

Pareceres

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

Parecer nº 110/2014 - RAT -- Rodrigo de Almeida Távora

Senhor Subprocurador-Geral,

Trata-se de consulta formulada pelo Ilmo. Sr. Subsecretário de Obras Rodoviárias e Mobilidade Urbana do Estado do Rio de Janeiro, JOSÉ ANTONIO PORTELA, buscando esclarecer se dado contrato, celebrado para a execução de remanescente de obra nos termos do que dispõe o art.24, inciso XI, da Lei n.º 8.666/93, *submete-se ou não à vedação de compensação entre acréscimos e supressões de itens contratuais, tendo em vista que as condições originais da licitação foram mantidos e o contrato rescindido fora celebrado antes do marco temporal definido pela Corte de Contas Federal.*

A consulta foi respondida no âmbito da própria Secretaria de Estado de Obras pelo Parecer Conjunto TCA/AUR n.º 06/2014, da lavra dos Procuradores do Estado ANDRÉ URYN e THIAGO CARDOSO ARAÚJO, respectivamente Assessor Jurídico Chefe e Assessor Jurídico Especial do referido órgão. Em apertada síntese, aduzem os pareceristas que *a contratação do remanescente, na linha do art.24, inc. XI da Lei n.º 8.666/93, não configura contratação direta, não inaugura nova relação obrigacional que, no caso, permanece a mesma.*

Aduzem, de igual forma, que a prescrição normativa contida no art.24, inciso XI, da Lei n.º 8.666/93, que determina a obrigatoriedade de preservação das mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, abrange a manutenção do contrato e a interpretação aplicável às cláusulas contratuais, destacadamente a exegese que norteia a fórmula de cálculo de acréscimos e supressões de itens contratuais.

Concluem, nesse esteio, que *a ultra-atividade prospectiva da possibilidade de compensação parece ser solução juridicamente aderente ao ordenamento vigente e à interpretação emprestada pelo TCU ao tema*, muito embora reconheçam que a matéria pode comportar interpretação jurídica diversa.

O processo foi encaminhado à Procuradoria Geral do Estado nos termos do art.176 da Constituição do Estado c/c os artigos 6º, inciso XXVIII, da Lei Complementar n.º 15/1980 e 4º, inciso IV, da Lei Estadual n.º 5.414/2009.

Esse é o breve relatório.

Inicialmente, é de ser destacado que a análise ora empreendida será realizada em tese, não se vinculando de forma específica ao contrato subjacente à consulta (contrato n.º 072/2013), uma vez que não compete ao Órgão Central do Sistema Jurídico do Estado a avaliação da adequação técnica das circunstâncias fáticas invocadas (fls.05/06) com o objetivo de fundamentar a pretendida *rerratificação* dos termos contratuais¹.

Estabelecida essa premissa, deve ser asseverado, na mesma linha de argumentação exposta pelos pareceristas, que da contratação de remanescente, amparada no art.24, inciso XI, da Lei n.º 8.666/93, não exsurge uma relação contratual integralmente autônoma. Ao revés, conforme se extrai da própria dicção do referido dispositivo normativo, devem ser preservadas neste contrato *as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço.*

¹ Destaque-se, de igual sorte, que o instrumento contratual que formaliza a *rerratificação* não foi submetido à Procuradoria Geral do Estado.

Deve ser igualmente reconhecida como plausível a interpretação que estende à contratação de remanescente não só as disposições do contrato originariamente firmado com a Administração Pública, como também o sistema de execução de tais cláusulas, o que envolveria os parâmetros que norteiam as modificações contratuais.

Dentre as disposições existentes no contrato originário, encontram-se aquelas concernentes à alteração quantitativa do contrato, nos termos do art.65, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, e que também deverão ser estendidas à contratação de remanescente². O que não se permite é a alteração substancial do contrato de forma a comprometer o objeto originariamente pactuado³.

Todas as disposições originariamente pactuadas deverão ser reproduzidas na contratação de remanescente, destacadamente as concernentes ao preço, preservando-se, com isso, as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor. Não só o preço global atualizado - deduzidas as parcelas já executadas - deverá ser preservado como também os preços unitários. Nesse sentido é a orientação do Tribunal de Contas da União⁴, *in verbis*:

“(…) o art. 24, inciso XI, do Estatuto Federal de Licitações e Contratos exige que a contratação direta de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, oriunda de rescisão contratual, obedeça às mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, até mesmo quanto ao preço, devidamente corrigido. Essas condições referem-se aos prazos de execução, aos preços unitários e global e à forma de pagamento, as quais devem ser idênticas às da proponente vencedora do certame licitatório.”

É possível, assim, admitir a extensão das disposições contratuais originárias concernentes à alteração quantitativa, nos termos do art.65, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, à contratação de remanescente, desde que estritamente assegurados os mesmos preços unitários e global fixados na proposta vencedora da licitação.

Essa conclusão, por sua vez, ao pressupor a transposição das mesmas condições existentes no contrato originário para a contratação de remanescente, também traz para o âmbito desta a discussão acerca da orientação firmada pelo Tribunal de Contas da União no sentido de que, para o cômputo do percentual máximo de acréscimos e supressões

² A minuta-padrão do contrato de obras públicas elaborada pela PGE prevê de forma expressa a possibilidade de alteração quantitativa do contrato nos termos do art. 65, § 1º, da Lei n.º 8.666/93. Eis o seu teor: “CLÁUSULA DECIMA-SÉTIMA: DA ALTERAÇÃO DO CONTRATO. O presente contrato poderá ser alterado, com as devidas justificativas, desde que por força de circunstância superveniente, nas hipóteses previstas no artigo 65, da Lei n.º 8.666/93, mediante termo aditivo. PARÁGRAFO ÚNICO — A CONTRATADA obriga-se a aceitar, nas mesmas condições contratuais, e mediante termo aditivo, os acréscimos ou supressões que se fizerem necessários na obra, no montante de até 25% (vinte e cinco por cento) ou 50% (cinquenta por cento) em caso de reforma, do valor inicial atualizado do contrato.”

³ Nesse ponto, ao discorrer sobre o preceito estabelecido no art.24, inciso XI, da Lei n.º 8.666/93, preleciona Marçal Justen Filho que a regra do inc.XI apenas se aplica quando houver parcelas faltantes a executar, não quando a má-execução por parte do contratado anterior impuser adoção de providências não previstas no contrato original. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010.

⁴ Acórdão n.º 151/2005, Segunda Câmara, Relator o Ministro Walton Alencar Rodrigues.

contratuais, fixado no § 1º do art.65 da Lei n.º 8.666/93, deve haver a apuração dos respectivos quantitativos de forma isolada⁵.

De acordo com essa orientação, não deve haver compensação entre acréscimos e supressões contratuais. Nos precisos termos das decisões proferidas pelo TCU, 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 legal⁶.

A vedação à compensação entre acréscimos e supressões contratuais deve, de fato, configurar a regra geral para as contratações públicas. É o que se passa a demonstrar.

O contrato administrativo traz em sua gênese a possibilidade de alterações. De acordo com o conceito atribuído por Celso Antônio Bandeira de Mello, o contrato administrativo é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado⁷.

A mutabilidade do contrato administrativo decorre, assim, do próprio regime de direito público que lhe é inerente, pressupondo a sua execução a estrita persecução das finalidades públicas que motivaram a sua celebração⁸.

Nesse esteio, a legislação vigente autoriza, de forma expressa, a alteração dos contratos administrativos, seja por decisão unilateral da Administração, seja por acordo entre as partes⁹. Essa alteração, por seu turno, pode envolver aspectos quantitativos e qualitativos. As alterações quantitativas afetam a dimensão do objeto contratado enquanto as qualitativas relacionam-se às características, especificações e qualidade desse objeto.

Muito embora se reconheça de forma ampla a possibilidade de modificação do contrato administrativo, a alteração contratual não deve configurar a regra geral na praxe administrativa. A Administração, ao revés, deve planejar os seus contratos adequadamente, realizando estudos prévios consistentes, destacadamente no que se refere à elaboração de projetos básicos¹⁰.

⁵ Cite-se, dentre outras decisões, o Acórdão n.º.749/2010, Plenário, Relator o Ministro Augusto Nardes.

⁶ Eis o exato teor da determinação do Tribunal de Contas da União lançada no item “9.2” do Acórdão n.º. 749/2010: *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 n.º 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.*

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁸ Em sentido análogo JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da mutabilidade dos contratos administrativos. In: BICALHO, Alcécia Paolucci Nogueira, DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). *Contratações Públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Mota*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p.89.

⁹ A Lei n.º. 8666/93, ao disciplinar os contratos administrativos, dedica uma seção específica para a disciplina das alterações contratuais, seção essa representada pelos diversos preceitos estabelecidos no art. 65.

¹⁰ Em idêntico sentido NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

A alteração contratual deve, assim, ser precedida de sólida motivação, evidenciando-se nesta os elementos fáticos supervenientes, colhidos no caso concreto, que justificam e legitimam a modificação¹¹. Essa, inclusive, é a interpretação que decorre diretamente dos preceitos constitucionais vigentes. O adequado planejamento do contrato assegura, por um lado, maior racionalidade e eficiência nos gastos públicos (art.37, *caput*), e, por outro, preserva as condições originárias da licitação (art.37, inciso XXI)¹².

Não só a alteração contratual deve constituir exceção, como também deve ela se submeter aos parâmetros objetivos fixados na legislação e consolidados no âmbito de atuação dos órgãos de controle, destacadamente o Tribunal de Contas da União.

No campo legislativo, esses parâmetros foram fixados no já citado art.65 da Lei n.º 8.666/93. Esse dispositivo enumera as hipóteses que ensejam a alteração contratual (unilateral pela Administração e por acordo entre as partes), e estabelece limites percentuais para os acréscimos e supressões contratuais.

Mais precisamente, o § 1º do art.65 da Lei n.º 8.666/93 enuncia que 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.

Conforme atesta Jessé Torres Pereira Junior, prolongado dissenso doutrinário instaurou-se sobre a incidência desses limites percentuais apenas à hipótese de modificação quantitativa do contrato (art.65, inciso I, alínea *b*) ou também sobre a hipótese de alteração qualitativa do contrato (art.65, inciso I, alínea *a*)¹³.

Mesmo para aqueles que defendem não haver na Lei n.º 8.666/93 limites explícitos às alterações qualitativas, permitindo-se, por conseguinte, a promoção de modificações em percentuais superiores aos fixados no § 1º do art.65, reconhece-se que ditas alterações não devem ser excessivas, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade, devendo a análise ser realizada à luz de cada caso concreto¹⁴.

¹¹ Assinala Adilson Abreu Dallari que qualquer modificação pretendida não pode ser imotivada ou inconsequente, nem mera questão de preferência pessoal. Modifica-se o contrato apenas e tão-somente para atingir um resultado objetivamente identificado como conveniente e necessário. DALLARI, Adilson Abreu. Limites à alterabilidade do contrato de obra pública. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 201, p.57-64, jul/set 1995.

¹² Conforme afirma Carlos Ari Sunfeld, se possível fosse à Administração, pela via oblíqua do aditamento, contratar livremente obras, serviços ou compras que não tivessem sido objeto da licitação de que resultou o contrato, estaria aberto o caminho para, de modo grosseiro, costear-se a exigência constitucional de licitação. SUNDFELD, Carlos Ari. "Contratos Administrativos — Acréscimo de Obras e Serviços — Alteração". Revista Trimestral de Direito Público. vol. 2. p. 154-155. Março Justen Filho, por sua vez, adverte que as condições originárias quanto à contratação influenciam a determinação do universo de licitantes e a elaboração do conteúdo das propostas, concluindo, a seguir, que uma alteração subsequente poderia frustrar o resultado da licitação. JUSTEN FILHO, Março. Ainda a questão da mutabilidade dos contratos administrativos. BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira, DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). Contratações Públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum. 2003, p.89.

¹³ PEREIRA JUNIOR, Jossé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁴ Nesse sentido NIEBUHR, Joel de Menezes Licitação pública e contrato administrativo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

É de ser aqui evidenciado, por outro lado, que nem sempre será uma tarefa fácil delimitar com precisão os traços distintivos entre alterações qualitativas e quantitativas. Não só as alterações qualitativas podem pressupor modificações quantitativas no contrato, como também o incremento demasiado de alterações quantitativas poderá acarretar uma alteração qualitativa do objeto do contrato.

Buscando dirimir a controvérsia que se estabeleceu sobre o tema, o Tribunal de Contas da União firmou o entendimento de que as alterações unilaterais qualitativas estão sujeitas, como regra geral, aos mesmos limites percentuais eleitos pelo legislador para as alterações unilaterais quantitativas¹⁵.

Excepcionalmente, reconheceu o Tribunal de Contas da União a possibilidade de a Administração afastar essa regra geral, ultrapassando, assim, nas alterações qualitativas, os limites percentuais fixados no § 1º do art.65 da Lei n.º 8.666/93. Para tanto, estabeleceu como parâmetros necessários a observância dos princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratado privado, e a satisfação cumulativa dos seguintes pressupostos¹⁶:

- 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; e,
- VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as conseqüências 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.

Assentou-se, assim, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a orientação no sentido de que as alterações contratuais qualitativas só poderão ultrapassar os limites percentuais fixados no art.65 da Lei n.º 8.666/93 mediante substancial justificação lastreada nos requisitos acima enunciados.

Posteriormente, ao enfrentar a questão associada à fórmula de cômputo do percentual máximo de acréscimos e supressões contratuais, fixado no § 1º do art.65 da Lei n.º 8.666/93, o Tribunal de Contas da União invocou os mesmos parâmetros

¹⁵ Decisão n.º 215/1999 — Plenário.

¹⁶ Decisão n.º 215/1999 — Plenário.

acima reproduzidos como critérios a serem observados de forma a justificar, em caráter excepcional, a compensação¹⁷.

A reprodução desse parâmetro decorreu da constatação de que os aumentos quantitativos em percentual superior a 25% - como pode ocorrer na hipótese de compensação entre acréscimos e supressões — ensejam a mudança do objeto da contratação, incidindo, por conseguinte, as premissas estabelecidas na Decisão n.º 215/1999 — Plenário.

Assim, como regra geral, estabeleceu o Tribunal de Contas da União que, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei n.º 8.666/1993, a Administração deve 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.

Em caráter absolutamente excepcional, admitiu a Corte de Contas que sejam ultrapassados os limites percentuais fixados no art. 65 da Lei n.º 8.666/93 mediante substancial justificação lastreada nos mesmos requisitos enunciados na Decisão n.º 215/1999 — Plenário.

Extraí-se desse cenário, em apertada síntese, que: i) toda e qualquer modificação contratual deve ser justificada à luz das circunstâncias concretas; ii) tanto as alterações quantitativas como as qualitativas se submetem aos percentuais fixados no § 1º do art. 65 da Lei n.º 8.666/93; e, iii) a não observância desses limites percentuais, seja na hipótese de alterações estritamente qualitativas, seja no caso de compensação entre acréscimos e supressões de quantitativos, envolve situação de absoluta excepcionalidade a exigir um esforço argumentativo ainda maior, traduzido na demonstração de efetiva ocorrência de todos os requisitos enunciados na Decisão TCU n.º 215/1999 — Plenário.

O contrato de remanescente, em particular, objeto específico da presente consulta, submete-se estritamente às premissas acima estabelecidas. Eventual compensação entre acréscimos e supressões de quantitativos nele pretendida, envolve — reitere-se - situação de absoluta excepcionalidade a exigir uma sólida justificação, traduzida na demonstração de efetiva ocorrência de todos os requisitos enunciados na Decisão TCU n.º 215/1999 — Plenário.

Esses requisitos definidos pelo Tribunal de Contas da União são inafastáveis. Deverão ser observados independentemente da data de celebração do contrato originário, uma vez que só eles serão aptos a demonstrar, em caráter excepcional, a legitimidade da compensação entre acréscimos e supressões de quantitativos. É necessário ponderar todas as circunstâncias fáticas envolvidas e avaliar os efeitos derivados da decisão em favor da compensação para que, assim, seja possível ao gestor determinar a solução a ser adotada em cada caso concreto.

Deve aqui ser reiterada a premissa reconhecida no Visto aposto ao Parecer n.º 26/2014-AUR/TCA, também da lavra dos Procuradores do Estado ANDRÉ URYN e THIAGO CARDOSO ARAUJO, no sentido de que os gestores estaduais dos contratos que utilizam recursos federais deverão ser deferentes à orientação traçada pela Corte de Contas Federal que preconiza a impossibilidade de compensação entre acréscimos e supressões contratuais.

¹⁷ Acórdão n.º 749/2010, Plenário, Relator o Ministro Augusto Nardes.

Essa deferência resulta diretamente da constatação de que é o Tribunal de Contas da União o órgão responsável pela aferição da economicidade desses contratos, podendo inclusive aplicar sanções pela inobservância de suas determinações. Apenas o recurso ao Poder Judiciário implicaria em uma solução definitiva capaz de afastar qualquer risco de aplicação de sanção pelo Tribunal de Contas da União.

O gestor deverá, assim, evitar - sempre que possível - a prática da compensação. Somente em caráter de absoluta excepcionalidade, poderá o gestor avaliar se o caso concreto revela razões extraordinárias que sejam indicativas de que esse método de apuração de acréscimos e supressões contratuais não se mostra o mais adequado para a consecução do interesse público. Em hipóteses como essas, deverão ser observados os requisitos definidos na Decisão n.º 215/99¹⁸ do Tribunal de Contas da União.

Sendo essas as considerações que tínhamos a expor sobre a questão que nos foi submetida, sugiro que sejam elas aprovadas por Vossa Excelência.

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2014.

RODRIGO DE ALMEIDA TÁVORA
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

¹⁸ Como já se disse, além da observância dos princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratado privado, deverá haver a satisfação cumulativa dos 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.

Visto. Aprovo o Parecer n.º 110/2014 — RAT, da lavra do Procurador-Assessor do Gabinete da Procuradoria Geral do Estado, **Rodrigo de Almeida Távora**, que examinou a consulta formulada às fls.04/11 pelo Exmo. Sr. Subsecretário de Obras Rodoviárias e Mobilidade Urbana do Estado do Rio de Janeiro sobre a vedação ou não de compensação entre acréscimos e supressões de itens em contrato celebrado para a execução de remanescente de obra nos teimes do que dispõe o art.24, inciso XI, da Lei n.º 8.666/93.

A questão envolvendo a vedação da metodologia de cálculo das alterações contratuais que recorra à compensação entre acréscimos ou supressões de quantitativos, com utilização de recursos federais, já foi examinada por ocasião do Parecer n.º 26/14 — AUR/TCA, aprovado parcialmente pelo subscritor do presente Visto.

Importante destacar, novamente, que o *Tribunal de Contas da União tem posicionamento consolidado acerca do tema no sentido de coibir essas compensações*, devendo o cálculo dos acréscimos e supressões, para fins de observância do art. 65, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, ser considerado isoladamente, o que implica na vedação a qualquer compensação.

O referido entendimento tem por fundamento evitar que as alterações contratuais que utilizem o método da compensação entre acréscimos e supressões, resultem na transfiguração do objeto com a modificação dos itens licitados, gerando um descompasso entre o que foi licitado e o que foi executado. A necessidade de compensação é evitada, segundo a orientação da Corte de Contas, a partir de um planejamento adequado das obras públicas e da elaboração de projetos básico e executivo tecnicamente bem estruturados.

Conforme salientado no Visto apostado ao Parecer n.º 26/14 — AUR/TCA, em se tratando de recursos federais, devem os gestores estaduais ser deferentes a esse entendimento, até porque será o Tribunal de Contas da União o órgão responsável pela aferição da economicidade desses contratos, podendo, inclusive, aplicar sanções pela inobservância de suas determinações.

Entretanto, nos casos específicos em que analisou a matéria, admitiu o Tribunal de Contas da União (Acórdãos n.º 2.819/11 e 3.105/13 — ambos do Plenário), excepcionar a regra, admitindo a compensação e vedando-a apenas para as futuras contratações a contar da data do trânsito em julgado do Acórdão n.º 749/10 — Plenário.

Essa atenuação decorreu do prejuízo que o novo entendimento poderia acarretar para as obras em andamento e que utilizavam a antiga metodologia. A solução alcançou apenas alguns órgãos e entidades federais (como por exemplo o DNIT e Ministério dos Transportes), sempre dependendo do exame de cada caso concreto e suporte tático, com a devida motivação e justificação.

Portanto, no plano federal, é possível sintetizar que o Tribunal de Contas da União orienta que:

a-) para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei n.º 8.666/1993, a Administração deve considerar as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, afastando a metodologia de aplicação da compensação por entender que essa forma de calcular os aditivos pode transfigurar o objeto e violar o próprio princípio da licitação;

b-) essa orientação é válida para toda a Administração Pública Federal e para todos os demais entes públicos que utilizem recursos federais, como é o caso do Estado do Rio de Janeiro;

c-) considerando o risco de prejuízo para o atendimento do interesse público primário e a possibilidade indiscriminada de rescisão de contratos, admitiu-se excepcionar a regra para determinados órgãos e entidades federais, incidindo o novo entendimento apenas para “futuras contratações”;

d-) essa ressalva não foi estendida de forma indiscriminada para toda a Administração Pública Federal, mas apenas para determinados órgãos e entidades e mesmo assim à luz das especificidades de cada caso concreto e mediante robusta motivação e justificativa;

e-) apenas para esses órgãos e entidades, os contratos celebrados antes do referido marco temporal os gestores estariam autorizados a aplicar a metodologia da compensação. Mesmo assim, a utilização da referida metodologia não afasta a incidência dos limites fixados no art. 65, § 1º da Lei n.º 8.666/93. Eventual alteração que supere os limites, ainda que aplicado o método da compensação, somente pode ser justificada se observados integralmente os parâmetros fixados na Decisão 215/99 — Plenário TCU;

f-) os contratos celebrados depois do referido marco temporal, sob nenhuma hipótese, admitem a compensação, devendo adotar obrigatoriamente como metodologia para celebração de aditivos o cálculo de acréscimos e supressões isoladamente. Caso, excepcionalmente, ocorra a superação dos limites fixados no art. 65, § 10, da Lei n.º 8.666/93, igualmente deverão ser atendidos os parâmetros traçados na Decisão 215/99 — Plenário TCU.

A partir do referido entendimento, a orientação fixada no Visto apostado ao Parecer n.º 26/14 — AUR/TCA foi a seguinte:

a-) devem os gestores estaduais ser deferentes ao entendimento fixado pelo Tribunal de Contas da União que veda a compensação, até porque será esse o órgão responsável pela aferição da economicidade desses contratos, podendo, inclusive, aplicar sanções pela inobservância de suas determinações;

b-) após a consulta formulada pelo Estado do Rio de Janeiro não ter sido conhecida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão n.º 1160/14) — sem, portanto, exame do mérito - o entendimento de que os órgãos e entidades estaduais que recebem recursos federais e se encontrem na mesma situação fática dos órgãos e entidades federais poderiam, à

luz das especificidades de cada caso concreto, excepcionar a regra da vedação da compensação, desde que demonstrado pelos órgãos técnicos o risco do atendimento de relevantes interesses públicos primários tutelados em contratos em andamento;

c-) uma solução definitiva que pudesse conferir segurança para essa interpretação e para os gestores estaduais — como postulado no Acórdão n.º 1160/14 e suficiente para afastar qualquer risco de aplicação de sanção pelo Tribunal de Contas da União - somente pode ser assegurada por meio de recurso ao Poder Judiciário;

d-) a recomendação da Procuradoria Geral do Estado é que, em se tratando de aplicação de recursos federais, deve o gestor, sempre que possível, evitar a metodologia da compensação mesmo nos contratos celebrados antes do marco temporal fixado no Acórdão n.º 749/10 - Plenário (09.04.12).

e-) ainda que seja uma interpretação dotada de razoabilidade a referida na alínea b, a decisão de excepcionar os contratos celebrados pelos órgãos e entes públicos do Estado do Rio de Janeiro - antes marco temporal fixado no Acórdão n.º 749/10 - é discricionária de cada gestor;

f-) essa decisão, contudo, não pode ocorrer de forma genérica e indiscriminada, senão em regime de excepcionalidade, a demandar exame de cada situação concreta, amparada em robusta motivação e justificação que observe as orientações fixadas pela própria Corte de Contas, anteriormente sintetizadas.

Fixadas as premissas que orientam o tema até o presente momento, retorna-se a questão ora examinada. A hipótese é a de um contrato que foi celebrado com vistas à execução de obras relativas ao lote 04 do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro.

Segundo relatado no processo, o contrato n.º 010/08 foi firmado no dia **30.04.08**, tendo, contudo, sido objeto de rescisão administrativa. Com fundamento no disposto no art. 24, inciso XI, da Lei n.º 8.666/93, foi celebrado em **20.09.13** contrato do remanescente com outra empresa.

A tese sustentada no Parecer Conjunto n.º 06/14 dos ilustres Procuradores do Estado ANDRÉ URYN e THIAGO CARDOSO ARAÚJO, atualmente lotados na Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Obras, conclui que, ainda que tenha sido instrumentalizado outro contrato administrativo, não se trata de uma nova e autônoma fonte de obrigação. Mesmo que formalmente se tratem de dois instrumentos, ao ângulo material seria apenas um contrato e apenas uma relação obrigacional. Se assim for, incidiria o marco temporal considerado no Acórdão n.º 749/10 — Plenário (09.04.12), o que autorizaria a aplicação do método da compensação, porquanto o contrato original foi celebrado em **30.04.08**.

Muito embora se trate de uma interpretação dotada de razoabilidade e amparada em argumentação jurídica consistente, importante anotar que, em se tratando de recursos federais, não se tem como assegurar que a referida orientação será placitada pelo Tribunal de Contas da União, razão pela qual caberá ao gestor, caso utilize o método

da compensação, avaliar o suporte fático, bem como eventuais riscos e alternativas na tomada de decisão.

Uma solução mais segura é considerar as futuras alterações contratuais a partir da metodologia de cálculo dos acréscimos e supressões de forma isolada, tal qual preconizado na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Nesta hipótese, o limite legal previsto no art. 65, § 1º, da Lei n.º 8.666/93 somente poderia ser superado caso atendidos os parâmetros traçados na Decisão 215/99 — Plenário TCU.

Em todo caso, todas as disposições originariamente pactuadas deverão ser reproduzidas na contratação de remanescente, destacadamente as concernentes ao preço, preservando-se, com isso, as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor. Não só o preço global atualizado - deduzidas as parcelas já executadas - deverá ser preservado, como também os preços unitários, tal como orientação sedimentada no âmbito do Tribunal de Contas da União¹⁹.

Ao Apoio da PG-02 para extrair cópia dos Parecer conjunto n.º 06/14 TCA/AUR e do Parecer n.º 110/14- RAT, bem como do presente Visto, com posterior encaminhamento para a Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico, que deverá circular para os órgãos locais e setoriais, juntamente com o Visto anterior, a orientação ora fixada.

À Secretaria de Estado de Obras em devolução.

Rio de Janeiro, 08 de setembro de 2014.

FLAVIO AMARAL GARCIA
Subprocurador-Geral do Estado

¹⁹ Acórdão n.º 151/2005, Segunda Câmara, Relator o Ministro Walton Alencar Rodrigues.