

**TC 011.615/2010-9**

**Apensos:** 032.286/2012-0, 005.659/2013-2, 003.298/2013-2, 006.357/2014-8 e 003.527/2012-3

**Tipo de processo:** Relatório de Auditoria

**Unidade Jurisdicionada:** Ministério da Integração Nacional

**Responsáveis:** Elexander Amaral de Souza, CPF 749.534.276-53; Francisco Campos de Abreu, CPF 130.450.405-00; João Urbano Cagnin, CPF 001.819.861-91; Márcio Nogueira Barbosa, CPF 266.027.097-04; Rômulo de Macedo Vieira, CPF 057.630.451-49; Volker Walter Johann Heinrich Kirchhoff, CPF 233.609.338-34

**Interessados:** Camter Construções e Empreendimentos S.A., CNPJ 05.500.018/0001-08, Egesa Engenharia S.A., CNPJ 17.186.461/0001-01, Coesa Engenharia LTDA, CNPJ 13.578.349/0001-57, Construtora OAS Ltda, CNPJ 14.310.577/0001-04, Galvão Engenharia S.A., CNPJ 01.340.937/0001-79, Construtora Barbosa Mello S.A., CNPJ 17.185.786/0001-61, Encalso Construções LTDA, CNPJ 55.333.769/0001-13, Convap Engenharia e Construções S.A., CNPJ 17.250.986/0001-50, Arvek Técnica e Construções LTDA, CNPJ 47.218.979/0001-32, Record Engenharia LTDA, CNPJ 07.207.251/0001-90

**Procuradores:** Silvio Segatto Inocência e outros (peça 10, p. 6), Sergio Bernardo Ribeiro Pinheiro e outros (peça 10, p. 12-17 e 19-24), Rafael Marinangelo, OAB/SP 164.879 e Tânia Aoki Carneiro, OAB/SP 196.375 (peça 10, p. 26), Edgard Hermelino Leite Jr., OAB/SP 92.114 e outros (peça 10, p.28), João Geraldo Piquet Carneiro OAB/DF 800-A e Arthur Lima Guedes, OAB/DF 18.073 (peça 35, p. 39), Adriana Barbosa Felix, OAB/DF 32.396 e Noélla Regina de Oliveira Guerino, OAB/DF 27.017 (peça 45)

**Interessado em sustentação oral:** não há

**Proposta:** mérito

## INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de relatório de auditoria realizada no Ministério da Integração Nacional (MI) com o objetivo de avaliar a regularidade da aplicação de recursos federais nas obras

do Eixo Leste do Projeto de Integração do rio São Francisco com as Bacias do Nordeste Setentrional (Pisf), Eixo Leste, localizadas nos estados de Pernambuco, Paraíba, Ceará e Rio Grande do Norte.

## HISTÓRICO

2. Por ocasião da realização da fiscalização no âmbito do Fiscobras 2010, Relatório Fiscalis 210/2010 (peça 3, p. 43-50 e peça 4, p. 1-34), foram apontados indícios de irregularidades em diversos contratos para execução do Projeto de Integração do rio São Francisco (Pisf), Eixo Leste. Os indícios de irregularidades apontados consistiam em: projeto básico deficiente; superfaturamento decorrente de pagamento por serviço não executado; sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado; acréscimos e supressões em percentual superior ao legalmente permitido; sobrepreço decorrente de jogo de planilhas; e orçamento não acompanhado das composições de todos os custos unitários.

3. Nesse sentido, em razão dos indícios de irregularidades contatados, foram alvitados os seguintes encaminhamentos:

- a) audiência do Sr. Elexander Amaral de Souza, Gestor do Lote 11 (Contrato 29/2008-MI), para apresentar razões de justificativa por ter permitido a execução e pagamento dos acampamentos e canteiro de serviços do Lote 11 sem a construção dos alojamentos previstos, em afronta ao subitem 4.1 do anexo IX ao Edital da Concorrência 2/2007-MI e aos princípios da economicidade que regem a Administração Pública;
- b) oitiva do MI para se pronunciar acerca da possibilidade excepcional de acréscimos ou supressões acima do percentual legalmente permitido no art. 65 §§ 1º e 2º da Lei 8.666/1993 nos contratos de obras civis 36/2008-MI (Lote 9) e 29/2008-MI (Lote 11);
- c) oitiva do MI para se pronunciar acerca do desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração, detectado nos contratos 36/2008-MI (Lote 9), 29/2008-MI (Lote 11) e 9/2008-MI (Lote 13);
- d) oitiva dos Consórcios Camter/Egesa, OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa e Encalso/Convap/Arvek/Record, partes contratadas nos contratos 36/2008-MI (Lote 9), 29/2008-MI (Lote 11) e 9/2008-MI (Lote 13), respectivamente, para se pronunciarem acerca do desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração, detectado nos seus respectivos contratos;
- e) outras determinações e alertas ao MI (peça 4, p. 29-31).

4. O Ministro-Relator Ubiratan Aguiar, que assumiu a relatoria a partir de janeiro de 2011, em substituição ao então Presidente Benjamin Zymler, acolheu as propostas de encaminhamento e, por meio de despacho (peça 4, p. 50), encaminhou os autos à unidade técnica responsável pela instrução do processo à época, Secob-4, para a efetivação das oitivas e audiências propostas.

5. Em atendimento às comunicações processuais efetuadas (peça 5, p. 15-20), os responsáveis e as partes interessadas apresentaram suas manifestações, cuja análise será objeto da presente instrução. As irregularidades que abrangem as manifestações referem-se à:

- a) Superfaturamento decorrente de pagamento por serviço não executado (audiência);
- b) Acréscimos ou supressões em percentual superior ao legalmente permitido (oitiva MI);
- c) Sobrepreço decorrente de jogo de planilha (oitiva MI e consórcios).

6. Ademais, em complemento às considerações apresentadas acerca dos indícios de irregularidades atinentes à celebração de termos aditivos antieconômicos, o Consórcio, OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa, por meio da empresa líder Coesa Engenharia Ltda., protocolou dois pareceres jurídicos elaborados pelos Professores Carlos Ari Sundfeld e Celso Antônio Bandeira de Mello (peças 41 e 42, respectivamente) acerca da matéria discutida nos autos, conforme consultas realizadas pela Construtora OAS Ltda (peça 41, p. 3-5 e peça 42, p. 1-5).

7. Por fim, em função de se tratar de matéria jurídica de grande relevância e com repercussão em diversos processos em curso no âmbito da Corte de Contas, o Consórcio OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa solicitou, em sua manifestação (peça 41, p. 2), que, preliminarmente ao julgamento do presente processo, fosse promovida oitiva do Ministério Público junto ao TCU, para que o *parquet* apresentasse suas considerações acerca da matéria.

## EXAME TÉCNICO

8. Para uma melhor organização dos trabalhos, serão apresentadas, resumidamente, as manifestações dos responsáveis e dos interessados para, posteriormente, serem apresentadas as análises pertinentes.

### I. Audiência do Sr. Elexander Amaral de Souza

#### I.1. Razões de justificativa do responsável

9. As razões de justificativa (peça 6, p. 7-13) do gestor do contrato 29/2008-MI, relativo às obras civis do Lote 11, são atinentes à conduta de ter permitido a execução e pagamento dos acampamentos e canteiro de serviços do Lote 11 sem a construção dos alojamentos previstos, em afronta ao subitem 4.1 do anexo IX do Edital da Concorrência 02/2007-MI e aos princípios da economicidade que regem a Administração Pública.

10. Conforme consignado no relatório de auditoria, foi constatado indício de irregularidade de superfaturamento decorrente de pagamento por serviço não executado, nos seguintes termos (peça 4, p. 7-8):

Durante a visita de campo realizada pela equipe de auditoria ao Lote 11 (Contrato 29/2008-MI), durante o mês de maio de 2010, verificou-se que o consórcio contratado tinha optado por não construir o alojamento destinado à mão de obra direta utilizada para a execução dos serviços contratados. A justificativa da contratada para a não construção do referido alojamento é que, devido à proximidade entre o canteiro de obras e a cidade de Sertânia/PE, grande parte da mão de obra contratada, proveniente do citado município, optou por continuar morando nas próprias residências, deslocando-se diariamente ao sítio das obras. (...) Entretanto, conforme indica o subitem 4.1 do Anexo IX ao Edital 02/2007-MI (Especificações Técnicas de Obras Civis e Normas de Medição e Pagamento), todas as instalações permanentes do acampamento executados pelo construtor serão de propriedade do contratante, após o término da obra, sendo que o alojamento é uma das estruturas permanentes a serem construídas no canteiro de obras. Portanto, não é discricionária ao consórcio construtor a decisão de construir ou não tal instalação, tendo em vista seu posterior uso pelo MI, da forma como melhor lhe convier.

11. Quanto a esse indício de irregularidade, o defendente iniciou a sua manifestação apresentando documentos de referência que compuseram o Edital 2/2007-MI. De acordo com o responsável, as planilhas de composição unitária anexas ao edital apresentavam três tipologias distintas para o item “implantação de canteiro”, quais sejam: barracão tipo escritórios, barracão tipo galpão fechado e galpão aberto. O projeto contratado, contudo, teria utilizado apenas as tipologias genéricas para a definição do item.

12. No tocante aos alojamentos, o defendente ponderou que, no Projeto Básico elaborado pela Fundação de Ciência, Aplicações e Tecnologia Espaciais (Funcate), constava a seguinte informação: “vale lembrar que a mão de obra local poderá contribuir bastante para a formação dos

contingentes necessários às obras, reduzindo, em consequência, o número de alojamentos previstos para o Trecho V.”

13. Conforme o responsável, o edital teria feito referência à obrigação da construtora em executar todas as ações inerentes à implantação do canteiro, contudo, a única especificação objetiva dizia respeito à área mínima de escritório com 150 m<sup>2</sup> para abrigar os profissionais especificados pelo contratante – item 6.1.9, alínea “b” do Edital 2/2007-MI (peça 12, p. 41). Além disso, o item 6.2.1.9 (peça 12, p.43) daria aos licitantes margem para adaptar sua proposta de mobilização e de implantação de canteiros até o limite de 2% do valor das obras civis. O edital não teria, entretanto, definido uma quantidade explícita para a construção de alojamentos, apenas em relação aos escritórios destinados às ações de supervisão e fiscalização.

14. Adiante, relatou que, conforme cópia de pareceres e ofícios, desde a primeira medição houve solicitação ao consórcio construtor para que se detalhasse a memória de quantitativos de maneira a refletir o correto andamento da execução das obras. Não obstante, ainda no início de 2009, houve a informação de que o consórcio havia optado por alojar funcionários na cidade de Custódia/PE, uma vez que muitos funcionários eram da região. Tais fatos teriam dispensado a construção dos alojamentos, indo ao encontro do disposto no projeto básico.

15. Continuando o feito, o responsável apresentou uma tabela comparativa (peça 6, p. 12) entre as quantidades licitadas, contratadas e executadas para cada um dos subitens do item “Implantação de Canteiro” (barracões tipo escritórios, galpão fechado, galpão aberto, estradas de serviço).

16. Do exame da mencionada tabela, concluiu ser possível perceber que, entre o contrato e a execução, houve um acréscimo da área de barracão tipo escritórios e galpão aberto, acompanhado de decréscimo da área de barracão tipo galpão fechado, de maneira que o custo final para o item não havia sido alterado, além do que uma área total construída próxima àquela proposta inicialmente foi construída. O responsável destacou, ainda, que os descontos oferecidos pela contratada foram idênticos para as três tipologias.

17. Dessa forma, o responsável afirmou que, considerando-se a utilização de preço global para o item “Implantação de Canteiros”; a definição de margem percentual máxima para a apresentação da proposta de mobilização e implantação de canteiros pelos licitantes; a utilização de tipologias construtivas genéricas para a composição do respectivo custo global de implantação de canteiros e acampamentos, e; a não explicitação da obrigatoriedade de execução de quantitativo mínimo de área de alojamentos, constando apenas dados quanto à sua qualificação mínima, seria possível concluir que a instalação do canteiro seria flexível o suficiente para se adaptar à demanda de cada lote, cuja responsabilidade estaria a cargo do consórcio construtor.

18. Com isso, entendeu o defendente que o balanço de áreas para as tipologias de referência não havia implicado em prejuízo à Administração, uma vez que se tratou apenas de personalização do canteiro modelo, com ajustes e adaptações à realidade e demanda locais, vislumbradas na documentação de referência. Há que se considerar que houve um acréscimo de área construída mais qualificada e permanente – barracão tipo escritórios – atingindo o propósito inicial quanto à agregação de área construída ao patrimônio do MI.

19. Com isso, em razão do exposto, concluiu que não estaria caracterizado o superfaturamento decorrente de pagamento por serviço não executado, ao mesmo tempo em que havia convergência para o encaminhamento proposto no Relatório Fiscalis 210/2010: “alternativamente, a sua regularização também pode ser feita por meio da construção de estrutura que substitua o alojamento mencionado, conforme opção da SIH/MI”.

## I.2. Análise das razões de justificativa

20. Assiste razão ao responsável em suas considerações e justificativas. De fato, nem o projeto básico contratado, tampouco as especificações técnicas do Edital 2/2007-MI determinaram quantitativo mínimo para a área de alojamento a ser construída. Entende-se que a decisão para a implantação de um canteiro de obras depende da infraestrutura local, da logística e da experiência construtiva de cada consórcio. Tal detalhamento não poderia ser pré-definido, uma vez que o ocorrido foi apenas uma alteração para melhor se adaptar à realidade do empreendimento, não tendo havido o pagamento de quantidades não executadas.

21. Dessa forma, pode-se constatar que, consoante evidenciado, não houve, na espécie, prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico em prejuízo ao Erário, motivo pelo qual devem ser acolhidas as razões de justificativas apresentadas.

22. Ademais, resta prejudicada a proposta de determinação a ser exarada ao Ministério da Integração Nacional para que o órgão exigisse do consórcio contratado do Lote 11 a construção de todas as instalações definitivas dos acampamentos e canteiro de serviços.

## II. Oitivas

### II.1. Manifestação do Ministério da Integração Nacional

23. Conforme já mencionado na presente instrução, o Ministério da Integração Nacional (MI) foi instado a se manifestar acerca da possibilidade excepcional de acréscimos ou supressões acima do percentual legalmente permitido, bem como pelo desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração, detectado nos contratos 36/2008-MI (Lote 9), 29/2008-MI (Lote 11) e 9/2008-MI (Lote 13).

24. Além disso, foram proferidas determinações para que o MI recalculasse o quantitativo de serviços com base nos projetos executivos elaborados a partir de levantamentos topográficos e geotécnicos confiáveis; para que remetesse ao TCU quadro comparativo entre os quantitativos constantes das licitações e os calculados com base em novos levantamentos, apresentando justificativas para as modificações efetivadas; e, por fim, em caso de formalização de novos termos aditivos, se atentasse para a manutenção do desconto original global das propostas (peça 4, p. 29-31).

25. Em atendimento à oitiva realizada, o Ministério apresentou as Notas Técnicas 59-CGOC/DPE/SIH/MI (peça 8, p. 9-10) e 60/2011/CGOC/DPE/SI/MI (peça 29, p. 22-23), correspondentes ao Contrato 36/2008-MI; 61/2011/CGOC/DPE/SIM/MI, correspondente ao Contrato 29/2008-MI (peça 30, p. 26-28), e; 57/2011/CGOC/DPE/SIH/MI (peça 28, p. 8-10), que diz respeito ao Contrato 9/2008-MI.

26. A Nota técnica 59-CGOC/DPE/SIH/MI abordou os seguintes aspectos:

26.1. No que diz respeito ao indício de irregularidade atinente à possibilidade excepcional de acréscimos ou supressões acima do percentual legalmente permitido no art. 65 §§ 1º e 2º da Lei 8.666/1993, o MI limitou-se a informar que “a que necessidade de acréscimos ou supressões superiores aos percentuais permitidos na Lei somente serão avaliados ou determinados após definidos os quantitativos de serviços de todas as obras do Lote 9, quando concluído o projeto executivo” (peça 8, p. 9).

26.2. No que alude às determinações para que o Ministério informasse os quantitativos de serviços recalculados com base nos projetos executivos e elaborasse quadro comparativo entre os quantitativos constantes das licitações e os calculados com base em novos levantamentos, apresentando justificativas para as modificações, o MI informou que os projetos executivos ainda não haviam sido concluídos até a data do ofício (18 de abril de 2011). Inobstante tal fato, anexou as planilhas do 4º Termo Aditivo ao Contrato 36/2008-MI do Lote 9, com os quantitativos atualizados, porém sem o quadro comparativo e a justificativa para as modificações que foram requeridas.

26.3. Por fim, no que tange à proposta de determinação ao MI para que, em caso de formalização de novos termos aditivos, se atentasse para a manutenção do desconto original global das propostas, além de, em caso de diminuição deste percentual, inserisse no contrato parcela compensatória negativa como forma de dar cumprimento ao art. 112, § 6º, da Lei 12.017/2009 (LDO 2010), o MI alegou que os descontos globais apurados não demonstrariam diminuição do percentual de desconto para o contrato 36/2008-MI (Lote 9), de acordo com planilha anexa à resposta (peça 8, p. 12).

27. Ademais, ainda no alusivo à manutenção do desconto original global das propostas, em caso da celebração de termos aditivos, nas outras três notas técnicas acima mencionadas, o Ministério da Integração Nacional nega que tenha havido diminuição do desconto inicialmente concedido à Administração.

28. Em relação ao Contrato 36/2008-MI (Lote 9), o MI alegou que o desconto oferecido pelo consórcio contratado na proposta técnica teria sido de 17,04%. Já os descontos decorrentes do 1º, 2º e 3º termos aditivos teriam sido, respectivamente, de 19,32%, 19,21% e 20,46% (peça 29, p. 23), conforme os dados da planilha resumo anexa à resposta (peça 29, p. 25). Dessa forma, não haveria desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração.

29. Entendimento idêntico foi apontado pelo MI em relação ao Contrato 9/2008-MI (Lote 13). Nesse caso, o desconto oferecido na proposta técnica pelo consórcio contratado teria sido de 19,34%, quando comparado ao valor de referência do edital. Após o 1º, 2º e 3º termos aditivos, os descontos decorrentes teriam sido, respectivamente, de 22,12%, 22,03% e 22,78% (peça 28, p. 9), conforme dados da planilha anexa à resposta (peça 28, p. 11). Novamente, segundo o MI, não haveria desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração para este contrato.

30. Em relação ao Contrato 29/2008-MI (Lote 11), o MI alegou que o desequilíbrio do contrato em desfavor da Administração após o 4º termo aditivo seria de 2,4% (R\$ 7,4 milhões), e não os 4,3% (11,7 milhões) apontados no relatório de auditoria (peça 30, p. 27). Com isso, o MI informou que estudos mais aprofundados estariam sendo realizados para confirmar esta situação. Tendo em vista o saldo contratual disponível, além da garantia contratual existente e do prazo até o final do contrato (dezembro de 2011), haveria condições que permitiriam o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, caso confirmado.

## II.2. Manifestação do Consórcio Camter/Egesa, parte contratada no Contrato 36/2008-MI (Lote 9)

31. O Consórcio Camter-Egesa, parte contratada no Contrato 36/2008-MI (Lote 9), foi chamado aos autos para se pronunciar acerca do desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração, detectado no referido contrato. O ofício de resposta se encontra à peça 31, p. 3-34.

32. O consórcio defende inicialmente que não teriam sido autuadas no presente processo as memórias de cálculo que demonstram a metodologia, as premissas utilizadas e os dados adotados para o cálculo do sobrepreço nas composições unitárias do contrato, tendo sido violados o princípio da publicidade (art. 37 da CF/1988), o devido processo legal, bem com o pleno exercício do direito à ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV e LIV da CF/1988).

33. Dessa forma, pontuou que qualquer medida a ser tomada com base no relatório de auditoria em questão seria inválida, uma vez que a equipe de auditoria teria omitido os cálculos, composições, premissas e métodos que conduziram à conclusão de sobrepreço no Contrato 36/2008-MI.

34. Adiante, aduziu que a equipe de auditoria teria, ainda, adotado metodologia contrária à doutrina e à jurisprudência ao desconsiderar o princípio da globalidade na avaliação dos preços dos contratos administrativos. Afirmou que, como se verifica na própria jurisprudência do TCU (Acórdão 2.885/2008-TCU-Plenário), a aferição dos preços de mercado deve ser realizada globalmente,

compensando-se os preços dos itens de planilha superiores aos de referência com aqueles que são inferiores, devidamente multiplicados, ambos, pelas respectivas quantidades.

35. Além disso, o defendente argumentou que o sobrepreço, caso ocorra, seria aquele resultante da manipulação dolosa de futuros aditivos, questão que não é discutida nestes autos. Como o dolo não poderia ser presumido e, no presente caso, restaria comprovado que o Contrato 36/2008-MI se encontrava globalmente equilibrado com os preços de mercado, ainda que apresentasse aditamento de preços unitários com sobrepreço, não há que se falar em sobrepreço.

36. Assim, aduziu que, como o superfaturamento a ser imputado a quaisquer responsáveis deve fundar-se em razoável certeza quanto à sua exigibilidade como débito, qualquer imputação de sobrepreço no Contrato 36/2008-MI sem a utilização do princípio da globalidade seria no mínimo temerária.

37. Dando continuidade, o consórcio alegou que, quando havia a inserção de serviços novos ao contrato por meio de aditivo, os preços negociados entre as partes garantiriam o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Dessa forma, seria equivocada a interpretação da equipe de auditoria quanto à necessidade de o contratado manter o desconto inicial ofertado em relação ao orçamento referencial para esses serviços novos, dada a inexistência de dispositivo legal que expressasse tal obrigação.

38. Além disso, o consórcio defendeu que o art. 112, § 6º, da Lei 12.017/2009, que dispõe sobre a manutenção do desconto nos termos aditivos aos contratos administrativos, seria de constitucionalidade discutível por ofensa ao princípio da realidade, ao da livre iniciativa e à retroatividade de norma em prejuízo de uma das partes (art. 5º, XXXVI da CF/1988), uma vez que o Contrato 36/2008-MI foi firmado em 2008, enquanto a Lei que ampara a conduta irregular é de 2009.

39. Por fim, o consórcio alegou que a metodologia utilizada pela equipe de auditoria para o cálculo do desconto após os termos aditivos seria incorreta, uma vez que, no relatório de auditoria o orçamento referencial inicial para o contrato 36/2008-MI vale R\$ 270,46 milhões, quando na verdade o orçamento referencial correto seria o da própria licitação, R\$ 257,07 milhões. Ao se calcular o desconto com os orçamentos referenciais que seriam corretos, não haveria diminuição do desconto em prejuízo da Administração.

### II.3. Manifestação do Consórcio Encalso/Convap/Arvek/Record, parte contratada no Contrato 9/2008-MI (Lote 13).

40. O Consórcio Encalso/Convap/Arvek/Record, parte contratada no Contrato 9/2008-MI (Lote 13), foi chamado aos autos para se pronunciar acerca do desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração detectado no referido contrato. O ofício de defesa se encontra à peça 34, p. 3-23.

41. O consórcio defendeu inicialmente que, ao contrário do que afirma o relatório de auditoria, não teria havido diminuição do desconto em desfavor da Administração após a celebração de cada um dos três termos aditivos ao contrato. De acordo com a tabela apresentada na peça 34, p. 8 o desconto original era de 19,4 % em relação ao orçamento do MI. Após o 2º termo aditivo ao contrato, o desconto teria aumentado para 20,57%. Após o 3º termo aditivo ao contrato, o desconto teria aumentado para 20,8%.

42. Adicionalmente, o consórcio alegou que, caso se leve a efeito a repactuação contratual na ordem de R\$ 6,6 milhões, conforme o relatório de auditoria, o valor global do terceiro aditivo seria R\$ 3,1 milhões menor do que o do segundo aditivo. Segundo o consórcio, esse descompasso seria ilógico, pois não é possível admitir que um aditivo contratual que contenha acréscimo de serviços e quantitativos resultar em um valor inferior àquele obtido com o primeiro aditivo, aniquilando-o.

43. Agindo dessa maneira se incorreria em uma clara materialização do desequilíbrio econômico financeiro em desfavor do consórcio contratado, ferindo o princípio da legalidade, uma vez que é obrigação da Administração a manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos durante toda sua vigência.

44. Conforme aduz o defendente, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro decorreria do princípio da boa-fé, pela qual cada um dos contratantes deve cumprir os ajustes atendendo e respeitando integralmente a real vontade manifestada pela outra parte no momento da celebração do contrato. Em outras palavras, a permanência da comutatividade contratual decorre logicamente da imposição de que as obrigações contratuais sejam interpretadas à luz das circunstâncias e fatos sob os quais foi celebrado (*rebus sic stantibus*).

45. O consórcio defendeu, ainda, a tese de que a exigência exposta no art. 112, § 6º, da Lei 12.017/2009 não tem legitimidade como instrumento de manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Para sustentá-la, a parte contratada apresentou trecho do voto revisor do Ministro Augusto Sherman no Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário, que discorre sobre o assunto:

11. Entendo que, tanto no caso específico do “jogo de planilha”, quanto em qualquer outra hipótese conducente à ocorrência de desvios nos custos contratados, deve a Administração e este Tribunal acercarem-se dos cuidados necessários e suficientes para garantir que os preços pactuados, quer seja no contrato original, quer seja em aditivos, estejam compatíveis com os preços praticados no mercado. Esse o critério inicial e essencial, vez que é o parâmetro de controle estabelecido pela Lei 8.666/93.

12. Com relação a aditivos, existe, sem dúvida, um segundo critério, que se refere à compatibilidade de novos valores e quantitativos então estabelecidos com aqueles constantes do contrato original.

13. Poder-se-ia citar, ainda, um terceiro critério, também a ser considerado em caso de celebração de aditivos, que é o da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

14. Quanto a isso, não me encontro ainda convencido de que seja correto e justo adotar, como integrante dos segundo e terceiro critérios acima referidos, a obrigatoriedade de que seja mantida no contrato, após eventual aditivo, a diferença percentual entre o valor global inicialmente contratado e o valor global orçado, diferença essa denominada “desconto”.

15. Primeiro porque não se trata de efetivo “desconto”.

16. Deve-se ter em mente que o denominado “valor de mercado” é, em realidade, a expressão de valores médios encontrados pela Administração quando da realização do orçamento da obra. Tratando-se de valores médios, e até por definição, deve-se assumir que existem empresas capazes de produzir itens integrantes do orçamento por valores inferiores, e outras que só o conseguirão por valores superiores. Assim, é importante observar que a diferença entre o valor constante do orçamento e aquele ofertado pela empresa é, em realidade, a diferença da capacidade da empresa em relação à média das empresas e, ainda e mais importante, que ele se refere ao somatório das diferentes capacidades da empresa em realizar cada um dos itens orçados.

17 Não se tratando de “desconto”, mas sim de expressão de capacidade de execução, a diferença percentual total observada entre os valores orçados pela administração e propostos pela empresa não significa que essa última é capaz de realizar qualquer um dos itens contratados com mesmo “desconto”, ou seja, com uma mesma capacidade.

18. Ainda que exigir isso da empresa seja benéfico aos cofres públicos, pode-se estar impondo ônus extremamente injusto àquelas que em boa-fé contrataram com a Administração.

19. Trabalhando sobre o exemplo oferecido pelo Eminentíssimo Relator na Parte II de seu Voto, vamos supor que o item 1 refira-se a “limpeza de terreno e extração de material”, o item 2 a “obras de arte em concreto”, o item 3 a “medidas mitigadoras de impacto ambiental” e o item 4 a “terraplenagem”. Suprimidos os itens 1 e 3 por meio de aditivo, nos quais a empresa ofertou preços bastantes inferiores aos orçados pela Administração - a princípio porque detém

capacidade de executá-los superior à média das empresas do mercado -, não se pode afirmar que essa mesma empresa seja capaz de produzir os itens restantes, 2 e 4, com custos inferiores aos ofertados e contratados, apenas porque deve ser mantida a mesma diferença percentual observada entre o valor total orçado e o valor total inicialmente contratado. Aliás, e em sentido contrário, a proposta da empresa, aceita pela Administração, já informava que ela não produziria aqueles itens por preços tão inferiores à média quanto os dos itens suprimidos.

20. Segundo, porque ainda resisto em aceitar que o “equilíbrio econômico-financeiro” do contrato possa ser expresso pelo citado “desconto”.

21. Parece-me que o citado equilíbrio encontra-se mais relacionado à manutenção das condições pactuadas (grosso modo, quantidade/preço/tempo) que a diferenças entre valores totais orçados e contratados. Conforme já analisado, essa diferença é uma média advinda das diferenças observadas entre a proposta da empresa e o valor constante de cada item do orçamento, e não um verdadeiro “desconto” que possa ser aplicado indistintamente a qualquer item. Alterado um quantitativo ou o prazo de execução, por iniciativa da Administração, por exemplo, não é irrazoável supor que os preços individuais dos itens sejam também alterados, o que irá alterar, com plena justiça, a diferença média, ou “desconto”, inicialmente observados. E isso não altera o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, antes pelo contrário, a modificação nos preços individuais dos itens, e conseqüentemente da diferença média, teria vindo, nesse caso, exatamente para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

22. Basicamente por essas razões entendo que o critério de manutenção do “desconto” inicialmente oferecido poderia ser utilizado em estimativas iniciais ou como base para início de negociação de alteração contratual entre a Administração e empresas contratadas. Pela simplicidade e rapidez com que podem ser aplicados, entendo que os métodos defendidos pelos Eminentes Relator e Revisor se prestam bastante bem a essa tarefa de estimativa inicial.

23. Entretanto, resisto à ideia de que possam ser utilizados como modelos metodológicos definitivos desta Corte que possam amparar determinações no sentido da redução de valores contratados e/ou obrigação de restituição de valores já pagos. Nesses casos, e vez que se encontram em jogo direitos advindos de contrato e, em última análise, o patrimônio público e o patrimônio do particular que contratou com a Administração, prefiro sejam utilizados métodos que confirmem maior certeza à solução então encontrada, ainda que mais complexos e de aplicação mais demorada. Esses métodos, fundados basicamente na comparação com preços de mercado e na manutenção de valores individuais contratados, se compatíveis com os de mercado, devem continuar sendo utilizados para tanto, como, aliás, propõe o Eminente Relator para o presente caso.

46. Por fim, o consórcio defendeu que a coibição da prática do “jogo de planilha”, face à exigência de manutenção do desconto original da proposta nos demais termos aditivos, trata de uma manipulação executada por particulares mal intencionados. Dessa forma, não se pode presumir culpa ao invés da inocência, o que seria subverter o princípio consagrado no art. 5º, LVII da CF/1988 e imporia ao contratado ônus excessivo e indevido.

#### II.4. Manifestação do Consórcio OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa, parte contratada no Contrato 29/2008-MI (Lote 11).

47. O Consórcio OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa, contratado para a execução do Lote 11 (Contrato 29/2008-MI), foi chamado aos autos para se pronunciar acerca do desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração detectado no referido contrato. O ofício de defesa se encontra à peça 35, p. 3-37.

48. De início, o consórcio alegou que as alterações e os ajustes realizados no orçamento por meio dos termos aditivos foram necessários devido à inadequação e deficiência do projeto básico. Devido à necessidade das alterações, haveria que se afastarem, por consequência, as supostas irregularidades do “jogo de planilha” e desequilíbrio contratual no Contrato 29/2008-MI. Por outro lado, ponderou que seria necessário reconhecer que os preços unitários possuem descontos

diferenciados, de modo que a alteração nos quantitativos necessariamente iria modificar o desconto inicialmente concedido para a Administração – para majorá-lo ou minorá-lo – sem que isso represente qualquer irregularidade e muito menos sobrepreço.

49. Segundo o consórcio, a unidade técnica apontou que haveria dez preços unitários no orçamento referencial que estariam com significativo sobrepreço, conforme listagem da Tabela 1 do relatório de auditoria (peça 4, p. 14), apesar de não ter havido sobrepreço global. Assim, relatou que, dos dez serviços cujos preços foram impugnados, três nunca teriam feito parte do Contrato 29/2008-MI (“fornecimento e instalação de tirantes 10 tf”, “escavação subterrânea em rocha – Lotes 7, 12, 14” e “escavação subterrânea em rocha – Lotes 2, 4”). Dos demais serviços, dois teriam sido excluídos do contrato em alterações contratuais recentes, sem nunca terem sido objeto de qualquer medição (“execução de drenos horizontais profundos em rocha” e “aço para protensão”) e um dos serviços teria preço contratado inferior à própria referência indicada pela unidade técnica (“fornecimento e aplicação de geomembrana sintética para impermeabilização do canal – 1,00 mm de espessura”).

50. Segundo o defendente, restariam, portanto, apenas quatro serviços cujos preços unitários poderiam ensejar prejuízo ao Erário. Dentre esses, dois não teriam sido objeto de qualquer incremento em quantidades: “fornecimento e instalação de tirantes 20 tf” e “administração local”. Assim, apenas dois serviços, cujos preços unitários foram criticados, teriam sido objeto de aumento de quantitativos: “pré-fissuramento” e “fabricação, transporte, lançamento do concreto de revestimento e proteção da geomembrana”. Contudo, os supostos sobrepreços apontados pela unidade técnica em tais itens estariam entre os menores vislumbrados, conforme a Tabela 1 do relatório de auditoria (peça 4, p. 14). Tais constatações, por si só, já afastariam qualquer possibilidade de “jogo de planilha”.

51. Em seguida, o consórcio apontou falhas na precificação referencial da unidade técnica em relação a esses dois últimos serviços. Para o serviço de pré-fissuramento, relatou que foi utilizado como referencial pela equipe de fiscalização a composição da Codevasf para o mesmo item (100.25.14 – pré-fissuramento e fg cuidadoso (m<sup>2</sup>) – peça 35, p. 11). O consórcio primeiramente defendeu que a composição estaria conceitualmente imprópria, devido ao uso de equipamentos inadequados e mão de obra não ajustada ao serviço.

52. Além disso, o consórcio alegou que a composição de referência possuiria índices de produtividade inviáveis: a produção indicada para o avanço de perfuração estaria exageradamente elevada, já que os 103 m<sup>2</sup>/h alcançados pela patrulha equivaleriam a um avanço de perfuração de 132 m/h. Tal produtividade seria impossível de ser atingida com os equipamentos relacionados na composição, ou com quaisquer outros equipamentos disponíveis no mercado.

53. Com isso, o consórcio defendeu que a produtividade de 10 m<sup>2</sup>/h, constante da composição referencial do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs) para o mesmo serviço (6.237 – pré-fissuramento – peça 35, p. 13) seria a mais adequada no caso concreto. Dessa forma, ajustando-se a produtividade dos equipamentos de perfuração na composição da Codevasf de 103 m<sup>2</sup>/h para 10m<sup>2</sup>/h, o preço de referência passaria de R\$ 14,17 / m<sup>2</sup> para R\$ 34,12 / m<sup>2</sup>, considerando-se os preços de 2011 do Sinapi e Sicro para os insumos na composição ajustada, deflacionados para maio de 2007, data base do contrato. A própria composição citada proveniente do Dnocs apresenta um preço referencial de R\$ 34,20 (considerando-se o BDI do consórcio de 22,13%).

54. Em relação ao serviço de “fabricação, transporte e lançamento do concreto de revestimento e proteção da geomembrana”, o consórcio defendeu que haveria impropriedades na precificação da Secob-1, então responsável pela instrução do processo. Nesse sentido, ponderou que a unidade técnica não utilizara uma composição específica para o serviço, mas sim uma mescla de composições para definir seu preço unitário referencial. O preço referencial, nessa sistemática, foi

composto do preço do serviço de “concreto estrutural – fck = 15 MPa, com aditivos e lançamento” constante do Sicro 2 (2 S 03 324 01), adicionado do preço do serviço de “transporte local com betoneira em rodovia não pavimentada”, também do Sicro 2 (1 A 00 001 50), acrescidos dos coeficientes de equipamentos e mão de obra da própria composição referencial do Edital 2/2007 do MI.

55. Ocorre que, segundo o consórcio, a composição para o serviço de confecção e lançamento de concreto estrutural do Sicro 2 não retrataria a forma como o serviço de concreto em canal é realizado, uma vez que: a composição referida é específica para concreto utilizado em obras de artes especiais e correntes, serviços com características distintas da execução do revestimento em concreto de um canal; na composição adotada pelo TCU, a usinagem do concreto é realizada em betoneira simples, e não por meio de uma central de concreto; e a unidade técnica considerou a utilização de caminhão betoneira de pequeno porte para o transporte de concreto, inadequado para a realidade do serviço.

56. Com isso, a composição mais adequada para a precificação referencial do item seria do serviço de “revestimento de canal com concreto fck = 150 kg/cm<sup>2</sup>”, proveniente da Codevasf (100.26.07 – peça 35, p. 16). Para chegar ao preço do item, o consórcio considerou os coeficientes da composição citada com os preços dos insumos Sinapi, Sicro e subsidiariamente da própria Codevasf, todos de maio de 2011 deflacionados para maio de 2007, data base do contrato. Adicionando-se o BDI do próprio consórcio (22,13%), o preço de referência para o serviço passaria de R\$ 238,42 / m<sup>3</sup> para R\$ 366,97 / m<sup>3</sup>.

57. Em seguida, o consórcio apresentou uma série de considerações indicando a ausência de sobrepreço decorrente de “jogo de planilha”. Em primeiro lugar, relatou que, como não havia sobrepreço global no orçamento contratual, o orçamento resultante das alterações nos termos aditivos continuava representando um desconto em relação ao orçamento realizado. Dessa forma, não haveria que se falar em sobrepreço.

58. Adiante, ponderou que também não haveria que se falar em “jogo de planilha”, uma vez que apenas dois dos dez preços unitários que apresentaram sobrepreço foram objeto de aumento de quantitativos, conforme já explanado.

59. Para o consórcio, a unidade técnica teria confundido dois conceitos distintos, jogo de planilha e diminuição de desconto, apresentando-os como se fossem equivalentes. Com a celebração dos termos aditivos, como os preços unitários variaram de maneira não linear, o desconto original global necessariamente deveria variar, para mais ou para menos, sem que isso represente jogo de planilha ou sobrepreço.

60. Segundo o defendente, o jogo de planilha ocorreria quando o particular, ao elaborar sua proposta, inseria propositalmente, com dolo, preços unitários superiores e inferiores aos de referência. Não seria essa a situação nos autos, uma vez que não teria sido apontado nem a existência de qualquer preço contratual acima dos referenciais de mercado nem teria sido demonstrado que teria havido aumento proposital de quantitativos com preços “bons” acompanhado da redução de outros com preços “ruins”.

61. Adiante, o consórcio argumentou que as alterações implementadas teriam sido decorrentes de impropriedades e deficiências no projeto básico, o que se trataria de fenômeno cotidiano em obras de engenharia de grande porte. Da leitura do inciso IX do art. 6º da Lei 8.666/1993, vê-se que: o projeto básico é elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares; e, consiste de soluções técnicas detalhadas feitas de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante a elaboração do projeto executivo. Como o projeto básico decorreria com base em estudos técnicos meramente indicativos e preliminares, as alterações decorrentes se tratam do simples aprofundamento dos estudos técnicos, tudo conforme previsto na legislação, na fase de elaboração do projeto executivo.

62. Além disso, aduziu que como as alterações implementadas no projeto executivo foram realizadas sem qualquer ingerência do consórcio construtor, tal fato inviabilizaria a prática do aumento dos quantitativos com preços “bons” e redução de outros com preços “ruins”, afastando o “jogo de planilha”. A diminuição do desconto se trataria, portanto, de algo normal e esperado diante das alterações implementadas no projeto executivo, uma vez que houve modificações não lineares nos quantitativos de diversos serviços.

63. Em seguida, o consórcio tentou afastar o uso do disposto no art. 112, § 6º, da Lei 12.017/2009 para o presente caso. Como o contrato 29/2008-MI foi assinado em agosto de 2008 e a lei é de 2009, ela não poderia regular o contrato em questão, sob pena de aplicação retroativa da norma, o que é vedado pelo princípio constitucional da manutenção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal). Normas supervenientes, ainda que de aplicação imediata, não poderiam afetar os efeitos futuros de contratos assinado sob a égide de disciplinamento anterior.

64. O consórcio trouxe aos autos, ainda, o entendimento de que o particular não poderia ser onerado pelas modificações impostas unilateralmente pela Administração. Para defender isso, citou trecho do voto condutor ao Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário, do Ministro Walton Rodrigues:

De fato, se não está evidenciado o jogo de planilha, não se pode exigir, sem maiores estudos e sem a comprovação efetiva do desequilíbrio, que a contratada mantenha inalterado o desconto originalmente concedido, pois, cabe ressaltar, não foi ela que deu causa à alteração contratual.

A alteração contratual, com redução ou supressão das quantidades inicialmente previstas, é unilateralmente determinada pela Administração Pública, nos termos do art. 65, inciso I, da Lei 8.666/93, para atender à necessidade de modificação do projeto ou das especificações, com vistas à melhor adequação técnica dos seus objetivos, bem como para alterar o valor da avença, em face da mudança dos quantitativos de serviços envolvidos.

Ora, nessa hipótese, não pode a empresa contratada, sem maiores estudos, ser onerada pelas modificações impostas pela própria Administração. Se da modificação supressiva ou redutiva, tecnicamente justificável, resultar nova configuração de proposta que, à época da licitação, não seria a mais economicamente vantajosa, esse fato não constitui motivo suficiente para impor, direta e imediatamente, ônus à empresa contratada resultante dessa alteração. Isso servirá apenas como presunção relativa do desequilíbrio, a ser cabalmente examinada.

65. Por fim, o consórcio entendeu que as alterações a que o projeto básico se submeteu seriam qualitativas, o que afastaria a exigência de manutenção do desconto original.

66. Além das considerações acerca do desequilíbrio econômico no Contrato 29/2008-MI, o consórcio discorreu sobre o achado de superfaturamento no serviço de implantação do canteiro de obras, bem como sobre as alterações contratuais em percentual superior ao permitido na lei (art. 65 §§ 1º e 2º da Lei 8.666/1993) detectadas em seu contrato. Quanto ao superfaturamento, destaca-se que a irregularidade foi esclarecida na análise das razões de justificativa do gestor responsável pelo contrato do Lote 11 de obras civis (tópico I desta instrução).

67. Relativamente aos limites das alterações contratuais, registra-se que, apesar de a matéria não ter sido objeto de oitiva do consórcio, as considerações feitas à oitiva do Ministério da Integração Nacional também se aplicam ao consórcio (vide tópico II.5.1 da presente instrução).

## II.5. Análise conjunta das manifestações

68. Preliminarmente à análise das manifestações trazidas aos autos pelo Ministério da Integração Nacional (MI), em razão do lapso temporal entre as condutas inquinadas e a análise ora empreendida, convém atualizar a situação de cada um dos contratos que apresentaram indícios de irregularidades. As informações a seguir apresentadas foram extraídas do relatório de auditoria elaborado no âmbito do Fiscobras 2013, Fiscalis 218/2013, bem como das licitações publicadas pelo MI no âmbito do Pisf.

69. O Contrato 36/2008-MI (Lote 9) atualmente encontra-se encerrado, em razão de rescisão unilateral por parte do MI, conforme publicação no Diário Oficial da União (DOU) de 31/8/2012. Até o momento da rescisão, a execução financeira do contrato somava R\$ 128.176.768,25, valor que representa 48,55% do valor final do contrato após as modificações trazidas pelos termos aditivos (R\$ 264.009.821,32), segundo o Relatório de Progresso de fevereiro de 2013 elaborado pela gerenciadora das obras do Pisf. Os serviços não executados no âmbito dessa avença foram incluídos no escopo das obras remanescentes das Metas 1L e 2L.

70. O Contrato 29/2008-MI (Lote 11) foi encerrado no dia 25/1/2014, conforme publicação de aditivo de prazo (9º TA) no DOU de 27/12/2013. Segundo informações do gestor do contrato, obtidas durante a realização desta instrução, o valor final do contrato após a formalização de todos os aditivos foi de R\$ 287.497.525,62 e o percentual executado equivale a cerca de 99% desse montante. Tal percentual ainda é objeto de avaliação pelo fato de o boletim da última medição estar sujeito à revisão por parte da fiscalização de campo do MI. Ademais, encontram-se em andamento no referido órgão os procedimentos administrativos visando ao recebimento definitivo.

71. No que tange ao escopo abrangido pelo Contrato 29/2008-MI, o relatório de fiscalização do Fiscobras 2013 (TC 008.894/2013-2, peça 54, p. 47) demonstrou que houve a retirada dos seguintes serviços da planilha contratual: estrada lateral, drenagem externa, reservatório Moxotó e “overshoots”. Ademais, tais serviços já foram licitados no bojo do RDC Presencial 2/2013 (Meta 3L), cujo ato de homologação foi publicado no DOU de 29/6/2013.

72. O Contrato 9/2008 (Lote 13), atualmente, encontra-se encerrado, sem que tenha sido integralmente executado, uma vez que, dentre as seis estações de bombeamento previstas no seu escopo, apenas uma foi executada (EBV-1). Em função de alterações empreendidas em seu escopo, o valor das obras, que iniciou com um montante de R\$ 124.629.256,12, foi reduzido para R\$ 88.863.115,74, após a celebração do 7º Termo Aditivo, em 29/2/2012.

73. Tecidas essas considerações iniciais, passa-se a analisar as manifestações exaradas pelo MI e pelos consórcios interessados acerca dos indícios de irregularidades.

#### II.5.1. Acréscimos e supressões em percentual acima do permitido pela legislação

74. Inicialmente, no que tange aos acréscimos e supressões em percentual acima do permitido pela legislação, convém destacar que o MI não justificou o indício de irregularidade, tampouco teceu quaisquer considerações acerca do enquadramento das aludidas alterações contratuais aos pressupostos insculpidos na Decisão 215/1999-TCU-Plenário.

75. Não obstante, reputa-se necessário acrescentar algumas considerações acerca da irregularidade em comento.

76. No que diz respeito ao Contrato 29/2008-MI (Lote 11), a irregularidade residia no 1º e no 2º Termos Aditivos, conforme se depreende do exame do relatório de auditoria, Fiscalis 210/2010 (peça 3, p. 43-50 e peça 4, p. 1-48). Após a realização dos trabalhos, convém destacar que três outros termos aditivos que promoveram modificações na planilha orçamentária contratual foram celebrados. O 3º Termo Aditivo efetuou acréscimos de R\$ 58.948.302,62 e supressões de R\$ 7.059.759,27. Já o 4º Termo Aditivo acrescentou o valor de R\$ 886.201,58, ou 0,35% do valor inicial. Por fim, o 5º Termo Aditivo redundou em acréscimos de R\$ 18.603.979,77 e supressões de R\$ 15.110.566,77. Após todas essas alterações, o valor final do contrato alcançou o montante de 302.816.360,93.

77. No tocante ao Contrato 36/2008-MI (Lote 9), a irregularidade inicialmente detectada residia no 1º Termo Aditivo. Contudo, constatou-se que após a realização dos trabalhos, outros termos aditivos com reflexos na planilha orçamentária contratual foram celebrados. O 3º Termo Aditivo, celebrado em 31/8/2010, promoveu acréscimos de R\$ 4.942.230,63, ou 2,31%. Por fim, o 4º Termo Aditivo empreendeu acréscimos de R\$ 13.288.260,79, ou 5,3%.

78. Dessa maneira, a irregularidade de acréscimos e supressões em limite superior ao legalmente permitido, que já estava configurada quando da realização da auditoria no âmbito do Fiscobras 2010, foi aprofundada em decorrência de novos termos aditivos celebrados no âmbito dos mencionados contratos.

79. Nesse ponto, contudo, cabe noticiar a existência da Portaria 811 do Ministério da Integração Nacional, de 9 de novembro de 2011, que regulamenta o procedimento de licitação e de contratação de obras públicas e serviços de engenharia que envolvam a aplicação, total ou parcial, de recursos oriundos dos orçamentos fiscal, de investimentos e da seguridade social da União, no âmbito do Ministério da Integração Nacional.

80. Em seu art. 19, a aludida norma detalha o procedimento que deve ser observado para aferição dos limites de alterações contratuais, nos seguintes termos: para efeito de observância aos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da lei 8.666/93, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser calculados individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, sobre o valor original do contrato, devidamente atualizado. Observa-se que tal procedimento está em consonância com a jurisprudência predominante do TCU quanto a esse aspecto.

81. Já o parágrafo único do art. 19 excepciona a aplicação do procedimento acima descrito, nos seguintes termos:

Excepcionalmente, desde que previamente justificados quanto à sua pertinência e conformidade com as características e diretrizes fundamentais estabelecidas no projeto básico, os aditivos que vierem a ser celebrados em contratos firmados antes da publicação desta portaria poderão utilizar metodologia de cálculo diversa da prevista no caput.

82. Com isso, observa-se que alguns termos aditivos aos Contratos 29/2008-MI e 36/2008-MI foram celebrados arrimados em norma ministerial que lhe permitia utilização de metodologia diversa daquela consagrada pela jurisprudência atual do TCU, e outros foram celebrados contemporaneamente ao momento em que essa jurisprudência estava em processo de consolidação no âmbito dessa Corte de Contas.

83. Nesse sentido, considerando as circunstâncias que cercavam os agentes responsáveis pela condução dos processos administrativos que culminaram com assinatura dos mencionados termos aditivos, pode-se entender que os atos praticados não são, neste momento, passíveis de responsabilização.

84. Vale mencionar que, apesar da excepcionalidade trazida pela Portaria MI 811, de 9 de novembro de 2011, este Tribunal cientificou o órgão, por meio do Acórdão 2.681/2013-TCU-Plenário, sobre a impropriedade "acréscimos e supressões em percentual ao legalmente permitido" e informou que "nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação deste acórdão no Diário Oficial da União (DOU), 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 749/2010, 1.599/2010, 2.819/2011 e 2.530/2011, todos do Plenário".

#### II.5.2. Desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração

85. No tocante ao indício de irregularidade atinente ao "sobrepço decorrente de jogo de planilha", cuja consequência é o desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração, cumpre ressaltar que o cerne das manifestações dos interessados é muito semelhante. Sendo assim, far-se-á uma única análise contemplando todos os argumentos expostos.

86. Quanto a esse indício de irregularidade, a controvérsia suscitada reside, essencialmente, nas bases de comparação utilizadas pelo MI e pela equipe de auditoria para aferir o percentual de desconto concedido inicialmente à Administração. Para o cálculo desse percentual de desconto

antes e após os aditivos celebrados, o MI utilizou como referencial o próprio orçamento base da Concorrência 2/2007-MI.

87. No relatório de fiscalização, por sua vez, a equipe de auditoria, preliminarmente à análise do desconto concedido, procedeu o exame de adequabilidade de todos os preços constantes dos orçamentos base da Concorrência 2/2007-MI, tendo sido esse orçamento referencial a base de referência para aferição dos descontos concedidos à Administração nas propostas iniciais de preços.

88. De fato, do achado de “sobrepço decorrente de preços excessivos frente ao mercado”, constante do relatório de auditoria, observa-se que, apesar de não ter havido sobrepreço global em nenhum dos orçamentos base utilizados na Concorrência 2/2007-MI, encontraram-se sobrepreços significativos em diversos serviços de grande materialidade nas planilhas (aqueles constantes da parte “A” da Curva ABC), conforme mostrado na Tabela 1 do relatório (peça 4, p. 14) e na planilha “Cotações Serviços”, anexada como evidência ao relatório de auditoria (peça 13, p. 11-12). Contudo, há de se registrar que o sobrepreço unitário foi identificado em somente dez serviços, considerados todos os quatorze lotes de obras em conjunto.

89. Como os orçamentos base para a execução das obras civis da Concorrência 2/2007-MI apresentaram serviços com sobrepreço, a equipe de auditoria entendeu que haveria alto risco de desequilíbrio econômico-financeiro, em desfavor da Administração, caso de celebração de novos termos aditivos, por meio da prática do “jogo de planilha”.

90. O fundamento legal para a manutenção do desconto nos contratos administrativos à época da formalização dos termos aditivos que estão sendo analisados é o art. 112, § 6º, da Lei 12.017, de 12/8/2009 (LDO 2010):

Art. 112. O custo global de obras e serviços contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias – SICRO.

(...)

§ 6º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI ou do SICRO não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária. (grifos acrescidos)

91. Ademais, o denominado “método do desconto” decorre diretamente da Constituição Federal, mais precisamente dos arts. 37 e 70 da Lei Maior, que especificam a subserviência da Administração aos princípios da eficiência, da economicidade e da finalidade pública ou interesse público. Trata-se, ainda, de método consagrado na jurisprudência do TCU, inclusive em deliberações anteriores à celebração dos contratos e realização dos aditivos, a exemplo dos Acórdãos 1.650/2006, 1.757/2008, 1.767/2008, 511/2009, 1.441/2009, 73/2010 e 1.200/2010, todos do Plenário deste Tribunal.

92. Nesse ponto, é preciso retomar que o método do desconto é uma das maneiras que podem ser utilizadas para aferir se as alterações contratuais provocaram distorções na relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra.

93. Dessa maneira, considerando-se a proposta inicial contratada, observa-se que o entendimento manifestado pelo Ministério da Integração Nacional e pelos demais interessados, que consideram o orçamento base como fonte de comparação para aferição do desconto concedido à Administração, não infringe os princípios norteadores do método do desconto. Isso porque, em

verdade, o que se objetiva com esse método, como já mencionado, é a verificação da manutenção das condições efetivas da proposta contratada, o que, de fato, ocorreu.

94. Nesse espeque, convém recorrer aos ensinamentos do voto condutor do Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário:

Ao formular sua proposta, o licitante pondera sua capacidade técnica e operacional e, a partir dessas circunstâncias particulares, formula sua oferta, cujo preço final reflete a composição média de custos. Por isso, o preço total da proposta e o correspondente desconto oferecido sobre o orçamento-base do órgão público só é válido, em princípio, para a execução do serviço como um todo, pois o desconto contido no preço total retrata a média dos descontos individuais, não se podendo tomar, sem maiores estudos e considerações, essa média do todo para apenas parte dele.

Sendo a licitação do tipo menor preço, a proposta selecionada será, logicamente, a que oferece o maior desconto sobre o preço orçado. Esse desconto percentual, portanto, representa a vantagem da proposta e é o fator determinante para sua seleção.

Assim, o licitante vencedor obriga-se a realizar a obra pelo preço ofertado, ou, em outras palavras, obriga-se a realizá-la com um desconto sobre o preço de mercado orçado pela Administração, desconto esse que é apurado a partir da diferença percentual entre o preço proposto na licitação e o constante no orçamento-base. (grifos acrescidos)

95. Ademais, deve-se considerar que, mesmo com a metodologia adotada pela equipe de auditoria, o cotejo entre os orçamentos referenciais e os orçamentos contratados, após as alterações empreendidas, permite inferir que os preços contratuais ainda permaneciam com valores inferiores aos praticados pelo mercado, dada a magnitude dos descontos inicialmente concedidos, com descontos remanescentes significativos de 15,0%, 6,9% e 6,0%, em relação ao orçamento referencial, para os contratos 36/2008-MI (Lote 9), 29/2008-MI (Lote 11) e 9/2008-MI (Lote 13), respectivamente (peça 4, p. 23).

96. Em se adotando, conforme apresentado pelo MI, o orçamento base da Concorrência 2/2007-MI como referência para cálculo dos descontos após os aditivos, esses seriam de 20,5% (peça 29, p. 23), 22,8% (peça 28, p. 11), para os contratos 36/2008-MI (Lote 9) e 9/2008-MI (Lote 13), respectivamente. Somente para o Contrato 29/2008-MI (Lote 11) o desconto inicial teria sido reduzido em 2,4% do valor total contratual, mas permanecendo ainda com desconto em relação ao orçamento base.

97. Como já relatado, como os orçamentos base da Concorrência 2/2007-MI apresentaram serviços com sobrepreço, a equipe de auditoria entendeu que haveria risco de desequilíbrio econômico-financeiro, em desfavor da Administração, no caso de celebração de novos termos aditivos, por meio da prática do “jogo de planilha”. Contudo, após a celebração dos aditivos analisados pela equipe de auditoria, ainda permaneciam significativos descontos nos sete contratos (peça 4, p. 23), sendo que pela metodologia utilizada pela equipe, três contratos tiveram redução do desconto e pela metodologia do MI somente um contrato apresentou redução, sendo que essa não pode ser considerada expressiva. Assim, não se pode falar em desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

98. O nome dado ao achado de “sobrepreço decorrente de jogo de planilha” se deve à possibilidade de tal irregularidade ter ocorrido, à época da fiscalização, caso não se mantivessem os descontos. Contudo, tal situação não se revelou verdadeira, de forma que a irregularidade não se configurou.

99. Prosseguindo, em que pese o procedimento adotado pela equipe de auditoria ser considerado, em princípio, mais benéfico para a Administração, uma vez que amplia o desconto inicialmente concedido, sua aplicação insere na relação jurídica entre as contratadas e o MI um elemento superveniente que, certamente, modificaria o conteúdo das propostas iniciais apresentadas

pelas licitantes. Ademais, o que se objetiva com esse método, como já mencionado, é a verificação da manutenção das condições efetivas da proposta contratada quando da celebração de aditivos, o que, de fato, ocorreu.

100. Especificamente no que se refere à manifestação do Consórcio OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa (Lote 11), verificou-se a presença de argumentos relativos ao sobrepreço unitário de alguns serviços e ao processo de formação dos preços referenciais do TCU. Contudo, tais informações não serão objeto de análise na presente instrução, visto que a irregularidade em apreço trata de “sobrepreço decorrente de jogo de planilha” devido à falta de manutenção de desconto quando da realização de termos aditivos. Esses argumentos seriam válidos caso se tratasse de apreciação da irregularidade atinente ao “sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado”, a qual está sendo tratada no TC 011.616/2010-5.

101. Assim, diante da análise empreendida acima considera-se saneada a irregularidade atinente ao “sobrepreço decorrente de jogo de planilha”, constante do achado 3.5 do relatório de auditoria (peça 4, p. 21-24), referentes aos Contratos 36/2008-MI (Lote 9), 29/2008-MI (Lote 11) e 9/2008-MI (Lote 13) que inclusive já se encontram encerrados.

### **III. Do parecer trazido pelo Professor Carlos Ari Sundfeld (peça 41)**

#### **III.1. Argumentos**

102. O Consórcio OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa solicitou que fossem respondidas as seguintes questões:

- a) Podem as "LDOs", que são leis modificadas a cada ano e com vigência adstrita ao ano do orçamento que visam a disciplinar, impor alterações no regramento aplicável aos contratos administrativos? No caso dos contratos firmados antes da vigência das respectivas "LDOs", a questão merece tratamento distinto?
- b) A interpretação que o TCU vem adotando das "LDOs" editadas para disciplinar os exercícios orçamentários a partir de 2009, segundo a qual o contratado seria obrigado a manter a margem global de desconto, está em consonância com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, consagrado constitucionalmente pelo art. 37, XXI da Carta Magna?
- c) Considerando apenas alterações quantitativas de itens já constantes da planilha contratual, a eventual redução do desconto global pode ensejar ao particular a obrigação de executar os serviços acrescidos por valor unitário inferior ao contratado?
- d) A LDO obrigou o particular contratado a acrescer ao objeto de seu contrato serviços ou itens que não considerou quando da apresentação de sua proposta, executando-os por preços pré-determinados pela Administração?
- e) Deve o contratado assumir a responsabilidade por eventual diminuição do desconto global do contrato decorrente de termo de aditamento previamente autorizado pela autoridade competente e cuja alteração contratual decorra de fatos não imputáveis a ele, contratado? Nessa hipótese, o particular pode ser impelido pelo TCU (ou qualquer outro órgão de controle) a devolver recursos ao erário?

103. Debruçando-se sobre o tema, o Professor Carlos Ari Sundfeld, com a colaboração do professor Jacintho Arruda Câmara, descreveu, inicialmente, as diversas limitações impostas pela legislação, desde o Decreto 2.300, de 21 de novembro de 1986, sobre a possibilidade de alteração de contratos aditivos. Nesse sentido, destacou que, a partir da Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2009 (Lei 11.768, de 14 de agosto de 2008 - LDO/2009), foi introduzido novo limite às modificações admitidas pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, restando vedada, a partir de então, a celebração de alterações contratuais que diminuíssem o designado desconto global, aferido no momento da celebração contrato.

104. Acerca da validade de se criar tal mecanismo por intermédio de Lei de Diretrizes Orçamentárias, o doutrinador argumentou que essa espécie normativa apresenta muitas peculiaridades, que as diferenciam das leis comuns. Nesse passo, destacou que tais normas somente produzem efeitos até a edição da lei anual a qual tenha buscado disciplinar. Ademais, ponderou que seus destinatários não são a sociedade em geral, mas determinadas autoridades públicas: o Executivo [o chefe do], a quem cabe encaminhar o projeto de lei, e o Legislativo, responsável por aprová-lo. Por fim, completando o traço diferenciado de tais regras, argumentou que a LDO apresenta restrita abrangência temática, na medida em que somente pode tratar de temas próprios e restritos à matéria orçamentária, previstos no art. 165, § 2º da Constituição.

105. Segundo o Professor Carlos Ari Sundfeld, tais peculiaridades fazem da LDO um instrumento impróprio para a criação de normas sobre matérias estranhas à produção de orçamento público anual. Assim, preconizou que “(...) até mesmo por respeito à segurança e à estabilidade das relações jurídicas, não é admissível estender os assuntos versados nesse tipo especial de deliberação legislativa.” (peça 41, p. 14). Trata-se de verdadeiro princípio de direito orçamentário-financeiro, a chamada exclusividade temática da legislação orçamentária.

106. Continuando o feito, o doutrinador especificou que a disciplina dos aditivos contratuais firmados entre a Administração e seus contratados não faz parte do escopo que a Constituição previu para a LDO. O fato de os contratos constituírem fontes de despesa não torna a matéria contratual propensa a regramento por dispositivos de lei orçamentária, pois se assim o fosse, o pagamento de servidores e a previdência social, que geram despesas, também poderiam ser disciplinadas por tal modalidade legislativa.

107. Adiante, o parecerista ponderou que o tema das licitações e contratos administrativos tem tratamento legislativo específico na Lei 8.666/1993. Dentre os dispositivos nela incluídos, mencionou o disposto no art. 7º, § 2º, inciso III (as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários), que embora trate de questão ligada à execução de orçamento das entidades contratantes, foi corretamente incluída na legislação permanente específica, por se destinar às autoridades administrativas em geral e a todos quantos interessados em contratar com a Administração.

108. Em seguida, o Professor Carlos Ari Sundfeld asseverou que o art. 65 da Lei de Licitações trata especificamente da celebração de aditivos, de modo que a disciplina legal ali disposta, de forma permanente, se mostra incompatível com as regras transitórias que vêm sendo inseridas nas LDO. Com isso, asseverou não ser possível “(...) aplicar em conjunto essas regras incompatíveis sem que o sistema jurídico perca funcionalidade, segurança, certeza.” (peça 41, p. 19). Assim, concluiu que criar norma que extrapole esse campo não só produz graves problemas de aplicação do Direito, mas também evidente vício formal de constitucionalidade.

109. No que se refere ao alcance da regra de limitação trazida pela LDO, o parecerista aduziu que ainda que não houvesse inconstitucionalidade formal no dispositivo, graves vícios estavam sendo perpetrados na aplicação da norma pelo TCU.

110. Nesse passo, apontou que o TCU vem determinando a aplicação do desconto global até mesmo em aditivos de contratos firmados antes da vigência da primeira LDO que introduziu a regra. Ademais, o doutrinador afirmou que essa Corte de Contas tem imposto sua observância em contratos já aditados com base nos valores unitários originais e também em situações em que a alteração contratual acrescenta item não constante da proposta original, impondo a devolução da diferença de valor. Assim, ponderou que tais determinações violam diretamente o princípio da preservação do ato jurídico perfeito, previsto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, e, especialmente, desconsideram a garantia da preservação das condições efetivas da proposta,

assegurada constitucionalmente aos contratados da Administração, no art. 37, inciso XXI, da Lei Magna.

111. Acerca do assunto, o Professor Carlos Ari Sundfeld asseverou que lei posterior não pode prejudicar, tornando sem efeito, pacto firmado de maneira legítima. Partindo-se dessa regra fundamental da eficácia das leis no tempo, concluiu que não era possível impor o desconto global para aditamentos firmados antes da vigência da LDO introdutora da regra no cenário jurídico brasileiro. Dessa forma, argumentou que, nas hipóteses em que os contratos e os aditivos tenham sido firmados antes da regra legal inovadora, o regime aplicável seria, indiscutivelmente, apenas o da Lei 8.666/1993, especificamente o art. 65, §§ 1º e 3º. O parecerista, em seguida, arrematou indicando que “em virtude da aplicação da proteção do ato jurídico perfeito, essas avenças têm de ser executadas como foram pactuadas.” (peça 41, p. 22).

112. Ademais, o doutrinador destacou que não houve previsão expressa nas LDOs de que suas disposições atingiriam contratos anteriores e os respectivos aditivos que viessem a ser firmados; e ainda se houvesse, a aplicação de tal regra aos contratos anteriores violaria a Constituição, na medida em que determinaria a execução do contrato (quanto aos seus aditivos) em condições diversas das ofertadas, em direta afronta ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

113. Nesse passo, o parecerista asseverou que o poder de modificação unilateral dos contratos administrativos encontra seu limite justamente nas cláusulas relativas às condições econômicas. Assim, ponderou que as modificações podem ser impostas unilateralmente pela Administração, porém devem ser aplicados os preços unitários previstos na contratação original (salvo, por óbvio, acordo para reduzi-los).

114. Desse modo, o Professor pontuou que violaria o citado preceito constitucional a aplicação de regra nova, mesmo que oriunda de lei, que impusesse unilateralmente condição de execução contratual mais onerosa ao contratado do que as existentes quando da formulação de sua proposta. E é justamente esse resultado que seria produzido na hipótese de aplicação, por deliberação unilateral da lei ou da Administração, do desconto global como fator redutor de preços aplicáveis a aditivos oriundos de contratos anteriores à regra legal nova. Assim, afirmou que o contratado acabaria por se sujeitar compulsoriamente a condições diversas daquelas que permearam sua oferta, em clara ofensa à garantia constitucional da preservação das condições efetivas da proposta e do respeito devido aos contratos.

115. Desse modo, o doutrinador concluiu que aditivos firmados sob a vigência das LDOs que introduziram a regra da limitação de aditivos em função da necessidade de não reduzir o chamado desconto global, mas oriundos de contratos anteriores, não poderiam ser atingidos pela inovação.

116. No que se refere à aplicação da regra do desconto global a contratos e aditivos posteriores à LDO, o parecerista aduziu que tal disposição é flagrantemente inconstitucional, por ser alheia ao universo temático próprio de uma LDO. Prosseguiu argumentando que, mesmo se a citada regra fosse considerada válida, não seria possível dela se extrair os efeitos que o TCU vem colhendo, ou seja, não era possível essa Corte de Contas determinar ao contratado a devolução da diferença entre o valor global do contrato segundo acordo de vontades contido no aditivo e aquele valor contratual que seria obtido com a aplicação do chamado desconto global.

117. Nesse sentido, alegou que, em momento algum, a LDO determina que o contratado seja obrigado a aceitar o chamado desconto global como fator de redução de preços unitários nos aditivos, assim como não há qualquer dispositivo que permita inferir que, na hipótese de desobediência ao limite fixado para aditamento, a consequência será a obrigação de o contratado devolver qualquer parcela de sua remuneração. Assim, o Professor argumentou que (peça 41, p. 28):

A prescrição inconstitucionalmente inserida na LDO apenas e tão somente proíbe a celebração de aditivos que superem determinada margem. A consequência do descumprimento dessa regra (voltada à contratante e não aos contratados, frise-se) seria apenas a declaração de invalidade do aditivo.

118. Adiante, ponderou que o contratado, nessa hipótese, como não terá dado causa à suposta invalidade, deverá receber integralmente o executado até a declaração de invalidade (art. 59, parágrafo único, da lei 8.666/1993). Em tais situações, afirmou que não haverá prática caracterizada de sobrepreço, na medida em que a remuneração do contratado terá seguido o previsto no contrato e na Lei 8.666/1993.

119. Nesse contexto, o parecerista aduziu que impelir o contratado a devolver parte de sua remuneração não só carece de qualquer fundamento legal, como também importaria enriquecimento sem causa da Administração, a qual acabaria, ao final, beneficiada pela nulidade consubstanciada no pagamento de valor abaixo do legitimamente contratado como contrapartida da efetiva execução de prestações em seu proveito.

120. No respeitante à aplicação do desconto global a itens não constantes da proposta original, o Professor Carlos Ari Sundfeld argumentou que não há fundamento jurídico para se compelir o contratado a executar alterações contratuais mediante remuneração baseada no desconto global, sem que ele tenha aceitado isso previamente. Nesse caso, aduziu que a lei própria ao tema determina que, inexistindo preço unitário, o valor do item aditado há de ser fixado mediante acordo entre as partes (art. 65, § 3º da Lei 8.666/1993) e que este é o único tratamento compatível com o regime constitucionalmente consagrado no Brasil.

121. Por fim, o doutrinador concluiu que a inaplicabilidade da ideia de desconto global não impede que contratos e seus aditamentos sejam objeto de fiscalização, com vistas à apuração de desvios. A conclusão a que se chega apenas aponta que reduções na remuneração pactuada entre Administração Pública e contratado não podem ser impostas unilateralmente, a priori. Todavia, se, num caso específico, houver a constatação inequívoca de sobrepreço, decorrente de fraude, ou da prática de simulações para obtenção de vantagens escusas, é óbvio que os órgãos de controle (especialmente o TCU) deverão agir, reprimindo tais desvios.

122. Assim, o Professor Carlos Ari Sundfeld exarou a seguinte conclusão, em síntese, quanto às perguntas formuladas:

A LDO não pode encartar regra sobre contratos administrativos. A matéria escapa ao rol temático fixado constitucionalmente para essa especialíssima modalidade normativa. [letra “a”]

(...)

A mera previsão contida nas referidas LDOs não é suficiente para impor ao contratado a manutenção da margem global de desconto. (...) Ao impor a observância desse desconto como fator limitador do recebimento da remuneração ajustada bilateralmente, a interpretação dada pelo TCU às LDOs viola a garantia do art. 37, XXI da Constituição Federal, que assegura o respeito às condições efetivas da proposta nas licitações, além de violar o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI da CF). [letra “b”]

(...)

Mesmo se a regra da LDO venha a ser tomada como válida e venha a ser considerada para aditamentos a serem firmados posteriormente à sua vigência, não seria possível impor ao contratado a obrigação de, contra sua vontade ou independentemente dela, executar serviços por valores unitários inferiores aos ajustados bilateralmente. [letra “c”]

(...)

Como já apontado nas respostas anteriores, não há respaldo jurídico para aplicação da citada regra. Muito menos em relação a aditamentos que façam incluir itens não orçados na proposta

inicial. Nesses casos, a solução está em pactuar o valor a ser praticado, dentro dos limites fixados na lei 8.666/93 (art. 65, § 3º). [letra “d”]

(...)

O contratado não pode ser obrigado a restituir uma diferença decorrente da aplicação da regra do desconto global, se esta devolução não foi sequer imposta na LDO, muito menos no edital, contrato ou no aditivo celebrado. Eventual devolução de valores só poderia ser ordenada se, concretamente, a fiscalização comprovasse a existência de preços superfaturados, em virtude de prática fraudulenta, o que não é decorrência da mera inobservância da regra do desconto global. (...) Obrigá-lo a devolver parcialmente o preço justamente praticado, nesses casos, importaria enriquecimento sem causa da Administração. [letra “e”]

(...)

### III.2. Análise

123. Como metodologia de análise, examinar-se-ão os fundamentos esposados segundo as teses gerais apresentadas. Nesse ponto, depreende-se do conjunto da defesa apresentada que o parecer jurídico busca, em um primeiro momento, o reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos das diversas leis de diretrizes orçamentárias que previram a necessidade de manutenção do denominado desconto global dos contratos, por ocasião da celebração dos aditivos; e, em um segundo momento, a mudança no entendimento deste Tribunal, acerca da correta interpretação dos dispositivos citados e dos efeitos que se podem extrair das aludidas normas.

124. Dito isso, faz-se necessário transcrever os diversos artigos das LDOs que trataram da matéria, a qual foi prevista expressamente, pela primeira vez, na Lei 11.768, de 14 de agosto de 2008 (LDO/2009):

a) Lei 11.768, de 14 de agosto de 2008 (LDO/2009)

Art. 109. O custo global de obras e serviços executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços iguais ou menores que a mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal.

(...)

§ 6º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária. (grifos acrescidos)

b) Lei 12.017, de 12 de agosto de 2009 (LDO/2010)

Art. 112. O custo global de obras e serviços contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias – SICRO.

(...)

§ 6º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI ou do SICRO não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária. (grifos acrescidos)

c) Lei 12.309, de 9 de agosto de 2010 (LDO/2011)

Art. 127. O custo global de obras e serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de composições de custos unitários, previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, mantido e divulgado, na

internet, pela Caixa Econômica Federal, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias – SICRO, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

(...)

§ 5º Ressalvado o regime de empreitada por preço global de que trata o art. 6º, inciso VIII, alínea “a”, da Lei nº 8.666, de 1993:

I - a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do sistema de referência utilizado não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária; (grifos acrescidos)

d) Lei 12.465, de 12 de agosto de 2011 (LDO/2012)

Art. 125. O custo global de obras e serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de composições de custos unitários, previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - SINAPI, mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal e pelo IBGE, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias - SICRO, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

§ 5º Ressalvado o regime de empreitada por preço global de que trata o art. 6º, inciso VIII, alínea “a”, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

I - a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do sistema de referência utilizado não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária; (grifos acrescidos)

e) Lei 12.708, de 17 de agosto 2012 (LDO/2013)

Art. 102. O custo global das obras e dos serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de composições de custos unitários, previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - SINAPI, mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal e pelo IBGE, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias - SICRO, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

(...)

§ 5º Ressalvado o regime de empreitada por preço global de que trata a alínea “a” do inciso VIII do caput do art. 6º da Lei no 8.666, de 1993:

I - a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço obtido a partir dos custos unitários do sistema de referência utilizado não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária; (grifos acrescidos)

II - em casos excepcionais e devidamente justificados, a diferença a que se refere o inciso I deste parágrafo poderá ser reduzida para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, devendo ser assegurada a manutenção da vantagem da proposta vencedora ante à da segunda colocada na licitação e a observância, nos custos unitários dos aditivos contratuais, dos limites estabelecidos no caput para os custos unitários de referência;

125. A respeito da primeira parte do questionamento trazido no aludido parecer, é oportuno ressaltar que o TCU pode declarar a inconstitucionalidade, em concreto, de atos normativos e demais atos do poder público. Nesses termos se manifestou o Supremo Tribunal Federal, que editou a Súmula – STF 347, assim lavrada: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos Poder Público”.

126. No mesmo sentido, o Regimento Interno do TCU, por meio do art. 15, inciso I, alínea “e” dispôs que compete ao Plenário deliberar originariamente sobre conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria de competência do Tribunal.

127. Todavia, é preciso deixar assente que esta Corte de Contas não tem a competência de declarar a inconstitucionalidade das normas questionadas, em abstrato, a qual constitui atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal.

128. Desse modo, a presente análise cingir-se-á a verificar a validade da aplicação dos arts. 109, § 6º da LDO/2009, 112, § 6º da LDO/2010, 127, § 5º, inciso I da LDO/2011 e 125, § 5º, inciso I da LDO/2012 e 102, § 5º, incisos I e II da LDO/2013 para o presente caso concreto, segundo o disposto na Constituição Federal. Dito de outra forma, o objetivo do presente capítulo é apreciar as ponderações e o pedido trazidos no parecer do Professor Carlos Ari Sundfeld, de modo a verificar a existência de inconstitucionalidade *in concreto*, para assim propor ao Tribunal que deixe ou não de aplicar os dispositivos questionados, no presente caso concreto, ou seja, nos contratos objetos da presente fiscalização.

### III.2.1. Da ausência de inconstitucionalidade formal

129. O art. 165 da Constituição Federal dispõe sobre a matéria passível de ser disciplinada pelas leis de diretrizes orçamentárias:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

(...)

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (grifos acrescidos)

130. Dentro do universo temático da referida norma, destaca-se o propósito de orientar a elaboração da lei orçamentária anual, constituindo, portanto, regra de inspiração e baliza para todos os atos pertinentes ao processo de alocação de recursos orçamentários.

131. Nesse ponto, cumpre transcrever a ementa e o art. 1º da LDO/2009 (14/8/2008), que se encontrava vigente quando da assinatura do Contrato 29/2008-MI (27/8/2008), firmado com o Consórcio OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa.

LEI Nº 11.768, DE 14 DE AGOSTO DE 2008.

Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2009 e dá outras providências.

(...)

Art. 1º São estabelecidas, em cumprimento ao disposto no art. 165, § 2º, da Constituição, e na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, as diretrizes orçamentárias da União para 2009, compreendendo:

I - as metas e prioridades da Administração Pública Federal;

II - a estrutura e organização dos orçamentos;

III - as diretrizes para a elaboração e execução dos orçamentos da União e suas alterações;

IV - as disposições relativas à dívida pública federal;

V - as disposições relativas às despesas da União com pessoal e encargos sociais;

VI - a política de aplicação dos recursos das agências financeiras oficiais de fomento;

VII - as disposições sobre alterações na legislação tributária;

VIII - as disposições sobre a fiscalização pelo Poder Legislativo e sobre as obras e serviços com indícios de irregularidades graves;

IX - as disposições gerais.

132. Nesse contexto, frisa-se que as diversas disposições sobre a fiscalização pelo Poder Legislativo e sobre as obras e serviços com indícios de irregularidades graves, dentre as quais se incluem os dispositivos legais que impõem a manutenção da diferença percentual entre o valor do contrato e o valor de referência, inserem-se no contexto de subsidiar o legislador orçamentário no processo de alocação dos créditos orçamentários disponíveis. Sendo assim, a manutenção do desconto nos contratos, segundo o conjunto principiológico que rege a autorização para a realização da despesa pública, constitui baliza legal legítima.

133. Afinal, sendo o orçamento público condição para a execução de despesas públicas, e estando esta atividade jungida aos critérios da legalidade, legitimidade e economicidade, previstos nos arts. 37 e 70 da Constituição Federal, por decorrência lógica, deve o legislador, durante todo o processo de elaboração da lei orçamentária, estar atento aos aludidos princípios, a fim de evitar, desde logo, a alocação de recursos públicos em obras e serviços com indícios de irregularidades. Dito de outra forma, o Poder Legislativo, ao elaborar as leis orçamentárias, é também destinatário dos princípios listados nos arts. 37 e 70 da Constituição Federal, que devem orientar todo o ciclo orçamentário, desde a previsão até a execução da despesa pública.

134. A título de exemplo, é legítimo ao Congresso Nacional, no processo de elaboração do orçamento, precipuamente na atividade de fixação da despesa, sustar ou bloquear a execução física, orçamentária e financeira dos contratos, convênios, etapas, parcelas ou subtrechos de obras em que foram identificados os indícios de irregularidades que, de alguma forma, constituam violação aos princípios constitucionais supramencionados.

135. Nesse contexto, pode o Congresso Nacional, na condição de titular da atividade de controle externo da Administração Pública e detentor da competência exclusiva de elaborar a lei orçamentária, decidir pela não concessão de créditos orçamentários a subtítulos relativos a obras e serviços, em que tenham sido identificadas violações aos princípios constitucionais previstos no art. 37 da Lei Magna. Da mesma forma, pode o Congresso Nacional, no exercício da mesma função, deliberar sobre a descontinuidade da execução física, financeira e orçamentária de uma obra, na qual tenha sido constatada a diminuição de sua vantajosidade econômica, em razão da redução do desconto global do preço contratado, frente ao preço de mercado, em face da celebração de termos aditivos. Trata-se de exercício legítimo do papel fiscalizador do Poder Legislativo, o qual constitui atividade típica dos Paramentos, junto à função de legislar.

136. Dessa forma, as diversas regras dispostas nas LDOs, que tratam da fiscalização pelo Poder Legislativo acerca de obras e serviços com indícios de irregularidades graves, inserem-se no sentido de orientar o legislador orçamentário no momento da seleção dos subtítulos de obras e serviços que podem receber créditos orçamentários por estarem em conformidade com os arts. 37 e 70 da Constituição Federal.

137. Nesse mesmo propósito, há dispositivos legais que preconizam a não redução da diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários referenciais, quando da celebração de aditivos contratuais. Trata-se de uma baliza posta ao legislador orçamentário, para fins de aferição da economicidade de ajustes contratuais, após modificações de valor ocasionadas por termos aditivos, no intuito de possibilitar a tomada de decisão acerca da continuidade ou não do repasse de recursos orçamentários para a avença.

138. Dito de outra forma, as disposições trazidas pelo art. 109, § 6º da LDO/2009, art. 112, § 6º da LDO/2010, art. 127, § 5º, inciso I da LDO/2011 e art. 125, § 5º, inciso I da LDO/2012 nada

mais são do que critérios que o legislador orçamentário utiliza na etapa de fiscalização e elaboração da lei orçamentária, os quais se somam a todas as demais normas previstas no capítulo intitulado “Fiscalização pelo Poder Legislativo sobre as obras com indícios de irregularidades graves” e em artigos dispersos nas várias LDOs.

139. Assim, repisa-se, com base na norma de orientação em exame, cujo destinatário é o legislador orçamentário, é possível verificar se a diferença percentual entre o novo valor global e o obtido a partir dos sistemas de referência constitui ato/fato passível de ser enquadrado no conceito de grave com recomendação de paralisação – IGP, estabelecido nos arts. 96, § 1º inciso IV da LDO/2009, 94, § 1º, inciso IV da LDO/2010, 94, § 1º, inciso IV da LDO/2011 e 91, § 1º, inciso IV da LDO/2012, 93, § 1º, inciso IV da LDO/2013, para fins de decidir pelo bloqueio do repasse de recursos.

140. Desse modo, conclui-se que os arts. 109, § 6º da LDO/2009, 112, § 6º da LDO/2010, 127, § 5º, inciso I da LDO/2011, 125, § 5º, inciso I da LDO/2012 e 102, § 5º, incisos I e II da LDO/2013, os quais cuidam da manutenção da diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do sistema de referência utilizado, possuem pertinência temática com a matéria que pode ser tratada em lei de diretrizes orçamentárias, estando, portanto, em conformidade com o art. 165, § 2º, da Constituição Federal.

### III.2.2. Da não derrogação do regime da Lei 8.666/1993 pelas leis de diretrizes orçamentárias

141. No que se refere ao argumento de que o tema das licitações e contratos administrativos tem tratamento legislativo específico na Lei 8.666/1993 e que a matéria da celebração de aditivos foi exaustivamente tratada na referida norma, discorda-se do parecer apresentado a esta Corte de Contas. Diante das ponderações emanadas no tópico III.2.1 supra, as disposições das LDOs que tratam da manutenção da diferença percentual entre o valor do global do contrato e o valor de referência não derrogam as disposições da Lei 8.666/1993 nem demonstram incompatibilidade entre si.

142. Quanto ao primeiro aspecto, aponta-se que as disposições da Lei de Licitações e das LDOs têm destinatários e finalidades distintas. Enquanto a disciplina da primeira tem efeito geral e caráter cogente para os três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, constituindo o regulamento jurídico das licitações e dos contratos administrativos, as disposições das LDOs destinam-se ao legislador orçamentário e constituem tão somente uma das balizas para sua atuação no processo de elaboração da lei orçamentária.

143. Dessa forma, o regime jurídico dos termos aditivos permanece regido pela Lei 8.666/1993, enquanto a LDO, no que se refere à imposição do desconto global, se presta tão somente a subsidiar a decisão do legislador orçamentário acerca do repasse ou não recursos para um contrato administrativo que, diante da redução de sua vantagem econômica, pode não mais atender ao interesse público.

144. É evidente que, de maneira indireta, o executor da despesa pública, diante da possibilidade de uma eventual sustação da execução física, orçamentária e financeira do contrato em que foi identificada a redução da diferença entre o valor do contrato e o referencial obtido a partir dos sistemas oficiais, por ato do Congresso Nacional, tende a zelar pelo cumprimento do critério estabelecido pela LDO, instando o contratado a manter a aludida diferença, por ocasião da celebração dos referidos aditivos. Porém, a decisão de manter o desconto inicial do contrato quando da formalização de termos aditivos não deve ser motivada pela suposta alteração do regime jurídico-administrativo efetivado pela LDO. Tal ação tem como bojo a sujeição às regras anteriores às próprias disposições da LDO, quais sejam, os princípios da supremacia do interesse público e da economicidade, a serem analisados, não de forma geral, mas segundo as nuances e peculiaridades de cada caso concreto.

145. Com relação ao segundo aspecto argumentado, referente ao tratamento exaustivo supostamente dispensado pela Lei 8.666/1993 acerca da matéria da celebração de termos aditivos, registra-se que não há antinomia entre o regime jurídico do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos e o espírito dos arts. 109, § 6º da LDO/2009, 112, § 6º da LDO/2010, 127, § 5º, inciso I da LDO/2011 e 125, § 5º, inciso I da LDO/2012 e 102, § 5º, incisos I e II da LDO/2013.

146. Nesse sentido, aponta-se que a Lei 8.666/1993, como não poderia deixar de ser, estabelece em diversas passagens que o administrador público, na condição de contratante, deve perseguir continuamente a satisfação do interesse público, o qual deve ser atendido, durante toda a vigência de um contrato. Tanto é que o art. 78, inciso XII dessa lei estabelece como um dos motivos para a rescisão do contrato:

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato; (grifos acrescidos)

147. Quanto à disciplina das LDOs, registra-se que a redução da diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos de referência, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária, afeta de maneira negativa o interesse público associado à execução da avença, na medida em que a realização do objeto licitado tornou-se proporcionalmente mais onerosa que a condição inicialmente estabelecida por ocasião do certame licitatório.

148. Dessa forma, conclui-se que as disposições das LDOs quanto à manutenção do desconto global constituem aspecto objetivo para o exame da manutenção da vantagem econômica e, portanto, do interesse público na continuidade da execução de contratos administrativos, os quais serão apreciados pelo legislador orçamentário, por ocasião da elaboração da lei orçamentária. Assim, tanto não há alteração do regime jurídico-administrativo dos contratos administrativos pelas diversas LDOs, como também não existe qualquer antinomia entre a disciplina da Lei 8.666/1993 e a estabelecida pelas LDOs, razão pela qual não assiste razão ao defendente.

### III.2.3. Da aplicação das leis de diretrizes orçamentárias no tempo e da não violação do princípio do ato jurídico perfeito

149. Quanto ao princípio do ato jurídico perfeito, aponta-se que os argumentos trazidos não se aplicam ao Contrato 29/2008-MI, porquanto a referida avença foi assinada em 27/8/2008, quando já estava em vigor a LDO/2009, editada em 14/8/2008. Dessa forma, quando da celebração do ajuste, a fiscalização do Poder Legislativo Federal sobre as despesas atinentes à execução do referido contrato já estava submetida às balizas estabelecidas ao legislador orçamentário na referida lei, não havendo qualquer ofensa ao princípio em tela.

150. Ademais, partindo do pressuposto de que as LDOs têm como destinatário o legislador orçamentário, não há dúvida de que o comando legal em apreço, assim como os demais artigos das LDOs, possa ser aplicado como critério para a verificação da economicidade do presente contrato para fins de alocação de créditos orçamentários na LOA. Trata-se, conforme visto, de condição objetiva a ser observada pelo legislador orçamentário a fim de verificar se um ajuste custeado com recursos federais ainda é vantajoso sob o ponto de vista econômico.

151. Dessa forma, não existe qualquer retroatividade das normas em exame nem violação ao ato jurídico perfeito, porquanto elas estão incidindo sobre atos jurídicos ocorridos sob sua égide, quais sejam, os atinentes à fiscalização exercida pelo Congresso Nacional sobre a execução de despesa pública.

152. Nesse ponto, ainda que o parecer em análise invoque a questão peculiar do Contrato 29/2008-MI, cumpre examinar a possibilidade de aproveitamento do argumento trazido pelo parecerista para a situação concreta enfrentada pelos demais contratos em que foi identificada a irregularidade, qual seja, sobrepreço decorrente de jogo de planilha em vista da diminuição da

diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários de referência.

153. O Contrato 36/2008-MI foi assinado em 8/12/2008, estando, portanto, na mesma situação do Contrato 29/2008-MI, no que se refere à inexistência de qualquer violação ao princípio do ato jurídico perfeito, haja vista a data de assinatura ser posterior à publicação da LDO/2009. Nesse sentido, diante das considerações esposadas nos itens 146 a 148 supra, aplica-se à fiscalização, exercida pelo Poder Legislativo Federal sobre o referido ajuste, todas as disposições das LDOs ora criticadas.

154. Com relação ao Contrato 9/2008-MI, assinado em 12/5/2008, observa-se uma situação fática distinta. Considerando que a LDO/2009 foi editada em 14/8/2008, verifica-se que o referido ajuste se aperfeiçoou antes da entrada em vigor da supramencionada norma jurídica, não podendo ser, a princípio, atingido pela regra em questão.

155. Todavia, o 2º Termo Aditivo ao Contrato 9/2008-MI, que promoveu as alterações nos quantitativos de serviços e reduziu o “desconto” global do ajuste, foi firmado em 9/12/2009 (peça 22, p. 42-43), quando já havia norma orçamentária dispondo sobre a necessidade de manutenção do desconto. Diante desse cenário, entende-se que não há ofensa alguma ao ato jurídico perfeito, tampouco há a aplicação retroativa de lei nova, porquanto as disposições legais não estão atingindo o contrato em sua versão inicial, aperfeiçoado em sua origem, mas as alterações praticadas em seus termos aditivos, quando já se estava em vigor a nova norma de regência.

156. Acerca do regime jurídico aplicável a aditivos contratuais, cumpre transcrever as considerações esposadas no voto revisor do Ministro Benjamin Zymler, proferido em face do Acórdão 88/2002-TCU-2ª Câmara, as quais, embora digam respeito à matéria distinta da apreciada no presente caso concreto, revela o entendimento do Tribunal acerca do direito intertemporal aplicável a termos aditivos:

Diferente, contudo, é a situação em relação aos aditivos contratuais. Estes foram assinados sob a vigência do Comando Legal acima referido. Por conseguinte, eventuais irregularidades ocorridas nos termos aditivos podem ser apuradas com base na Lei nº 8.443/92. Não há falar, na hipótese, que os termos aditivos consubstanciavam ato jurídico perfeito, porque, quando da entrada em vigor da Norma, as alterações não haviam sido produzidas. Tivesse o contrato original prosseguido na sua execução sem modificação, não se poderia aplicar-lhe as disposições da Lei nº 8.443/92. Entretanto, sofrendo alteração em parte essencial, como foi o caso, há a adoção de novo ato jurídico, o qual somente será válido se obedecer aos ditames legais vigentes à época de sua edição. (grifos acrescidos)

157. Seguindo a mesma lógica, cumpre registrar que é firme a jurisprudência do TCU no sentido da obrigatoriedade da observância do limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato para acréscimos de obras, serviços e compras, ainda que o contrato tenha sido celebrado anteriormente à Lei 8.666/1993 (Acórdão 332/1999-TCU- 1ª Câmara, Decisão 215/1999-TCU-Plenário, Acórdão 67/2004-TCU-Plenário, Decisão 175/1999-TCU-Plenário e Decisão 257/2002-TCU-Plenário). Nesse caso, reputou-se válida a aplicação do novo regime das licitações a aditivos firmados durante a sua vigência, mesmo que o contrato tivesse sido assinado à época do Decreto-lei 2.300/1986.

158. Conforme o art 6º, § 1º do Decreto-Lei 4.657, de 4/9/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Segundo Limongi França, é aquele que sob o regime de determinada lei tornou-se apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos a isso indispensável. (FRANÇA, R. Limongi. Direito Intertemporal Brasileiro. São Paulo: RT, p. 427.).

159. No mesmo sentido, cumpre transcrever a doutrina de Teori Zavascki:

Reputa-se ato jurídico perfeito”, segundo o § 1º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. O termo “consumado”, aqui, deve ser entendido como se referindo aos elementos necessários à existência do ato, e não à sua execução ou aos seus efeitos materiais. Ou seja: “ato consumado” é ato existente (= em que se acham completos, “consumados”, todos os requisitos para sua formação), ainda que pendentes (= ainda que não “consumados”) os seus efeitos. (ZAVASCKI, Teori. *Planos econômicos, direito adquirido e FGTS*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, n. 134, 1997, p. 252)

160. Diante dos conceitos supramencionados, cada um dos termos aditivos é submetido aos requisitos da lei vigente à época de suas assinaturas, somente alcançando o status de ato jurídico perfeito se foram celebrados segundo as balizas impostas pelo ordenamento jurídico vigente.

161. Dessa forma, conclui-se que os aditivos contratuais se submetem ao direito posto por ocasião de sua assinatura, não constituindo violação ao princípio do ato jurídico perfeito, a incidência de norma jurídica distinta da existente por ocasião da celebração do contrato original. Por esse motivo, entende-se correto o entendimento esposado pela equipe de auditoria, quanto às alterações ocorridas no Contrato 29/2008-MI.

#### III.2.4. Da não violação do princípio das condições efetivas da proposta

162. Relativamente ao argumento acerca da possível violação do princípio da manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, da Constituição Federal) em face da aplicação do “método do desconto” apregoado por dispositivos constantes das LDOs, ressalta-se que, como todo e qualquer princípio, o valor em tela deve conviver com outros igualmente assegurados pela Constituição, a exemplo dos princípios da economicidade, da eficiência e do interesse público.

163. As normas das LDOs, ora questionadas, buscam proteger os princípios constitucionais da economicidade, da eficiência e do interesse público, não sendo possível extrair, da generalidade dos referidos dispositivos legais (análise em tese), a violação ao núcleo essencial do princípio da manutenção das condições efetivas da proposta. Tal conclusão somente poderia advir da análise de uma situação concreta, mediante o uso da técnica da ponderação de valores, ou seja, da concordância prática dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

164. Nesse sentido, cumpre transcrever o entendimento esposado pelo Ministro Relator Benjamin Zymler, no voto condutor do Acórdão 2.305/2007-TCU-Plenário:

46. A Constituição não reconhece a existência de uma hierarquia normativa entre as suas variadas disposições baseada simplesmente no particular conteúdo dessas disposições, de sorte a legitimar uma apreciação abstrata, indiferente à topologia do caso concreto e cega aos embates inerentes aos conflituosos valores e compromissos nela acolhidos, acerca de quais das normas influentes na decisão deverão prevalecer.

165. Acerca da matéria, entende-se valiosa a lição de Gomes Canotilho (*in* Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2º ed., fls. 1.055-1.057, Livraria Almedina, Coimbra, 1998):

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifícios de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma ‘lógica do tudo ou nada’, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstâncias do caso.

166. Desse modo, incabível a invocação genérica do princípio da manutenção das condições efetivas da proposta, para o fim de apontar a inconstitucionalidade material dos arts. 109, § 6º da

LDO/2009, 112, § 6º da LDO/2010, 127, § 5º, inciso I da LDO/2011, 125, § 5º, inciso I da LDO/2012 e 102, § 5º, incisos I e II da LDO/2013, pois tal ideia significa a assunção, de maneira indevida, da supremacia do primeiro princípio, em face dos princípios da economicidade, da eficiência e do interesse público, o que se mostra incorreto, tendo em vista os idênticos *status* e hierarquia dos mencionados valores jurídicos.

167. Outrossim, não caberia falar em manutenção das condições efetivas da proposta, no sentido que o defendente invocou, se o contrato administrativo foi alterado por termo(s) aditivo(s), de modo que o novo ajuste contratual não mais guarda absoluta identidade com o submetido à licitação. Se o objeto do contrato, após o(s) aditivo(s), não é o que foi submetido ao crivo da competitividade, visto que sofreu alterações de quantitativos e eventualmente a inclusão de itens novos, não há que se exigir a preservação de uma proposta, que foi ofertada em um contexto distinto do atualmente vigente, em face do(s) aditivo(s).

168. Nesse ponto, é preciso fazer uma leitura escoreta do art. 37, inciso XXI da Constituição, segundo os princípios vetores do regime jurídico-administrativo das licitações e contratos administrativos.

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifos acrescentados)

169. Quando se fala que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei (...)”, deve-se proceder a uma interpretação que considere tanto a esfera de interesse dos particulares quanto a da Administração Pública, assumindo-se que esta age de acordo com o interesse público.

170. Conforme os exatos termos da norma constitucional em exame (vide tópico III.2.1), admitiu-se que a matéria fosse regulamentada por norma com grau hierárquico inferior, tendo sido delegada ao legislador ordinário a tarefa de conferir densidade normativa aos princípios supramencionados.

171. Trata-se das chamadas restrições indiretamente constitucionais, seguindo a expressão cunhada por Jairo Gilberto Schäfer e Karine da Silva Cordeiro, respectivamente Professores de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal de Santa Catarina e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, no artigo intitulado “Restrições a Direitos Fundamentais: Considerações Teóricas acerca de uma decisão do STF (ADPF 130)” (FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo, *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Ed. 1ª: Bahia, 2011. p. 634). Nesse contexto, cumpre transcrever excerto do artigo supramencionado que trata do tema:

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas criadas no plano infraconstitucional com base em autorização expressa na Constituição. Cuida-se daquelas hipóteses em que o texto constitucional expressamente permite que norma de grau hierárquico inferior afete negativamente o âmbito de proteção do direito fundamental. São as chamadas reservas de leis restritivas.

172. Conforme os referidos autores, citando a doutrina de Canotilho, essas normas são, ao mesmo tempo, uma norma de garantia e de autorização de restrição, porque autoriza o legislador a estabelecer restrições no âmbito de proteção constitucionalmente garantido.

173. Nesse cenário, foi editada a Lei 8.666/1993, a qual, antes mesmo da LDO, cujos destinatários e propósitos são diferentes daquela, legitimamente restringiu e otimizou os diversos valores constitucionais afetos ao regime jurídico-administrativo das licitações e contratos dispostos no art. 37, inciso XXI da Constituição. Sendo assim, entende-se adequado usar como norte para a correta interpretação da norma constitucional e do conteúdo dos princípios constitucionais em exame a disciplina legal trazida pela Lei de Licitações, especialmente o § 1º do art. 65 no que se refere ao princípio da manutenção das condições efetivas da proposta, porquanto esta encerrou a ponderação realizada pela legislação sobre os valores jurídicos constantes da Carta Magna:

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

174. Do dispositivo legal citado, depreende-se que, caso aceite a realização de termos aditivos, o contratado está obrigado a aceitar as alterações contratuais nas mesmas condições estabelecidas originalmente, ou seja, a manutenção do desconto da proposta é um princípio que não será contrariado. Essa sintonia ocorre, pois, na prática de qualquer ato administrativo (em sentido lato), a Administração está jungida à satisfação do interesse público, o qual deve ser sempre perseguido e constitui baliza obrigatória a toda e qualquer atuação administrativa. Nesse espeque, cumpre transcrever o art. 78, inciso XII, da Lei de Licitações:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

175. Assim, caso sejam identificadas alterações contratuais capazes de promover desvantagem econômica, seja porque as alterações de quantitativos geraram um preço global contratual acima do obtido a partir da utilização dos preços unitários de mercado (não manutenção do desconto), seja porque houve uma redução da vantagem econômica auferida a partir da licitação, é premente que a Administração contratante, na condição de responsável primária pela satisfação do interesse público e dos princípios da economicidade e da eficiência, avalie se é adequada a manutenção da vigência do ajuste segundo as condições iniciais. Em caso negativo, as opções seriam a repactuação dos preços, de molde a eliminar a perda da vantagem econômica; e, a rescisão unilateral do contrato, em caso de insucesso da repactuação, hipótese em que realizará novo certame, com vistas a colher no mercado a melhor proposta, diante das novas condições do objeto contratual.

176. Dito de outro modo, no contexto em exame, não cabe invocar qualquer direito do contratado a uma suposta manutenção de sua proposta, se, diante do novo objeto contratual, esta não se mostrar mais econômica. Com isso, as disposições trazidas pela LDO acerca do método do desconto não violam o princípio da manutenção das condições efetivas das propostas, segundo a interpretação conjunta que se faz do art. 37, inciso XXI, da Constituição, e dos arts. 65, § 1º e 78, inciso XII, da Lei 8.666/1993, constituindo, pelo contrário o resultado da escolha legítima do legislador orçamentário, o qual seguiu o mesmo propósito da norma de restrição do comando constitucional em discussão, conciliou todos os princípios, na satisfação do interesse público, e prosseguiu com o contrato mesmo diante de alterações.

177. Por fim, ainda sobre o princípio da manutenção das condições efetivas da proposta, cumpre esclarecer que nem os dispositivos legais em apreço nem o TCU impõem, mediante ato unilateral, a manutenção do desconto global, ou seja, a sujeição compulsória do particular contratado a “condições diversas daquelas que permearam sua oferta”. Nesse sentido, é preciso

registrar que a manutenção da diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço referencial, por ocasião de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária, é apenas condição de continuidade da execução orçamentária, física e financeira da avença, devendo tais aditivos serem firmados sempre por acordo de vontade entre as partes, na medida em que expressam alteração das designadas cláusulas econômicas contratuais.

178. Dito de outra forma, o particular não está obrigado a assinar os termos aditivos, segundo os parâmetros estabelecidos em razão da aplicação do denominado “método do desconto”. A empresa possui a liberdade e o lícito direito de recusar as novas condições contratuais ofertadas, caso estas, embora arrimadas no princípio da economicidade, se mostrem desvantajosas para sua situação econômica e interesse particulares. Nesta situação, diante da ausência de acordo entre as partes, o contrato será levado a termo, mediante rescisão com fulcro no art. 78, inciso XII da Lei 8.666/1993 (razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato), sem que pese contra a empresa qualquer sanção administrativa.

179. Sendo assim, considerando a situação concreta examinada no Contrato 29/2008-MI, entende-se que a norma da LDO que impõe a manutenção da diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários de referência, após a celebração dos aditivos, não viola o princípio da manutenção das condições inicialmente ofertadas, segundo a interpretação conjunta do art. 37, inciso XXI, da Constituição, e dos arts. 65, § 1º e 78, inciso XII, da Lei 8.666/1993.

### III.2.5. Da aplicação da LDO aos contratos e aditivos posteriores

180. Continuando o feito, cumpre registrar que a autonomia da vontade no âmbito dos contratos administrativos sofre limitações devido ao regime jurídico especial ao qual estão submetidos tais instrumentos jurídicos.

181. Sendo a Administração tutora do interesse público e estando submetida aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da economicidade, e em última *ratio*, à satisfação do interesse público, não pode estar subsumida às obrigações constantes de um contrato em detrimento de outras estipulações, anteriores e vinculantes, expressamente constantes da Lei e da Constituição. Segue daí a característica peculiar dos ajustes firmados pela Administração: estar sujeito aos limites impostos pelo regime jurídico-administrativo, os quais se assentam no princípio da supremacia do interesse público. Nesse sentido, o próprio Professor Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, “todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração” (*Curso de Direito Administrativo*. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, pág. 28).

182. Ainda sobre o princípio da supremacia do interesse público, Bandeira de Mello traz as seguintes ponderações:

Quem exerce 'função administrativa' está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso de prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.' E prossegue, após distinguir o interesse primário do secundário, este relacionado ao Estado, à Administração, e aquele, aos interesses da coletividade como um todo: ‘Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos.

183. Dessa forma, como o administrador público não é dono da coisa pública, não tem autonomia para livremente dela dispor. Não pode, por consequência, pactuar a partir do exercício da

autonomia da vontade, própria ao direito civil. Nesse sentido, não se queda aplicável, em toda sua amplitude, aos contratos administrativos o princípio do *pacta sunt servanda*.

184. Nesse ponto, faz-se oportuno transcrever excerto do artigo intitulado “A nova força obrigatória dos Contratos”, do Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul Daniel Sica da Cunha, cujas considerações, embora digam respeito aos contratos privados, com muita razão se aplicam ao regime especial dos contratos administrativos:

Objetivada a lógica contratual, relativou-se a própria noção de força obrigatória dos contratos. Na percepção do contrato como um processo dinâmico, complexo, de cooperação e confiança, sem as quais o comércio não se desenvolve, impõem-se novos paradigmas: renova-se a lógica contratual, percebendo-se o contrato não como manifestação de uma vontade interna que deve ser elevada à sacralização, mas sim como uma externalização de vontade relevante em que produz determinada repercussão social, gerando confiança em uma ou mais pessoas dentro de critérios objetivos de aferição.

Hoje, dizer que o contrato retira sua força obrigatória exclusivamente da vontade significa negar a realidade, pois as partes, queiram ou não os saudosistas, somente podem firmar o conteúdo contratual dentro de tênues limites estabelecidos pela lei, pois os interesses particulares devem ser expressos por meio de institutos jurídicos que ora funcionalizam-se aos valores da normativa constitucional estabelecida a partir de 1988. Como observara MacNeil, o contrato é um edifício parcialmente construído pelas partes, mas também parcialmente construído pela sociedade e pelo direito. ([org.] MARQUES, Cláudia Lima. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo, 2007, p. 263) (grifos acrescidos)

185. Dessa forma, se é certo que as estipulações do Contrato 29/2008-MI regem a relação jurídica firmada entre o Ministério da Integração Nacional e o Consórcio OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa, também é certo que a Constituição Federal e todo o conjunto de princípios que dela se depreende vinculam o trato firmado entre as partes, estando em posição de supremacia frente ao acordo de vontades pactuado na origem e por ocasião da celebração dos aditivos contratuais.

186. Continuando o feito, extrai-se outro ponto da obra citada:

Como dito, *pacta sunt servanda* na medida em que o contrato consagra o útil e o justo. O útil e o justo são o fundamento da força obrigatória do contrato. Mas não o justo tido como todo fruto da vontade das partes, e sim o aferido pelos parâmetros da justiça estipulados pela ordem pública constitucional.

187. Sendo assim, entende-se que, no caso dos contratos administrativos, a vontade objeto de proteção do ordenamento jurídico é a aferida a partir dos princípios da economicidade, da eficiência e do interesse público. Por esse motivo, reputa-se que a vedação à redução da diferença entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos de referência está amparada no ordenamento jurídico-constitucional, não havendo qualquer violação ao núcleo essencial do princípio da força obrigatória do contrato, principalmente em razão da interpretação que se faz acerca do conteúdo do aludido princípio no âmbito dos contratos administrativos.

188. No que se refere ao argumento de que é incorreto o sentido que o TCU extrai dos artigos da LDO, na medida em que não se pode determinar ao contratado a devolução da diferença entre o valor global após o aditivo e aquele valor contratual que seria obtido com a aplicação do chamado desconto global, deve-se deixar claro ao defendente que a imputação de sobrepreço e a expedição de determinações, tendo em vista a identificação da redução do designado “desconto global”, materializam entendimento que se formou nesta Corte de Contas, antes mesmo da incorporação da regra nas LDOs.

189. Conforme já ressaltado, as aludidas medidas têm amparo nos princípios da economicidade, da eficiência e do interesse público, os quais possuem assento nos arts. 37 e 70 da Constituição Federal, não decorrendo das disposições da LDO em análise. Nesse sentido, invocam-

se os seguintes precedentes jurisprudenciais, os quais previram a utilização do denominado “método do desconto”, antes mesmo de sua previsão na LDO/2009:

Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário

[Voto]

A solução jurídica para corrigir as distorções causadas pelo “jogo de planilha” deriva diretamente do texto constitucional, que preconiza, no art. 37, inciso XXI, que devem ser mantidas as condições efetivas da proposta contratada mediante licitação pública. A determinação constitucional visa, antes de tudo, prevenir o enriquecimento ilícito, seja por parte da Administração, seja por parte da empresa contratada, assegurando o equilíbrio econômico-financeiro durante toda a vigência da avença.

Assim, ocorrendo qualquer modificação que provoque o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve ser promovida a repactuação, de forma que se restabeleça as condições originais, não se admitindo o injusto proveito unilateral de um dos contratantes, em detrimento do outro.

Nesse sentido, entendo que o original equilíbrio econômico-financeiro de um contrato pode ser extraído da diferença percentual observada entre o valor global da proposta e o constante do orçamento-base do órgão licitante. Isso não oblitera a necessidade de prévia verificação da compatibilidade entre o preço orçado pela Administração e o preço de mercado. (grifos acrescidos)

[Acórdão]

9.4.2. descontar das faturas vincendas as quantias com o sobrepreço que restar apurado, consoante o subitem anterior, referentes aos serviços já liquidados até a 14ª medição;

Acórdão 355/2007-TCU-Plenário

[Voto]

17. Na verdade, de todas essas considerações, concluo que não há motivos para que o débito inicialmente apontado nos autos, vinculado unicamente aos itens de serviço que tiveram seus quantitativos majorados seja modificado ou substituído. Isso porque, para o caso em exame, em que há fundadas suspeitas de manipulação fraudulenta da planilha em determinados itens, vale a regra “d” do método do desconto, qual seja, a restauração integral do desconto licitatório ou a própria anulação do aditivo modificador. (grifos acrescidos)

[Acórdão]

9.1. com fulcro no art. 47 da Lei 8.443/92, converter os autos em tomada de contas especial, a fim de que sejam citados os Srs. Roberto Yoshiharu Nisie (relativamente aos débitos da 12ª à 21ª medições e das medições de Taboão da 1ª à 3ª), Valdir Antonucci Minto (relativamente aos débitos da 22ª à 32ª medições), Douglas Leandrini (relativamente aos débitos da 12ª à 15ª medições), Alexandre Lobo de Almeida (relativamente ao débito da 20ª e 21ª medições) e Jorge Luiz Castelo de Carvalho (relativamente aos débitos da 22ª à 32ª medições), bem como solidariamente a Construtora OAS Ltda. (pela totalidade dos débitos), para que apresentem alegações de defesa ou recolham a quantia abaixo discriminada, corrigida monetariamente e acrescida de juros, haja vista a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato 039/1999 desfavorável ao interesse público, autorizando desde logo que sejam abatidos desse valor eventuais descontos pela Prefeitura de Guarulhos de saldos a pagar à construtora OAS bem como eventuais compensações a serem feitas nas faturas que vierem a ser emitidas pela construtora no decorrer da execução da obra, esclarecendo que ao débito indicado poderão ser acrescidas as parcelas referentes aos pagamentos indevidos efetuados nas medições posteriores:

190. Dessa forma, a imposição de se devolver a diferença entre o valor global do contrato contido no aditivo e o valor contratual que seria obtido com a aplicação do chamado desconto global é decorrência lógica dos princípios da economicidade, da eficiência e do interesse público, os quais possuem assento constitucional e sujeitam a vontade das partes integrantes de um contrato administrativo, não só por ocasião de sua formação, mas durante toda a sua vigência.

191. Ainda nesse sentido, cumpre transcrever excerto do voto condutor do Acórdão 606/2008-TCU-2ª Câmara, de lavra do Ministro Ubiratan Aguiar, o qual, embora não diga respeito à situação análoga à discutida nos presentes autos, retrata a necessidade de persecução do princípio da economicidade, durante toda a vigência do contrato:

Na situação vertente, que envolve a alocação de recursos públicos, a verificação da compatibilidade dos preços do contrato em questão, diante do novo cenário econômico, e a consequente persecução do interesse público direcionado à contenção e à redução das despesas, não consistiriam em mera faculdade, mas dever do administrador público. Isso decorre da necessidade de observância aos princípios basilares da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, bem como da economicidade dos atos de gestão, este último insculpido no art. 70, 'caput' da Magna Carta.

Como bem ponderou o analista da Serur sobre a questão, o princípio da economicidade não está restrito apenas a uma simples seleção de propostas na licitação, mas deve respaldar a atuação dos administradores quando se tratam de recursos públicos. Nesse sentido, a lição da administrativista, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a seu turno, consagra a tese de que o controle da economicidade, assim como da legitimidade, envolve questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo por exemplo a uma adequada relação de custo-benefício'.

No presente caso, restou verificado nos autos que os gestores públicos envolvidos não adotaram nenhuma providência no sentido de verificar a compatibilidade dos preços contratuais, por ocasião da celebração do termo aditivo de reajustamento, de modo a assegurar a justa remuneração do objeto pactuado, e a evitar a onerosidade excessiva para a Administração. (grifos acrescentados)

192. Dessa forma, a exigência de que fosse mantida a diferença entre o valor do contrato e o seu valor paradigma, trazida a partir da LDO/2009, constituiu apenas a positivação de princípios constitucionais já existentes, a exemplo da economicidade, da eficiência e da supremacia do interesse público, os quais constituíam normas de eficácia imediata e de cumprimento obrigatório antes do advento da LDO/2009.

193. Com isso, há de se rechaçar o argumento do defendente, de que é incorreta a interpretação que esta Corte de Contas faz da LDO, porquanto a imposição de devolver a quantia correspondente à redução do desconto decorre diretamente de normas constitucionais, e não das LDOs, que, conforme visto, tratam apenas de balizas para a fiscalização exercida pelo Poder Legislativo Federal com o auxílio do TCU.

194. Continuando o feito, há de se rechaçar a assertiva do defendente de que a única consequência do descumprimento da regra da LDO em análise seria a declaração de invalidade do aditivo, não sendo cabível determinação para que o contratado devolvesse a quantia correspondente à redução do desconto global. Nesse sentido, entende-se que a afirmação contida no parecer traz uma contradição em si, porquanto se o contrato deve ser invalidado, como reconhece o doutrinador, é porque restou caracterizada a prática de um ato ilícito. E se esse ato ilícito gerou dano, exige-se a reparação daqueles que de alguma forma fazem parte da cadeia causal dos fatos, de molde a fazer retornar ao *status quo ante*, conforme a teoria geral de responsabilização civil.

195. No presente caso, por se tratar de danos cometidos ao Erário, aplica-se a disciplina prevista na Lei Orgânica do TCU, mais especificamente o art. 16, § 2º, alínea "b", da Lei 8.443/1992, assim vazado:

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

(...)

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

196. Nesta hipótese, a verificação da responsabilidade das empresas prescinde da ocorrência de culpa, bastando que os terceiros que contrataram com a Administração tenham de alguma forma concorrido com o cometimento do dano, o que pode ser observado no presente caso, uma vez que as empresas ouvidas em oitiva assinaram os termos aditivos e foram beneficiárias dos pagamentos recebidos a maior.

197. Nesse sentido, invocam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

a) Acórdão 606/2008-TCU-2ª Câmara / Ministro Benjamin Zymler

[RELATÓRIO]

39. [...] na esfera administrativa, a responsabilidade de terceiros que não praticaram o ato irregular, mas se beneficiaram dele, está estatuída no art. 16, § 2º, alínea b, da Lei n. 8.443/92. Esse dispositivo legal confere competência ao TCU para fixar a responsabilidade do terceiro que, como parte interessada na prática do ato irregular, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento ou sido favorecido pelo dano apurado, assim sendo, esse terceiro estará solidariamente sob a jurisdição do Tribunal, juntamente com aqueles que têm o dever de prestar contas [...]

[VOTO]

Quanto à [empresa executora] [...] considero acertada a deliberação que a condenou solidariamente ao pagamento do débito em questão, porquanto restou configurada sua qualidade de beneficiária das condutas ilícitas perpetradas pelos gestores públicos, resultando no seu enriquecimento derivado de causa injusta, às custas do prejuízo sofrido pelo erário.

b) Acórdão 3.881/2008-TCU-2ª Câmara / Ministro Aroldo Cedraz

[RELATÓRIO]

3. Os argumentos dos responsáveis foram assim [...] refutados pela Secex/GO [...]:

"[...]

Na esfera administrativa, a responsabilidade de terceiros que não praticaram o ato irregular, mas se beneficiaram dele, está estatuída no art. 16, § 2º, alínea b, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Esse dispositivo legal confere competência ao TCU para fixar a responsabilidade do terceiro que, como parte interessada na prática do ato irregular, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

[...]"

[VOTO]

7. Nesse panorama, concordo com a Secex/GO e com o Ministério Público junto ao TCU que o ex-dirigente municipal e a empresa contratada para execução das obras - cujas alegações de defesa são improcedentes, conforme demonstrou a Secex/GO, cujas análises e conclusões este relator endossa - devem ser responsabilizados pela totalidade do débito apurado, conforme já entendeu este Tribunal em oportunidades anteriores (acórdãos 3194/2008 e 1128/2005, ambos da 2ª Câmara)

198. Dessa forma, ante as considerações esposadas, não assiste razão ao defendente, sendo absolutamente legítima a imposição à empresa contratada para que devolva o valor relativo à redução do desconto global, caso tenham sido firmados aditivos e realizados pagamentos a maior, em virtude do presente fato.

199. No que se refere ao fato de os preços terem seguido a Lei 8.666/1993 e o contrato, ressalta-se que as alterações ocorridas nos quantitativos do ajuste, por conta dos aditivos, alteraram a situação de vantajosidade econômica do contrato, razão pela qual era cabível à Administração,

diante da necessidade de observar o princípio da economicidade e do interesse público, buscar a satisfação de tal valor jurídico, mediante a repactuação do contrato, de forma a manter o desconto original. Não o tendo feito, deve a entidade beneficiária da conduta irregular ser chamada a devolver a quantia paga a maior, havendo, no caso, a aplicação direta do princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual está abarcado pela própria Lei 8.666/1993.

200. Nesse mesmo sentido, não há que se falar em enriquecimento sem causa da Administração, porquanto o consórcio se beneficiou de conduta irregular de agentes públicos que gerou um dispêndio ao Erário maior que o devido caso a Constituição e a jurisprudência do TCU tivessem sido cumpridas.

201. No tocante ao argumento de que o desconto presumia o acordo entre as partes, é preciso ressaltar que o TCU nunca negou tal afirmação. Em verdade, a conduta esperada do gestor, diante da potencial redução do desconto por conta da proposta de celebração de aditivo, era ter buscado negociar com o consórcio contratado o estabelecimento de uma parcela compensatória ao contrato, de modo a manter a mesma vantagem do ajuste em sua condição inicial.

202. Tal alteração, por implicar uma modificação na estrutura remuneratória do contratado, portanto, deveria ocorrer mediante acordo entre as partes, conforme dispõe a própria alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei 8.666/1993:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

203. Dessa forma, não havia, por parte desta Corte de Contas, qualquer imposição à continuidade do contrato mediante a imposição de um preço diferente do contratado. Caso o Contrato 29/2008-MI estivesse em andamento, a proposta de encaminhamento em face da presente irregularidade seria o estabelecimento de prazo para que o MI intentasse junto ao consórcio contratado a repactuação do contrato, não havendo qualquer óbice para que este, diante de eventual prejuízo a seu interesse individual, negasse a celebração da repactuação, situação que ensejaria apenas a revogação do contrato, com fulcro no art. 78, inciso XII da Lei 8.666/1993.

204. Contudo, conforme análise empreendida no item II.5.2 desta instrução, em que se considerou saneada a irregularidade atinente ao “sobrepço decorrente de jogo de planilha”, devido ao fato de a redução dos descontos não ter sido expressiva quando da celebração dos aditivos, bem como devido à existência de descontos remanescentes significativos após os aditivos analisados a proposta inicialmente aventada pela equipe de fiscalização (peça 4, p. 30) não teria porque perdurar.

205. O nome dado ao achado de “sobrepço decorrente de jogo de planilha” se deve à possibilidade de tal irregularidade ter ocorrido, à época da fiscalização, caso não se mantivessem os descontos. Contudo, tal situação não se revelou verdadeira, de forma que a irregularidade não se configurou devido aos fatos expostos detalhadamente no item II.5.2.

#### **IV. Do parecer trazido pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**

206. Visando trazer mais elementos sobre o tema em discussão nesses autos, o Consórcio OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa solicitou que o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello respondesse aos seguintes quesitos de forma objetiva e fundamentada:

a) Dispositivos constantes de LDOs podem ser aplicados a relações jurídicas firmadas anteriormente à vigência destas leis?

b) Dispositivos constantes de LDOs podem sujeitar os contratados a sustentarem a mesma diferença percentual a menor de suas propostas entre o valor global do contrato e o utilizado como referência no sistema de estimativa de custos adotado pelo TCU, quando ocorrerem reajustes autorizados pelo contratante em razão do aumento de quantitativos de serviços ou inclusão de serviços novos na planilha contratual? Tais disposições constitutivas afinam-se com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato previsto no art. 37, XXI, da Constituição?

c) Poderia o contratado ser compelido a executar serviços ou itens aditados ao objeto de seu contrato, por preços predeterminados pela Administração e que sequer haviam sido considerados quando da apresentação de sua oferta? No caso de aditivos celebrados sem a observância desta regra constitutiva prevista nas LDOs poderia o contratado ser impelido pelo TCU ou algum outro órgão de controle a devolver recursos ao erário por ter celebrado tais ajustes com base em preços fixados consensualmente com a Administração?

#### IV.1. Argumentos

207. Acerca da primeira questão, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello invocou os princípios da irretroatividade da lei e da segurança jurídica, para o fim de inadmitir que dispositivos constantes de LDOs afetassem contratos celebrados.

208. Nesse sentido, ponderou que é noção corrente e moente, de universal conhecimento, que as leis existem para reger situações posteriores à sua edição; que toda a ordem jurídica repousa na certeza de que as disposições dela constantes são suficientemente firmes e estáveis para permitir que as pessoas possam orientar seus comportamentos, isto é, possam eleger as próprias condutas de modo consequente; e que é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo que enseja às pessoas a possibilidade de se orientarem, graças à ciência que, de antemão, lhes é dada sobre o que devem ou o que podem fazer por lhes ser obrigatório ou conveniente e o que não devem, não podem ou não lhes convém fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos.

209. Adiante, alegou que, mesmo que se entendesse que não haveria retroação em se aplicar ditas leis imediatamente, ou seja, em fazê-las operativas dali para a frente sem afetar o que dantes já transcorrerá, mas alcançando os aditivos futuros do contrato travado no passado, ainda assim, o Direito não permitiria desestabilizar o que estava regulado e previsto quando do travamento do contrato. Nesse passo, invocou o art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, especificamente a teoria do direito adquirido, a qual constitui a fórmula mais perfeita para a salvaguarda da tranquilidade jurídica e para os interesses dos indivíduos. Assim, aduziu que por meio dela “(...) construiu-se um mecanismo de defesa contra mudanças bruscas, oriundas de alterações legais que teriam o condão de subverter as composições de interesses lisamente constituídos, porque previstos ou autorizados no sistema normativo vigente ao tempo de sua instauração.” (peça 42, p. 10).

210. Continuando o feito, o Professor Bandeira de Mello destacou que o grande mérito da teoria do direito adquirido não reside na proposta de salvaguardar o que já se venceu, mas justamente em oferecer solução para os problemas suscitados pelos *facta pendentia*, ao indicar quando a lei nova tem que respeitar o que ainda não está clausurado pela cortina do *tempo transacto*. Assim, argumentou que a função da teoria do direito adquirido é garantir a incolumidade, perante os ulteriores regramentos, a direitos que, nascidos em dada época e cuja fruição se protrairá, ingressarão eventualmente no tempo de novas leis.

211. Adiante, o parecerista aduziu que a teoria do direito adquirido se aplica com mais razão aos contratos, que, por sua própria índole, são armados pelas partes sobre a inafastável pressuposição de que continuariam regidos na conformidade das cláusulas ensejadas pela lei do tempo em que são formados:

Por via dele, então, as partes propõem-se a garantir, desde já, aquilo que deverá ubicar-se no futuro. Donde, ao se comprometerem, o que os contratantes estão visando é a eliminação da precariedade, porque a essência do pacto é estabilizar, de logo, eventos que deverão suceder mais além no tempo. O fulcro do instituto, portanto, repousa na continuidade dos termos que presidem a avença. Se a lei nova pudesse subverter o quadro jurídico dentro do qual as partes avançaram, fazendo aplicar de imediato as regras supervenientes, estaria negando sentido à própria essência deste tipo de vínculo, por instaurar resultado oposto ao que se busca com o instituto do contrato. (peça 42, p.14).

212. Prosseguindo, o Professor Bandeira de Mello ressaltou que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo e sua inalterabilidade por obra do Poder Público é inadmitida pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual assentou a preservação das condições efetivas da proposta. Nesse passo, ponderou que o interesse patrimonial do contratante particular é intocável, falecendo ao Poder Público poderes para amesquinhá-lo. Desse modo, transcreveu diversos dispositivos da Lei de Licitações que estipulam a obrigatoriedade de manutenção da equação econômico-financeira, especificamente os arts. 40, inciso XI, 55, inciso III, 57, § 1º, 58, § 2º e 65, §§ 5º, 6º e 8º. Ademais, trouxe várias considerações da doutrina, para concluir que os interesses econômicos consagrados no contrato administrativo configuram direitos intangíveis do contratante privado, de modo que a Administração não pode afetá-los. Assim, o parecerista pontuou:

Assim, o que é assegurado a quem contrata com o Poder Público, como explicitamente o diz o inciso XXI do art. 37, é a manutenção de obrigações de pagamento em face das condições efetivas da proposta. Ao lume do texto em questão não se lhe pode exigir algo diverso disto; donde ser impróprio e violador do preceptivo em causa impor que altere os próprios preços ofertados ou sua resultante global quando ocorram reajustes autorizados pelo contratante em razão do aumento de quantitativos de serviços ou inclusão de serviços novos na planilha contratual, pois a proposta não foi feita à vista disto. Est'outras, é claro a todas luzes, não são as condições efetivas da proposta. (peça 42, p. 22-23).

213. Adiante, o Professor Bandeira de Mello destacou que é descabida a imposição das exigências oriundas de LDOs se estiverem em causa serviços ou itens que não foram considerados quando da apresentação da proposta, uma vez que, se nem ao menos foram objeto de cotação, salta aos olhos o absurdo de pretender que o contratado seja compelido a acrescê-los ao objeto de seu contrato e executados por preços unilateralmente fixados pelo Poder Público.

214. Por outro lado, o parecerista aduziu que jamais poderia prosperar pretensão do TCU de que fossem devolvidos ao Erário recursos pagos na conformidade de preços consensualmente fixados junto ao Poder Público, no caso de tais acréscimos haverem sido celebrados com inobservância da aludida regra. Nesse sentido, invocou as razões dantes mencionadas e os deveres de lealdade, boa-fé e presunção de legitimidade dos atos administrativos.

215. Continuando o feito, o doutrinador alegou que a imputação de sobrepreço ao contrato apenas seria aceitável na hipótese de conluio forjado entre contratante e contratado para lesar o Poder Público, o que obviamente dependeria de prova, pois má-fé não se presume, e teria de ser apurada na conformidade de um devido processo legal, com atendimento a contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante dispõe o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

216. Ademais, o Professor Bandeira de Mello ressaltou que também seria agressivo ao princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que o sujeito que se compôs com o Estado, em termos com este acertados, viesse ao depois sofrer consequências detrimen-tosas em decorrência deste. Assim, novamente invocou que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, a qual impõe a seguinte consequência:

Uma vez expedido o ato administrativo, o particular tem o direito de supor regulares os comportamentos que pratique na conformidade dele. Em outras palavras: o administrado que

atua em consonância com um ato administrativo - pelo menos se este tiver aparência de regularidade - está respaldado pelo ato, escorado nele. Donde, quem atuou arrimado sobre tal arrimo, tem o direito de esperar que tal ato se revista de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não ser causa potencial de fraude ao patrimônio de quem nele confiou - como, de resto, teria de confiar. (peça 43, p. 27).

217. Dito de outro modo, o parecerista aduziu que, mesmo se não existisse a presunção de legitimidade dos atos administrativos, o administrado não teria que arcar com consequências patrimoniais gravosas resultantes de comportamentos respaldados pelo Poder Público, salvo se fosse seu dever assumir uma posição de suspicácia rotineira quanto à legitimidade das condutas da Administração. Por fim, o doutrinador fez remissão ao dever de probidade a que se sujeita a Administração Pública, dever em que se inclui a lealdade perante os administrados.

218. Assim, o professor Bandeira de Mello lavrou a seguinte conclusão:

I - Dispositivos constantes de LDOs não podem ser aplicados a relações jurídicas firmadas anteriormente à vigência destas leis;

II - Dispositivos constantes de LDOs não podem sujeitar os contratados a sustentarem a mesma diferença percentual a menor de suas propostas entre o valor global do contrato e o utilizado como referência no sistema de estimativa de custos adotado pelo TCU, quando ocorrerem reajustes autorizados pelo contratante em razão do aumento de quantitativos de serviços ou inclusão de serviços novos na planilha contratual. Tais disposições constritivas pelem à arca partida com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato previsto no art. 37, XXI, da Constituição;

III - O contratado nunca poderia ser compelido a executar serviços ou itens aditados ao objeto de seu contrato por preços predeterminados pela Administração e que sequer haviam sido considerados quando da apresentação de sua oferta. No caso de aditivos celebrados sem a observância desta regra constritiva prevista nas LDOs jamais poderia o contratado ser impelido pelo TCU ou algum outro órgão de controle a devolver recursos ao erário por ter celebrado tais ajustes com base em preços fixados consensualmente com a Administração.

#### IV.2. Análise

219. Acerca dos princípios da irretroatividade e da segurança jurídica, cumpre repisar as considerações esposadas nos itens 146 a 148 retro, no sentido de que os argumentos trazidos não se aplicam ao Contrato 29/2008-MI, porquanto a referida avença foi assinada em 27/8/2008, quando já estava em vigor a LDO/2009, editada em 14/8/2008. Dessa forma, quando da celebração do ajuste, a fiscalização do Poder Legislativo Federal sobre as despesas atinentes à execução do referido contrato já estava submetida às balizas estabelecidas ao legislador orçamentário na referida lei, não havendo qualquer ofensa aos princípios em tela.

220. No que se refere às ponderações de que os dispositivos da LDO não poderiam incidir sobre os aditivos futuros do contrato travado no passado, antes da edição da LDO, ressalta-se que a ideia esposada não se aplica à situação concreta do contrato firmado pelo Consórcio OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa, contratado para a execução do Contrato 29/2008-MI, dado que, conforme visto, o ajuste foi assinado antes da LDO/2009.

221. Mesmo se não o fosse (caso do Contrato 9/2008-MI assinado em 12/5/2008), registra-se que as LDOs editadas posteriormente à assinatura do contrato são aplicáveis a termos aditivos assinados durante a sua vigência, o que comprova a não violação do art. 5º, inciso XXXVI da Carta Magna. Nesse sentido, cumpre repisar as considerações esposadas nos itens 149 a 158 supra, segundo as quais cada um dos termos aditivos são atos jurídicos diferentes dos contratos originais, estando regidos pelo ordenamento jurídico vigente à época de sua edição.

222. Ademais, deve-se destacar que o regime jurídico administrativo vigente por ocasião da assinatura do contrato é aplicável apenas às relações jurídicas decorrentes do negócio jurídico

original, as quais estão protegidas das alterações posteriores da lei que eventualmente as atinja, constituindo direito adquirido das partes contratantes. O mesmo não ocorre com os termos aditivos, visto que estes, quando da celebração dos contratos originais, sequer existiam no mundo jurídico, não podendo gerar direitos e, portanto, estarem protegidos de mudanças posteriores da legislação. Quando muito, a celebração de aditivos constitui no máximo uma expectativa de direito, a ser exercida caso haja a necessidade de modificações contratuais. Nesse sentido cumpre transcrever a doutrina de Teori Zavascki, na obra citada (grifos acrescidos):

“Consideram-se adquiridos”, diz a mesma Lei de Introdução (art. 6º, § 2º), “assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem”. Duas são as situações previstas no dispositivo. A primeira – a que considera direito adquirido aquele que pode ser exercido – estabelece nítida distinção entre aquisição e exercício do direito: considera-se adquirido o direito quando apto a ser exercido, ainda que não tenha havido, efetivamente, o seu exercício. A segunda parte do dispositivo trata dos direitos cujo exercício está condicionado. Não se confundem tais direitos com as chamadas expectativas de direito. Os direitos condicionados, ou expectativos, são direitos existentes, estando condicionado, ou expectante, apenas o seu exercício. Diferentemente é o que ocorre com as chamadas expectativas de direito, situações em que não há direito algum, já que ainda pendentes (“em expectativa”) de configuração os próprios requisitos básicos para sua existência. (ZAVASCKI, Teori. *Planos econômicos, direito adquirido e FGTS*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, n. 134, 1997)

223. Dessa forma, conclui-se que a celebração de aditivos não constitui direito adquirido da parte contratada, razão pela qual a disciplina destes não é acobertada pelo instituto da segurança jurídica.

224. O mesmo se afirma com relação à indicação de que a nova norma estaria sendo aplicada a fatos pendentes. Nesse ponto, cumpre mencionar a doutrina sobre os graus de retroatividade das normas jurídicas, sendo didáticas as considerações esposadas no voto proferido pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Moreira Alves, no âmbito da ADI 493, reproduzindo a lição do doutrinador Mattos Peixoto:

Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao status quo ante), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de ALEXANDRE III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. À mesma categoria pertence a célebre lei francesa de 2 de novembro de 1793 (12 brumário do ano II), na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. A carta de 10 de novembro de 1937, art. 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem excetuar as passadas em julgado, que declarassem inconstitucional uma lei.

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e fosse aplicada aos vencidos e não pagos. Enfim, a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada) quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. Tal é, no direito romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, de *usuris*, 26, 2 e 27 pr.), que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade. Outro exemplo: o Decreto-Lei nº 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, ‘a partir da sua data, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados (art. 3º)’.

225. Segundo o STF, o ordenamento jurídico pátrio admite a retroatividade mínima, ou seja, a aplicação imediata das normas jurídicas, que atingem, inclusive, os efeitos pendentes de fatos jurídicos anteriores. Todavia, no caso dos contratos, a Suprema Corte tem interpretação mais

restrita, tendo consolidado o entendimento de que a retroatividade mínima das leis sobre o estatuto contratual viola o art. 5º, inciso XXXVI da Constituição (RE 188.366 e RE 205.999).

226. Todavia, na situação concreta examinada, o dispositivo legal criticado não está sendo aplicado a efeitos ou fatos futuros relacionados ao contrato original, mas sim aos efeitos e fatos decorrentes da relação jurídica firmada a partir dos termos aditivos. Desse modo, não se trata de fatos/efeitos pendentes, mas sim de fatos/efeitos associados à causa jurídica ocorrida durante a égide da norma posterior, qual seja, o 2º Termo Aditivo ao Contrato 9/2008-MI, firmado em 9/12/2009, quando já em vigor a LDO/2009.

227. Quanto à manutenção das condições efetivas da proposta, invocam-se os mesmos argumentos trazidos nos itens 159 a 176 supra, no sentido de que o particular contratado não tem direito de celebrar termos aditivos segundo os mesmos preços pactuados no ajuste original, uma vez que o regime jurídico administrativo a que estão sujeitos os contratos administrativos impõe a observância, durante toda a sua vigência, do princípio da busca da satisfação do interesse público, que inclui, dentre outros, a obrigação de a Administração remunerar o contratado segundo os preços vigentes de mercado e perseguir a mesma vantagem econômica auferida por ocasião da licitação. Dessa forma, com base na interpretação conjunta do art. 37, inciso XXI, da Constituição, e dos arts. 65, § 1º e 78, inciso XII, da Lei 8.666/1993, conclui-se que a necessidade de manutenção da diferença percentual entre o valor do contrato e o valor de referência, por ocasião da celebração de aditivos, não viola o princípio da manutenção das condições efetivas da proposta, constituindo, pelo contrário, a positivação de tal brocardo, segundo o Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário.

228. No tocante à pretensão de não devolução dos recursos, ante os deveres de lealdade, boa-fé, probidade e presunção de legitimidade dos atos administrativos, aponta-se que os referidos valores não estão sendo violados caso o TCU decida pela necessidade de repactuação dos contratos e ressarcimento dos prejuízos cometidos ao Erário, porquanto os termos aditivos contratuais foram assinados em dissonância com a legislação vigente à época sobre a matéria, não havendo razão para afastar o direito vigente sobre a matéria à época da assinatura dos aditivos.

229. Ademais, acerca da presunção de legitimidade, registra-se que o aludido atributo tem aplicação sobre os terceiros de boa-fé, que deve ser demonstrada e não é presumida. Por fim, ainda sobre a presunção de legitimidade dos atos administrativos, ressalta-se que ela é relativa e, portanto, não implica a perpetuação de um ato ilegal, só porque havia supostamente o entendimento que ele era regular, na época de sua edição. Dessa forma, não há qualquer ilegalidade em o TCU determinar a devolução dos recursos despendidos pelo MI em excesso, haja vista a não manutenção da diferença percentual entre o valor do contrato e o valor de referência.

230. No tocante ao argumento de que a imputação de débito pressupõe a demonstração de má-fé e de conluio, registra-se, de pronto, que o parecerista incorre em erro, pois a inclusão da empresa contratada como responsável solidária dos prejuízos causados ao Erário assenta-se no art. 16, § 2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, que em nenhum momento exige a comprovação de dolo ou má-fé, bastando apenas que o contratante ou a parte interessada na prática do ato de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

231. A verificação da má-fé, ou a não configuração da boa-fé, somente guarda relevância para a eliminação da etapa processual de “rejeição das alegações de defesa” e na definição dos consectários legais da dívida, caso o responsável opte em devolver a quantia apurada pelo Tribunal no prazo estabelecido no ofício de citação. Nesse sentido transcrevem-se os dispositivos da Lei 8.443/1992 acerca da matéria:

Art. 3º. Na hipótese de não se configurar a boa-fé do responsável ou na ocorrência de outras irregularidades relacionadas no art. 16, III, da Lei nº 8.443/92, o Tribunal proferirá, desde logo, o julgamento definitivo de mérito, pela irregularidade das contas.

**Art. 12 Omissis**

§ 2º Reconhecida pelo Tribunal a boa-fé, a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas.

232. No que se refere à invocação do princípio da moralidade administrativa, entende-se, na mesma linha do esposado nos itens 178 e 180 supra, o qual aduz que não há qualquer violação a esse valor jurídico ao se impor a adoção de medidas administrativas visando ao exato cumprimento da lei, quais sejam, a repactuação do contrato ou a devolução de recursos, na hipótese de terem sido celebrados aditivos contratuais ao arrepio da jurisprudência do TCU e do ordenamento jurídico vigente à época.

233. Se um agente particular compôs com o Estado, e, em seguida, concordou em alterar o ajuste sem obedecer ao Direito, ele não pode, em seguida, alegar que agiu sob a confiança de que o ato era legítimo, pois, se assim o fosse, estaria se beneficiando de um suposto desconhecimento da lei, o qual não pode alegar. Ademais, não se está a exigir uma suspicácia extraordinária do particular que contrata com a Administração Pública, mas apenas o conhecimento do regime jurídico aplicável aos contratos administrativos, inclusive da jurisprudência do órgão máximo de controle externo na esfera federal. Trata-se de exigência mínima a qualquer particular que contrata com o Estado, ainda mais considerando, no presente caso concreto, o porte das empresas integrantes do Consórcio OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa, que possuem condição econômica de ter um adequado assessoramento jurídico, inclusive mediante a contratação de renomados pareceristas.

## CONCLUSÃO

234. A presente instrução promoveu a análise das justificativas e manifestações apresentadas em relação a três irregularidades detectadas no relatório de auditoria (Fiscobras 2010) nas obras do Eixo Leste do Pisf, quais sejam:

- a) superfaturamento decorrente de serviço não executado;
- b) acréscimos ou supressões acima do percentual legalmente permitido; e,
- c) sobrepreço decorrente de jogo de planilha.

235. No que tange à primeira irregularidade, detectada no Contrato 29/2008-MI (Lote 11) o gestor responsável comprovou que a execução do item “implantação de canteiro”, sem a presença da estrutura permanente de alojamentos para mão de obra, não implicou em prejuízo à Administração, uma vez que se tratou apenas de personalização do canteiro modelo, sem ter havido redução de área de estrutura permanente nem pagamento antecipado por serviço não executado. Dessa forma, foram acolhidas as razões de justificativa do responsável, elidindo-se, por conseguinte a irregularidade apontada.

236. Com relação à segunda irregularidade, detectada nos Contratos 36/2008-MI (Lote 9) e 29/2008-MI (Lote 11), verificou-se que os termos aditivos foram celebrados arrimados em norma ministerial (Portaria MI 811, de 9/11/2011) que lhes permitia utilização de metodologia diversa daquela consagrada pela jurisprudência atual do TCU. Mesmo diante dessa excepcionalidade, vale mencionar que este Tribunal cientificou o MI, por meio do Acórdão 2.681/2013-TCU-Plenário, sobre a impropriedade "acrécimos e supressões em percentual ao legalmente permitido" e informou que “nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação deste acórdão no Diário Oficial da União (DOU), 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 749/2010, 1.599/2010, 2.819/2011 e 2.530/2011, todos do Plenário.

237. Sendo assim, considera-se elidida a irregularidade atinente aos acréscimos e supressões em percentual acima do permitido no âmbito dos Contratos 36/2008-MI (Lote 9) e 29/2008-MI (Lote 11).

238. Quanto à terceira irregularidade, detectada nos Contratos 36/2008-MI (Lote 9), 29/2008-MI (Lote 11) e 9/2008-MI (Lote 13), o conjunto das alegações apresentadas tanto pelo MI como pelos consórcios contratados foram suficientes para entender como regulares os atos praticados quando da celebração dos termos aditivos. Assim, embora o procedimento adotado pela equipe de auditoria tenha sido, em princípio, mais benéfico para a Administração, concluiu-se que a utilização do orçamento base como fonte de comparação para aferição do desconto concedido não infringe os princípios norteadores do método do desconto.

239. Além disso, salienta-se que os objetos da terceira irregularidade não mais pertencem ao mundo jurídico, haja vista a rescisão dos Contratos 36/2008-MI e 9/2008-MI e o encerramento do Contrato 29/2008-MI, o que, juntamente com a explanação anterior, tornam elidida a irregularidade atinente ao “sobrepço decorrente de jogo de planilha”.

240. Relativamente à oitiva do Consórcio OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa (Lote 11), frisa-se a apresentação de argumentos atinentes à formação de preços referenciais do TCU para o cálculo do sobrepço no âmbito do Contrato 29/2008-MI. No caso, é de se destacar que tais informações não foram objeto de análise no presente processo, visto que não se trata de apreciação da irregularidade atinente ao “sobrepço decorrente de preços excessivos frente ao mercado”, a qual está sendo tratada no TC 011.616/2010-5.

241. As demais irregularidades apontadas no relatório de auditoria em tela referem-se a

- a) projeto básico deficiente (achado 3.1);
- b) sobrepço decorrente de preços excessivos frente ao mercado (achado 3.3);
- c) o orçamento não é acompanhado das composições de todos os custos unitários de seus serviços no Edital/Contrato/Aditivo (achado 3.6)

242. No que tange aos achados 3.1 e 3.3, deixa-se de propor encaminhamento pelo fato de a matéria estar sendo tratada TC 011.616/2010-5, referente à auditoria nas obras do Eixo Norte no mesmo ano. Contudo, dada a existência de informações correlatas no relatório de auditoria do Eixo Leste (peça 3, p. 43-50 e peça 4, p. 1-34), vê-se pertinente o apensamento destes autos àqueles, a fim de subsidiar as análises acerca de tais irregularidades de ambos os achados.

243. No caso do achado 3.6, propõe-se cientificar a SIH/MI a respeito da impropriedade.

244. Por fim, considerando que os tópicos III e IV da presente instrução tratam de matéria jurídica relevante, atinente à constitucionalidade do método do desconto, propõe-se o deferimento da solicitação Consórcio OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa para que, preliminarmente ao julgamento do presente processo, seja promovida oitiva do Ministério Público junto ao TCU para apresentação das suas considerações acerca da matéria.

## PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

a) promover, considerando o pedido do Consórcio OAS/Galvão/Barbosa Mello/Coesa, preliminarmente ao julgamento do presente processo, a oitiva do Ministério Público junto ao TCU para que o *parquet* se manifeste acerca da matéria jurídica relativa à constitucionalidade do método do desconto (tópicos III e IV desta instrução);

b) acolher as razões de justificativa do Sr. Elexander Amaral de Souza, CPF 749.534.276-53, Gestor do Contrato 29/2008-MI);

c) considerar elididas as irregularidades de “superfaturamento decorrente de serviço não executado”, “acréscimos ou supressões acima do percentual legalmente permitido” e “sobrepço decorrente de jogo de planilha” (achados 3.2, 3.4 e 3.5, respectivamente, do relatório de auditoria)

d) encaminhar cópia do Relatório, Voto e Acórdão que vier a ser proferido à

Procuradora da República do Ministério Público Federal no Estado de Pernambuco, consoante solicitação feita no TC 017.282/2011-0, bem como ao Pólo Serra Talhada/PE, haja vista as solicitações de informações constantes dos processos apensos a estes autos;

e) dar ciência à Secretaria de Infraestrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional acerca da impropriedade de ausência planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários no edital da Concorrência 2/2007, decorrente de descumprimento do art. 7º, § 2º, inciso II da Lei 8.666/1993 (achado 3.6 do relatório de auditoria);

f) com fulcro no parágrafo único do art. 13 da Resolução 215/2008-TCU e conforme determinação contida no item 9.2 do Acórdão 493/2013-TCU-Plenário, encaminhar cópia do Relatório, Voto e Acórdão que vier a ser proferido à Câmara dos Deputados; e

g) com fulcro no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU, e no art. 33 da Resolução TCU 259/2014, arquivar o presente processo.

SecobHidroferrovia, 2ª DT, 29 de outubro de 2014.

Débora de Melo Cavalcante Martins  
AUFC – matrícula 8572-3