Nacional versando sobre a possibilidade de modulação temporal de entendimento firmado sobre o cálculo dos limites de alteração contratual previstos no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993, de modo a alcançar todos os contratos de obras de infraestrutura hídrica pactuados em decorrência de Termos de Compromisso assinados com aquele ministério.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92; e 1º, inciso XXV, 264 e 265, do Regimento Interno deste Tribunal, em:

9.1. conhecer da consulta para, no mérito, com base nas razões de decidir que fundamentaram os entendimentos firmados nos Acórdãos 2.819/2011, 2.681/2013, 3.105/2013 e 1.160/2014, todos do Plenário, responder ao consulente que:

9.1.1. a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de entender, como regra geral, para atendimento dos limites definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, que os acréscimos ou supressões nos montantes dos ajustes firmados pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública devem ser considerados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre seus valores;

9.1.2. a modulação admitida no Acórdão 2.681/2013-TCU-Plenário não pode ser generalizada a fim de se estender a todo e qualquer contrato de obra de infraestrutura hídrica firmado em decorrência de Termo de Compromisso assinado com o Ministério da Integração Nacional, eis que nem todos os contratos apresentam as mesmas peculiaridades que conduziram o Tribunal naquela decisão;

9.1.3. é juridicamente viável a compensação entre o conjunto de acréscimos e de supressões no caso de empreendimentos de grande relevância socioeconômica do setor de infraestrutura hídrica que integrem Termo de Compromisso pactuado com o Ministério da Integração Nacional, desde que o contrato tenha sido firmado antes da data de publicação do Acórdão 2.059/2013-TCU-Plenário e as alterações sejam necessárias para a conclusão do objeto, sem que impliquem seu desvirtuamento, observada a supremacia do interesse público e demais princípios que regem a Administração Pública;

9.1.4. as circunstâncias que comprovem o enquadramento de cada caso à solução temporária indicada no subitem anterior deverão constar dos processos administrativos relativos aos aditivos, que também devem apresentar as justificativas quanto à pertinência da alteração, os elementos técnicos que demonstrem não estar sendo desvirtuadas as características fundamentais estabelecidas no projeto básico do empreendimento e o atendimento ao disposto nos arts. 14 e 15 do Decreto 7.983/2013;

9.2. dar ciência desta deliberação ao consulente; e

9.3. arquivar o processo.

10. Ata nº 23/2016 – Plenário.
11. Data da Sessão: 15/6/2016 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1536-23/16-P.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas (Relator).
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral