

**TC 014.137/2015-1**

**Apenso:** 005.553/2016-4 - SOLI

**Natureza:** embargos de declaração.

**Unidade jurisdicionada:** Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – TRT-ES

**Embargante:** José Carlos Rizk (CPF 214.134.017-91), Desembargador Presidente do TRT-ES

**Advogados:** Não há

**Sumário:** embargos de declaração. Decisão que julgou auditoria nas obras de construção do edifício-sede do TRT-ES (Fiscobras 2015). Omissão em relação ao enquadramento de aditivos na hipótese prevista pela Decisão 215/1999-TCU-Plenário. Conhecimento. Acolhimento.

## INTRODUÇÃO

Trata-se de embargos de declaração (peça 37) opostos contra o Acórdão 2.742/2015-TCU-Plenário, por meio do qual esta Corte julgou auditoria realizada nas obras de construção do edifício-sede do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – TRT-ES, em Vitória/ES, no âmbito do Fiscobras 2015.

2. O embargante alega que o Acórdão 2.742/2015-TCU-Plenário foi omissivo e requer o acolhimento dos presentes embargos a fim de que seja reconhecido o cumprimento dos requisitos da Decisão 215/1999-TCU-Plenário pela alteração contratual formalizada pelos 19º e 22º aditivos ao Termo de Contrato TRT 17ª n. 20/2010.

3. O objeto dessa avença consiste na execução das obras da terceira etapa da nova sede do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, em Vitória/ES.

## EXAME DE ADMISSIBILIDADE

4. Em exame preliminar, verifica-se que o recurso, entregue pelo embargante em 18/11/2015, é tempestivo, uma vez que recebido dentro do prazo de dez dias previsto no art. 183 do Regimento Interno do TCU (RI/TCU), prazo este contado a partir da notificação ocorrida no dia 9/11/2015 (peça 39). O recorrente é responsável habilitado nos autos, o que lhe confere legitimidade para atuação processual.

5. Em conformidade com o art. 287, caput, do RI/TCU, os embargos de declaração devem ser utilizados quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão do Tribunal, devendo o recorrente, além de alegar, apontar a obscuridade, omissão ou contradição que pretende impugnar no corpo da decisão.

6. No caso em exame, o embargante aduz que “deixou a decisão proferida de se manifestar, expressamente, sobre pontos importantes levantados no Relatório de Auditoria realizada nas obras de construção da nova sede do TRT da 17ª Região”, indicando, em especial, a manifestação em relação ao achado de auditoria intitulado “fuga à licitação por meio de inclusão de objeto estranho ao licitado”.

7. De acordo com a argumentação apresentada, a despeito de a equipe de auditoria ter analisado o enquadramento dos aditivos 19 e 22 nos critérios previstos na Decisão 215/1999-TCU-Plenário, o Acórdão 2.742/2015-TCU-Plenário não abordou a questão, considerada relevante para o desfecho das questões tratadas nos autos.

8. Considerando que o embargante apontou omissão no acórdão atacado e considerando, ainda, que a jurisprudência desta Corte de Contas é no sentido de que o juízo de admissibilidade de embargos de declaração exclui o exame, ainda que superficial, da existência de obscuridade, omissão ou contradição na deliberação recorrida, porquanto tal verificação deve ser feita quando da análise de mérito (Acórdãos 855/2003, da 2ª Câmara, 637/2005 e 2.182/2006, ambos do Plenário, e 3.541/2006, da 1ª Câmara), os requisitos específicos de admissibilidade previstos para a espécie foram preenchidos.

## HISTÓRICO

9. A auditoria foi realizada no período compreendido entre 18/6/2015 e 17/7/2015 e teve como foco principal a 3ª etapa das obras, correspondente à execução de superestrutura, vedações, cobertura, instalações (elétricas hidráulicas etc.) e todos os demais serviços de engenharia civil da nova edificação, sob a vigência do contrato 20/2010, de 16/10/2010, firmado com a construtora Paulo Octávio Investimentos Imobiliários Ltda., sob o regime de empreitada por preço global.

10. O valor original dessa contratação era de R\$ 108,5 milhões e, após 22 termos aditivos e reajustes anuais, chegou a quase R\$ 173,5 milhões (data-base janeiro/2014), com percentual executado da ordem de 18% (em 50 medições, até julho/2015). A ordem de início dos serviços é de 25/4/2011, e a previsão original era de quarenta meses para execução de todos os serviços contratualmente previstos (3 anos e 4 meses).

11. O planejamento da obra como um todo fora dividido em quatro etapas:

- etapa 1 – elaboração de projetos executivos;
- etapa 2 – execução de fundações e de parte do sistema de proteção contra descargas atmosféricas;
- etapa 3 – execução da obra civil (detalhada acima e atualmente em curso);
- etapa 4 – execução de serviços complementares como marcenaria, comunicação visual, instalações de controle de acesso, circuito fechado de TV, sonorização, entre outros, a serem contratados por meio de licitações específicas.

12. Embora o foco da auditoria tenha sido a etapa 3 do empreendimento, vale esclarecer que problemas relacionados ao inadequado dimensionamento de projeto e à má execução das fundações da edificação, contemplados nas etapas 1 e 2, levaram à inutilização das estacas sobre as quais se ergueriam os elementos previstos na etapa 3, trazendo significativos impactos sobre sua execução. Tal contexto exigiu da equipe de auditoria uma análise mais cuidadosa também das etapas anteriores.

13. Para melhor contextualizar a atuação do TCU na fiscalização da obra em tela, é importante mencionar que ela foi objeto de fiscalizações/análises anteriores, conforme sintetizado no quadro a seguir:

Processo	Tipo	Acórdão
004.953/2007-9	Auditoria	724/2007-TCU-Plenário.
024.376/2008-6	Auditoria	2.930/2009; 896/2010; 1.847/2010; 2.724/2010 e 3.068/2010, todos do Plenário.
025.225/2009-4	Monitoramento	2.929/2009-TCU-Plenário.

018.078/2010-9	Auditoria	2.321/2010-TCU-Plenário.
030.221/2010-2	Acompanhamento	3.356/2010 e 672/2012, ambos do Plenário.
005.676/2014-2	Representação	Não conhecida.

## EXAME TÉCNICO

14. Conforme mencionado anteriormente, a omissão alegada pelo embargante diz respeito à ausência de manifestação do Tribunal no que concerne ao enquadramento de dois aditivos contratuais nos critérios definidos na Decisão 215/1999-TCU-Plenário.

15. De acordo com a peça recursal, a referida omissão “trará grande insegurança jurídica para os gestores que cuidarão da continuidade da execução da 3ª etapa da obra”.

### A. Da alegada omissão

#### Análise

16. No relatório de auditoria (peça 25), ficaram registrados dois achados: (i) projeto executivo deficiente ou desatualizado; e (ii) fuga à licitação por meio de inclusão de objeto estranho ao licitado. Em relação ao primeiro achado, houve consenso, tanto no âmbito da unidade técnica quanto na manifestação de mérito do Tribunal.

17. Em relação ao segundo achado, no entanto, ficou consignada divergência entre os membros da equipe no que tange à gravidade do achado e à possibilidade de responsabilização dos agentes que deram causa ao ocorrido. Tal achado abordava, em suma, a inclusão no escopo contratual de serviços referentes à execução de novas fundações para o edifício, uma vez que haviam sido constatados vícios insanáveis nas fundações anteriormente executadas (peça 25, p. 21).

18. Na manifestação do supervisor, que contou com a anuência do secretário e, posteriormente, com a concordância do Ministro Relator e do Plenário do TCU, foi consignada nova divergência em relação à própria existência da irregularidade descrita no segundo achado. A interpretação prevalente foi no sentido de que o referido aditivo contratual estava legalmente fundamentado no art. 65, inciso I, alínea “a” da Lei 8.666/1993. Tratava-se, portanto, de alteração unilateral pela Administração relacionada a modificação do projeto “para melhor adequação técnica aos seus objetivos” (peça 26, p. 7-8).

19. No relatório de auditoria, além da análise sobre as circunstâncias e os fundamentos legais que caracterizariam a fuga à licitação, a equipe tratou de avaliar alguns argumentos apresentados pelo TRT-ES em relação a um hipotético enquadramento do aditivo na hipótese descrita na Decisão 215/1999-TCU-Plenário (requisitos que deveriam ser preenchidos para se admitir a legalidade da extrapolação dos limites de alteração contratual previstos no §1º do art. 65, da Lei 8.666/1993). Foi registrada, inclusive, proposta de encaminhamento específica a esse respeito, de dar ciência à unidade jurisdicionada sobre o não enquadramento, conforme transcrito a seguir:

b) dar ciência ao TRT/17ª Região, com base no art. 7º da Resolução TCU n. 265/2014, sobre as seguintes impropriedades constatadas no contrato 20/2010, firmado com a empresa Paulo Octávio Investimentos Imobiliários Ltda. para execução da terceira etapa das obras de construção da sua nova sede, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à mitigação dos seus efeitos, bem como à prevenção de ocorrências semelhantes:

b.1) a formalização do 19º termo aditivo, que incluiu no escopo do contrato a execução das novas fundações em estacas do tipo raiz, não se enquadra nas hipóteses do art. 65 da Lei 8.666/1993 e, portanto, configura fuga a procedimento licitatório, em ofensa ao art. 2º da

mesma lei;

b.2) **os aditivos celebrados não atendem cumulativamente a todos os requisitos definidos no item 8.1, alínea b, da Decisão 215/1999-TCU-Plenário** e, portanto, estão sujeitos aos limites estipulados no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993 (peça 25, p. 36 - grifos acrescidos).

20. No que tange a esse encaminhamento específico, a posição defendida no despacho divergente do supervisor, e que prevaleceu nas instâncias subsequentes, foi pela não manifestação acerca do tema, uma vez que as alterações contratuais até então formalizadas não haviam atingido o limite de 25% legalmente previsto, totalizando à época, o valor estimado de aproximadamente 23%, conforme demonstra o trecho a seguir transcrito:

No tocante à aderência do 19º termo aditivo à Decisão n. 215/1999-TCU-Plenário, sem adentrar no mérito do atendimento ou não dos pressupostos estabelecidos no item 8.1, b, da citada Decisão, verifica-se que os aditivos contratuais somam, até o momento, acréscimo de 22% do valor contratual.

Sendo assim, não há que se falar na ocorrência de irregularidade, uma vez que o limite estabelecido no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 sequer foi ultrapassado.

Pelo exposto, entendo que, no caso concreto, não houve fuga ao processo licitatório na formalização do 19º Termo Aditivo, que trouxe a inclusão dos serviços de estaqueamento ao Contrato do TRT-17ª Região n. 20/2010 (3ª etapa: superestrutura da obra). Além disso, não houve desrespeito ao limite de 25% para acréscimos ou supressões, no referido contrato, razão pela qual **não há que se manifestar, nesse momento, sobre o atendimento ou não ao item 8.1, b, da Decisão 215/1999-TCU-Plenário.** (peça 26, p. 8)

21. A proposta de encaminhamento feita pelo supervisor da auditoria deixou, portanto, de contemplar o item específico em relação à Decisão 215/1999-TCU-Plenário (peça 26, p. 8), no que foi acompanhada pelo despacho do secretário e pelo próprio Acórdão 2.742/2015-TCU-Plenário, que teve a seguinte redação final:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar ao Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, nos termos dos arts. 250, inciso II, do RI/TCU, e 2º da Resolução TCU 265/2014, que:

9.1.1. encaminhe ao TCU, no prazo de trinta dias após a conclusão das análises, o resultado das apurações em curso naquele órgão, relativas à responsabilização e ressarcimento pelo dano decorrente da inutilização das estacas hélice contínua, projetadas pela NBC Arquitetura e Construções Ltda. e executadas pela Delta Construções S.A., bem como de eventuais outros danos decorrentes das falhas no projeto estrutural do edifício; e

9.1.2. caso as apurações em curso não logrem êxito em obter o ressarcimento pelos danos, providencie a instauração da competente tomada de contas especial, disciplinada pela Instrução Normativa TCU 71/2012;

9.2. enviar cópia desta deliberação, bem assim das peças que a fundamentam, ao Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região e ao Conselho Nacional de Justiça, atualizando as informações repassados pelo Acórdão 3.068/2010-TCU-Plenário, e também para o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, com vistas à adoção das providências que julgar pertinentes, no âmbito de suas competências,

9.3. autorizar o arquivamento dos presentes autos, sem prejuízo do monitoramento, em processo apartado, da determinação contida no item 9.1 desta deliberação (peça 29, p. 1).

22. O objeto principal dos embargos de declaração opostos pelo TRT-ES contra o Acórdão 2.742/2015-TCU-Plenário reside, exatamente, na ausência de manifestação do Tribunal acerca do enquadramento do aditivo pertinente às fundações na hipótese prevista pela Decisão 215/1999-

TCU-Plenário. Tal omissão pode ser evidenciada pelas manifestações colhidas nos autos, contrastando-se a proposta de encaminhamento registrada pela equipe de auditoria e a proposta alternativa sugerida pelo supervisor e acolhida pelas demais instâncias conforme acima demonstrado.

23. Configurada a existência da omissão que ensejou a oposição dos embargos, resta analisar o mérito do pedido, que pretende ver reconhecido o cumprimento dos requisitos da Decisão 215/1999-TCU-Plenário pela alteração contratual formalizada pelos 19º e 22º aditivos ao termo de contrato TRT 17ª n. 20/2010.

24. Vale destacar que o TRT-17ª Região traz diversos argumentos e alegações, em sua peça recursal, tendentes a demonstrar o enquadramento do caso concreto aos condicionantes expostos na Decisão 215/1999-TCU-Plenário para extrapolação excepcional do limite legal de alterações contratuais.

### **B. Do cumprimento dos requisitos da Decisão 215/1999-TCU-Plenário**

25. Antes de adentrar a análise pontual de cada um dos seis requisitos específicos previstos, importa salientar a relevância da presente análise para fins de prevenir eventuais irregularidades e de garantir a segurança jurídica necessária ao melhor direcionamento de esforços da Administração na consecução do interesse público, tanto sob a ótica do jurisdicionado, quanto sob a ótica do Controle Externo.

26. O posicionamento divergente adotado pela unidade técnica e ratificado pelo Relator e pelo Plenário do TCU, no que diz respeito à não manifestação sobre o preenchimento dos requisitos elencados na Decisão 215/1999-TCU-Plenário, em face da não extrapolação, no caso concreto, dos limites de alteração contratual legalmente previstos mostra-se adequado como pressuposto geral adotado na atuação desta Corte de Contas, que, em regra, não realiza controle prévio dos atos da Administração.

27. Todavia, algumas especificidades do caso em tela justificam, até mesmo em homenagem ao princípio constitucional da eficiência, que a apreciação da questão abordada no relatório de auditoria seja feita nos presentes autos, em caráter excepcional, ainda que não se tenha verificado, por ora, qualquer irregularidade.

28. Diversos fatores devem ser ponderados a esse respeito, destacando-se os seguintes: (i) o vulto das alterações promovidas por meio do aditivo 19; (ii) a criticidade dos serviços aditivados, dos quais depende a maioria dos outros serviços contratualmente previstos; (iii) o estágio ainda muito incipiente da obra, que indicam uma fortíssima tendência de que os limites de alteração contratual sejam, brevemente, atingidos ou até extrapolados.

29. Tais excepcionalidades levaram o próprio gestor a se antecipar, de forma diligente, no registro de informações que subsidiassem o enquadramento da situação concreta na hipótese prevista na Decisão 215/1999-TCU-Plenário.

30. Quanto a esse aspecto, vale transcrever o parágrafo final da conclusão do relatório de auditoria que justifica, em certa medida, a razão pela qual se tratou explicitamente do tema naquela oportunidade:

Em que pese a situação crítica vivida pela obra em decorrência das falhas nas etapas anteriores, bem como a pertinência de alguns dos argumentos apresentados pelos gestores para inclusão do novo serviço no escopo do contrato, não restou configurado o atendimento cumulativo de todas as condições definidas na citada decisão. Dessa forma, cabe dar ciência ao TRT/17ª Região da referida falta de enquadramento na Decisão 215/1999, e, portanto, que os valores dos aditivos acerca das fundações estão sujeitos ao limite imposto pelo art. 65, §1º da Lei 8.666/1993.

Por fim, cabe observar a iminência de superação do referido limite, uma vez que os aditivos

**já formalizados alcançam a ordem de 23%** do valor inicial do contrato, percentual que ainda **não inclui as alterações que serão necessárias em decorrência das correções no projeto estrutural (dimensões dos blocos de fundação, dos pilares etc.)**. Além disso, a fragilidade do projeto, associada ao **estágio ainda inicial da obra (inferior a 20%)**, sugere a possível necessidade de novas adequações (peça 25, p. 35 – grifos acrescidos).

31. Como visto, as alterações que já haviam atingido cerca de 23% do valor contratual, não contemplavam sequer a conclusão da etapa de fundações. Verifica-se, no presente caso, que a extrapolação dos limites está praticamente implícita, tal a magnitude dos valores observados. Em razão dessas peculiaridades é que se considera oportuna, também sob a ótica do Controle Externo, a apreciação do mérito da questão levantada.

32. No caso em tela, a manifestação pela improcedência dos embargos, ou seja, pelo não preenchimento dos requisitos da Decisão 215/1999-TCU-Plenário, em consonância com a proposta da equipe de auditoria, permitiria, a um só tempo, prevenir a ocorrência da irregularidade de extrapolação dos limites de alteração contratual previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993 e orientar o TRT na estratégia de atuação para melhor consecução dos objetivos da contratação.

33. Por outro lado, o provimento dos embargos, permitiria uma reavaliação da margem existente, na etapa atual da obra, para novas alterações contratuais ao longo de sua execução, tendo em conta a alta probabilidade de que tais alterações venham a ser necessárias.

34. No primeiro cenário, a Administração contaria com pouco mais de 2% de margem para alteração contratual durante a execução dos cerca de 80% restantes do contrato. No segundo, essa margem poderia ser ampliada para cerca de 16%, ao se considerar a excepcionalidade da alteração de aproximadamente 14% referente às fundações.

35. Tal diferenciação mostra-se fundamental na definição da estratégia de se prosseguir com o contrato vigente ou, alternativamente, rescindi-lo e promover um novo procedimento licitatório.

36. Estabelecidos, preliminarmente, tais pressupostos, passa-se à análise dos requisitos previstos na Decisão 215/1999-TCU-Plenário, a seguir transcrita, e que ensejariam a possibilidade de extrapolação dos limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993:

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

8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, nos seguintes termos:

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

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

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

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

financeira do contratado;

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

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

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

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência; (grifos acrescidos).

37. Vale lembrar que esse julgado foi proferido em sede de consulta formulada por Ministro de Estado, constituindo um pré-julgamento em tese com caráter normativo, e, portanto apta a balizar a conduta dos administradores nos casos concretos.

38. Tratando-se de uma formulação em tese e considerando a impossibilidade de que contemple todas as situações fáticas possíveis, sua aplicação ao caso concreto depende, fundamentalmente, da fluidez dos princípios norteadores elencados no caput do item "b", os quais permitirão aferir a aderência entre a tese e a situação concreta analisada.

39. Registra-se que a análise promovida pela equipe de auditoria ateuve-se aos subitens I a VI, sem avaliar explicitamente o conteúdo consignado no caput do item b. Por outro lado, a divergência originada na manifestação da subunidade e que prevaleceu no acórdão 2.742/2015-TCU-Plenário, reconhecendo a possibilidade de enquadramento da alteração contratual no art. 65, inciso I, alínea "a" da Lei 8.666/1993, pacífica, pelo menos, um dos requisitos previstos no caput do item b qual seja tratar-se de uma alteração qualitativa.

40. A presente análise buscará contemplar de forma mais detalhada também esses quesitos, conforme se verá mais adiante. Em juízo preliminar, a partir da leitura das peças que reúnem as informações principais para análise da questão em tela, não se vislumbra nenhum desvio patente dos princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade elencados no caput do item b. Além disso, a consensualidade do ajuste ficou evidenciada no processo de negociação do qual decorreu.

41. A excepcionalidade também é uma característica que sobressai das narrativas constantes dos autos e, embora não tenha sido explicitada no acórdão, serviu de fundamento como atenuantes para afastar a hipótese de responsabilização dos agentes, na ótica do coordenador da auditoria e também para afastar a ocorrência de irregularidade na ótica do supervisor da auditoria, cujo parecer divergente fundamentou o acórdão.

42. Passa-se a seguir à análise do enquadramento do caso concreto nos requisitos específicos da aludida Decisão. Embora estejam delineados em seis diferentes itens, sua aplicação à realidade, bem com a análise de seu alcance não se dão de forma isolada. Há uma espécie de interação entre os diversos itens, em especial os itens I, V e VI, que tocam a questão do interesse público de forma mais abstrata.

43. Para fins de melhor organizar as ideias que serão expostas, optamos por iniciar a análise pelos requisitos elencados nos itens IV e V, cujo enquadramento já havia sido acolhido pela equipe de auditoria, tendo em vista que possuem uma interpretação mais simples e direta. Posteriormente serão examinados os demais itens, que envolvem um esforço de análise um pouco mais aprofundado.

### **B.1 Requisitos IV – não transfiguração do objeto; e V – necessidade da alteração para execução do objeto original, otimização do cronograma e antecipação dos benefícios sociais e econômicos**

44. O atendimento desses dois requisitos já fora reconhecido pela equipe de auditoria, conforme indicado no relatório (peça 25, p. 32-33). Em suma, as alegações do TRT em relação ao item IV são no sentido de que o tribunal “contratou a construção de um edifício e vai receber, após a assinatura do aditivo e o término da obra, exatamente o mesmo edifício” (peça 37, p. 8).

45. Em relação ao item V, alega-se que não seria viável a edificação da obra sem as adequadas fundações e que a realização de novo procedimento licitatório para contratação dos serviços implicaria a postergação da entrega da obra, e, conseqüentemente, da fruição dos benefícios dela advindos.

#### **Análise**

46. Com relação a esses dois aspectos, desnecessário expor maiores detalhes sobre o seu atendimento. É inegável que a adequada execução de qualquer edificação requer a garantia de que esteja assentada em bases sólidas e compatíveis com as cargas e esforços a que estarão submetidas as estruturas construídas. Portanto, demonstrada a imprestabilidade da solução anterior, a execução de novas fundações (ou de um reforço) mostra-se imprescindível, o que implica o acréscimo de serviços necessários à execução do objeto originalmente previsto.

47. Além disso, no presente caso, a necessidade de novas estacas não implicou alteração significativa na conformação do projeto originalmente contratado que, conforme destacado pela equipe de auditoria, não contemplava as fundações em seu escopo original e permaneceu inalterado para as etapas subsequentes, ou seja, o projeto, especificações, custos etc., para as etapas posteriores da obra, permaneceram válidos.

48. No que tange à antecipação dos benefícios, também se mostra evidente que a execução dos serviços sob responsabilidade da empresa já contratada, contando-se com uma equipe parcialmente já mobilizada no canteiro de obras, com conhecimento mais detalhado da peculiar realidade local, e sem que seja necessário o cumprimento de diversas etapas processuais previstas na realização da licitação (como elaboração de edital, interstício mínimo de 30 dias entre a publicação e a abertura das propostas, análises de requisitos de habilitação e de propostas de preços, cumprimento de prazos recursais e as pertinentes análises etc.), implicaria um prazo menor de conclusão do que a alternativa de licitar a contratação.

### **B2. Requisito I – não acarretar encargos superiores aos de uma nova licitação**

49. Na peça recursal o TRT transcreve parte das justificativas apresentadas originalmente para enquadramento no requisito, destacando (i) a dificuldade em realizar a contratação da 3ª etapa das obras, com uma licitação fracassada em 2008 ante a desistência da única licitante, a repetição do certame em 2009, com conclusão no ano de 2010 e início das obras apenas em 2011; (ii) a ausência de indícios de que uma nova licitação “transcorreria com maior tranquilidade”, sobretudo se considerados os problemas verificados nas fundações; (iii) os custos com manutenção do canteiro e rebaixamento do lençol freático por um período estimado de um ano; (iv) a superioridade dos valores das propostas apresentadas por empresas do ramo, consultadas à época, comparativamente com o valor orçado pelo TRT e que, na alternativa de aditamento contratual, seria assumido pela Construtora Paulo Octávio.

50. A equipe de auditoria, ao analisar o cumprimento desse requisito, concluiu:

(...) o atendimento a esse quesito não foi demonstrado de forma objetiva, haja vista não se ter formalizado qualquer comprovação de que os custos decorrentes do aditivo em tela eram inferiores aos de uma nova contratação — fez-se apenas uma ilação de que “não haveria

garantia de que com um novo certame seriam obtidos preços inferiores” (peça 25, p. 18).

51. Na peça recursal, alega o recorrente, em oposição à conclusão da equipe de auditoria, que:

Ao contrário, como se pode inferir do excerto transcrito acima, o entendimento da Administração baseou-se em fatos concretos e demonstrados, ou seja:

a) a possibilidade de não se obter sucesso no procedimento licitatório, haja vista as experiências anteriores do órgão;

b) o alto custo dos serviços de rebaixamento de lençol freático e de manutenção do canteiro no prazo necessário à conclusão do procedimento licitatório, estimado em um ano apenas para a licitação da nova fundação; e

c) o fato de a pesquisa de mercado junto a empresas especializadas no serviço ter obtido preços superiores ao orçamento de referência da Administração, utilizado para a formalização do aditivo.

Entendeu-se, na época, que, além da imprevisibilidade de sucesso do procedimento licitatório, seria pouco provável que o desconto obtido na licitação fosse superior aos gastos com rebaixamento do lençol freático e manutenção do canteiro, estimado em, aproximadamente, R\$ 2.124.000,00 (dois milhões cento e vinte e quatro mil reais) - R\$ 177.000,00 X 12 (doze) meses —, na hipótese mais otimista. Tal é a conclusão implícita nos argumentos apresentados e nas informações que instruem os autos.

É claro que o custo acima não era o único passível de estimativa, porém a sua grandeza é de tal monta que, entendeu-se, por si só justificaria o cumprimento do primeiro requisito (peça 37, p. 10).

### Análise

52. Inicialmente, vale destacar que a demonstração do cumprimento deste requisito não pode ser feita de forma cabal, tendo em conta a imprevisibilidade de diversos fatores que condicionam o resultado final de um procedimento licitatório. Não há como prever qual será o desconto obtido em um novo certame. Tal resultado pode ser apenas estimado, com base em parâmetros cuja obtenção nem sempre é simples.

53. Em função dessa condição, manifesta-se, desde logo, uma discordância em relação ao posicionamento registrado no relatório de auditoria, uma vez que a ausência de garantias de que um novo procedimento licitatório obterá preços inferiores não é uma ilação, mas um fato.

54. Nesse contexto, resta à Administração reunir o máximo de informações possível para balizar sua decisão, que será adotada em função de probabilidades e de riscos associados a cada um dos cenários previstos.

55. Outro aspecto importante a destacar é que, embora a Decisão 215/1999-TCU-Plenário faça menção expressa, no tópico em análise, a “encargos contratuais”, é preciso que a análise dos condicionantes da escolha feita pela Administração seja feita sob uma ótica mais ampliada, consentânea com os princípios da Administração Pública, inclusive aqueles explicitados na própria Decisão.

56. É necessário, portanto, comparar não somente os custos diretos decorrentes da execução do procedimento licitatório, somado ao preço do novo contrato, com os custos diretos incorporados ao contrato por meio de aditivo, mas uma série de outros encargos, inclusive aqueles cuja quantificação monetária não é factível, mas que possuem grande relevância, a exemplo da qualidade do serviço prestado pelo Órgão à sociedade.

57. No presente caso, o TRT destacou, inicialmente, quatro aspectos principais que foram considerados. O primeiro e segundo aspectos destacados dizem respeito ao risco de insucesso do

novo procedimento, tendo em conta o histórico da licitação da 3ª etapa e os problemas identificados nas fundações, que agravariam a situação de incerteza da nova contratação.

58. Quanto a esses argumentos, a não ser que as alegações não correspondam aos fatos, considera-se razoável que, a partir da experiência mal sucedida da primeira tentativa de contratação, bem como dos novos problemas que se apresentaram logo após o início das obras, a alternativa de se promover um novo certame fosse considerada de risco elevado pela Administração do TRT.

59. Vale reiterar que não se trata de afirmar que um novo procedimento licitatório seria mal sucedido, mas de asseverar que, comparativamente, o contexto da obra impunha um grau de risco mais elevado do que de uma licitação que não contasse com os precedentes informados. Risco esse que, provavelmente, traria reflexos para o preço da contratação.

60. O terceiro aspecto destacado foi o alto custo com a manutenção do canteiro, especialmente com o rebaixamento do lençol freático, com custo mensal de R\$ 177.000,00, totalizando mais de R\$ 2 milhões para o período estimado mínimo de um ano de paralisação necessária à conclusão do certame.

61. Também nesse caso, o argumento é válido no sentido de avaliar um cenário prospectivo. Embora o tempo estimado pelo TRT para realizar a licitação possa ser questionável, não há elementos nos autos para inferir que esteja superestimado.

62. É importante destacar que esse fator tempo está relacionado não somente ao prazo necessário à conclusão do certame licitatório, mas a outros aspectos alheios ao procedimento que pudessem vir a obstar a retomada das obras, como, por exemplo, a necessidade de expedição, renovação ou readequação de licenças, autorizações, etc; ou a ocorrência de eventuais embargos judiciais, uma vez que as falhas observadas seriam objeto de disputa junto às empresas executoras do projeto e das obras de fundação considerados inservíveis. Nesse cenário havia risco de extensão do prazo necessário à retomada das obras, o que ocasionaria um crescimento proporcional das despesas com a manutenção do canteiro.

63. O quarto e último aspecto levantado foi que, nas cotações de preços para a realização do serviço referente às fundações, as empresas do ramo apresentaram propostas com valores superiores ao preço estimado pelo TRT-ES e que seria assumido pela Construtora Paulo Octávio. Nesse caso, o TRT-ES não explicitou qual era a diferença entre esses valores orçados e o valor que foi afinal contratado.

64. Esse argumento tem um alcance limitado no esforço de se demonstrar a vantajosidade da estratégia adotada, sobretudo considerando-se que não foram apresentados os valores de forma comparativa, pois, embora sinalize que havia compatibilidade entre o valor contratado e os preços de mercado, não significa, necessariamente, que a contratação obteve preços inferiores aos que seriam obtidos num procedimento licitatório.

65. Isso porque há uma tendência de sobrevalorização das propostas apresentadas para fins de cotação, frequentemente observada nos processos de contratação de obras e serviços de engenharia pela Administração Pública.

66. Nesse caso, ainda que o TRT-ES tenha sinalizado a possibilidade de contratação direta das empresas que apresentaram as cotações, não é possível garantir que tal sinalização tenha sido suficiente para ajustar ou reduzir os valores das propostas apresentadas.

67. Por outro lado, caso o TRT-ES optasse pela contratação direta, que era um caminho possível, desde que devidamente justificado e dentro das hipóteses constantes do art. 24 da Lei 8.666/1993, provavelmente não obteria valor inferior às propostas apresentadas. Sob essa ótica, é possível admitir que, embora de forma limitada, o argumento reforça a razoabilidade da opção adotada pela Administração.

68. A partir dos argumentos até então apresentados, associados a informações gerais de mais fácil dedução — como, por exemplo, a necessidade de arcar com despesas de aluguéis, manutenção de espaços então ocupados pelo Órgão e que demandam custos de manutenção e operação potencialmente mais onerosos do que o de uma edificação recém concluída —, mesmo que não seja possível obter um cálculo preciso dos custos envolvidos na alternativa de promover nova licitação para a contratação dos serviços, já é possível aferir a aderência da motivação apresentada aos princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade explicitados como norteadores na Decisão 215/1999-TCU-Plenário.

69. Tal avaliação, associada às premissas referidas nos dois parágrafos iniciais desta análise (parágrafos 47 e 48), de que a demonstração objetiva, precisa e cabal da vantajosidade do aditivo em relação à nova licitação não é possível, face às incertezas que circundam o procedimento licitatório, permitem concluir que o requisito previsto no item b, I da Decisão 215/1999-TCU-Plenário foi preenchido no presente caso.

70. Cabe mencionar que um dos principais riscos envolvidos na realização de novo certame e consequente paralisação das obras consiste nos custos mensais elevados de manutenção dos serviços já executados.

71. As obras se localizam em região de nível freático quase superficial, tendo sido previstas escavações de subsolo. Em vista disso, torna-se necessária a execução de rebaixamento do lençol freático em ponteiros filtrantes, para que não haja perda dos serviços executados no subsolo, acarretada por eventual inundação.

72. Nesse contexto, mesmo com a obra paralisada, torna-se imprescindível manter em funcionamento esse rebaixamento com custos mensais da ordem de R\$ 200.000,00, de acordo com o TRT-17ª Região.

73. Embora esses valores não tenham sido verificados sob o prisma de sua adequação aos parâmetros de mercado na presente análise, é inegável que haverá custos para a Administração Pública.

74. Aliás, num contexto de fortes restrições orçamentárias enfrentadas pela Administração Pública Federal, é possível que, ao esperar por um novo certame licitatório, o TRT-17ª Região não disponha mais de recursos financeiros para manter em funcionamento o rebaixamento do lençol freático, acarretando a indesejável perda dos serviços executados.

75. Portanto, é imprescindível que, em caso de eventual paralisação das obras, o TRT-17ª Região adote todas as medidas ao seu alcance para evitar a perda desses serviços.

76. O conjunto dos fatores de risco presentes no contexto que circundava a alternativa de realizar novo procedimento licitatório, somado aos custos objetivamente levantados com a manutenção do canteiro de obras, bem como a outros custos referidos de forma mais genéricas, permitem concluir que os encargos potenciais da alternativa eram superiores aos encargos decorrentes do aditamento contratual.

77. Tendo em conta a conclusão acima exposta, passa-se a uma breve análise dos argumentos adicionais trazidos pelo TRT-ES em sua peça recursal.

### **Argumentos**

78. Em complemento, o recorrente faz menção a outros dispêndios que seriam necessários em caso de rescisão contratual e apresenta cálculos estimativos de alternativas técnicas para a paralisação da obra até que se concluísse o novo certame.

79. Afirma que o custo com a manutenção do canteiro, no período em que a obra esteve paralisada, desde a detecção inicial do problema até a data em que foi firmado o 19º termo aditivo

foi superior a R\$ 4 milhões.

80. Descreve solução alternativa à manutenção do rebaixamento do lençol por meio de bombeamento permanente, que consistiria no reaterro da área já escavada, até que se realizasse a nova licitação. Tal estratégia implicaria a perda dos serviços realizados, que teriam de ser refeitos numa segunda contratação, e custos adicionais com o reaterro. De acordo com a estimativa apresentada, essa alternativa teria um custo superior a R\$ 6 milhões.

81. Defende que os valores contratuais corrigidos de acordo com a sistemática adotada pelo TRT-ES, no presente caso, resultaram em um valor atualizado até então de R\$ 155.764.452,25, valor esse inferior em mais de R\$ 5 milhões ao correspondente valor caso os preços contratuais fossem atualizados pelo INCC/FGV, o que evidenciaria a vantajosidade da contratação e um indício de tendência de aumento de valores no caso de uma nova contratação.

82. Sem expressar os respectivos valores, faz menção a custos com desmobilização da empresa instalada no canteiro de obras e com a nova mobilização da licitante vencedora, bem como com alvarás, licenças, taxas de fornecimento de energia elétrica, água e esgotamento sanitário.

83. Menciona ainda a existência de serviços contratuais com preços “extremamente vantajosos”, a exemplo do “arrasamento de estacas” e do “rebaixamento de lençol freático”, que haviam sido, inclusive, objeto de queixa pela contratada, e que tenderiam a ser mais elevados em uma eventual nova contratação.

84. Cita ainda, também sem explicitar valores, os custos administrativos para a realização do novo certame, os custos com locação dos ambientes atualmente ocupados pelo TRT e demais custos com manutenções e reformas desses espaços no período de postergação da entrega final da obra do novo edifício-sede.

85. Conclui que, para a nova licitação ser vantajosa, deveria haver um desconto mínimo de 8% em relação ao preço então contratado.

### **Análise**

86. Esses novos argumentos acrescidos na peça recursal têm caráter complementar, têm natureza mais genérica e nem todos se encontram devidamente acompanhados dos elementos probatórios. Por essas razões e por não serem essenciais ao deslinde da questão, não serão avaliados em maior profundidade.

87. O que importa destacar é que, tendo os argumentos iniciais sido considerados insuficientes pela equipe de auditoria, o TRT tratou de complementá-los na busca de demonstrar com maior clareza o atendimento do requisito. Como a presente análise concluiu pela suficiência dos argumentos iniciais, confrontar os novos elementos trazidos aos autos mostra-se desnecessário.

### **B3. Requisito II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado**

88. Na peça recursal, o TRT transcreve parte das justificativas apresentadas originalmente para enquadramento no requisito. Em síntese, alegou-se que: (i) “a contratada é empresa de renome nacional e possui expertise incontestável para assunção das novas responsabilidades”; (ii) ela própria havia detectado os problemas, posteriormente confirmados por meio da perícia técnica; (iii) os critérios de habilitação técnica do certame original garantiram a seleção de contratado idôneo técnico e economicamente.

89. No relatório de auditoria (peça 25, p. 29-31), a equipe contesta os argumentos apresentados pelo TRT-ES e transcreve manifestações da própria contratada, nas quais esta alegava sua incapacidade técnico-operacional para executar diretamente os serviços de fundações em estaca raiz que seriam acrescidos ao contrato.

90. Nos argumentos apresentados pelo TRT, consta que as alegações da Construtora acerca de sua incapacidade técnica foram apresentadas em face do receio de que a ela fosse imposta a obrigação de executar diretamente os serviços e que a assinatura final do termo aditivo decorreu de um processo de negociação que culminou, afinal, com a anuência da contratada (peça 45, p.15).

91. Em complemento às informações anteriores, o TRT relata que, à época, foi juntada aos autos documentação comprobatória da expertise da contratada na execução de serviços de mesma complexidade e que não havia indícios de que o aditivo “abalaria a capacidade econômica da contratada a ponto de levar à inexecução contratual”. E assevera: “tanto é assim que a execução das fundações foi concluída sem percalços de ordem técnica ou financeira” (peça 45, p. 16).

### Análise

92. De plano, verifica-se que o TRT-ES trouxe à baila entendimentos sobre os conceitos de capacidade técnica e econômico-financeira que não se coadunam com a legislação, a exemplo do exposto na peça 37, p. 17. Não obstante, a análise recairá apenas sobre os aspectos essenciais do caso concreto e em sua eventual aderência aos requisitos expostos pela Decisão 215/1999-TCU-Plenário.

93. Antes de adentrar a análise dos argumentos apresentados, vale destacar o contexto no qual o requisito em questão foi inserido no rol das condições previstas na Decisão. Avaliando mais detalhadamente o relatório e os votos que a fundamentaram, é possível perceber que a inclusão do item está diretamente relacionada à garantia dos direitos do contratado, conforme se depreende do trecho a seguir transcrito:

Com relação a esses limites [de aditamentos contratuais], verifica-se inegável preocupação da doutrina em identificá-los e fixá-los. Na lição de Caio Tácito, embora a mutabilidade seja característica incontestada do contrato administrativo e a atividade de alteração unilateral qualitativa figurar no âmbito da discricionariedade, **essa faculdade da Administração não é livre, depende da ocorrência comprovada de determinados pressupostos.** (7)

-----  
(7) DALLARI, Adilson Abreu, Limites à Alterabilidade..., cit., p. 467.  
-----

Com o arrimo na preleção de doutrinadores como Marçal Justen Filho, Adilson Dallari, Carlos Ari Sunfeld, Sérgio Ferraz e Brewer-Carias, verifica-se que o primeiro deles é a basilar observância do princípio constitucional da obrigatoriedade de licitação e da isonomia, e o **respeito necessário aos direitos patrimoniais do contratante privado, além dos princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.**

Considerados tais balisadores como limites gerais às alterações qualitativas, eles têm como consequência a restrição das modificações qualitativas, além dos limites legais estabelecidos, apenas à hipótese de ocorrência cumulativa dos seguintes pressupostos: a) não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; e **b) não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado** (trecho do Voto Revisor da Decisão 215/1999-TCU-Plenário, de lavra do Min. Adilson Motta; peça 45, p. 24 – grifos acrescidos).

94. Outra relevante finalidade a que se presta o dispositivo é prevenir a Administração sobre a necessidade de avaliar adequadamente o risco associado à assunção dos novos encargos pelo contratado. Sob pena de se tornar necessário, em momento posterior, retomar a alternativa de realizar nova licitação em face do fracasso do contratado no adimplemento dos compromissos adicionais assumidos, o que se vincula diretamente ao conteúdo do item “a” acima transcrito, e que acabou convertido no item 8.1, b, I, da Decisão 215.

95. Em face dessas considerações, entende-se que o conteúdo do requisito a ser aferido está mais relacionado à garantia de eficácia na realização do interesse público, vinculada à execução dos serviços incluídos no escopo da contratação, do que a uma mera comprovação formal prévia da capacidade técnica e econômico-financeira da empresa executora.

96. Assim, a discussão teórica acerca da capacidade técnica do contratado para executar os serviços requeridos perde o sentido após a regular execução do objeto da alteração contratual, que constitui demonstração fática da presumida capacidade.

97. Não se trata de dispensar o administrador da regular e adequada motivação de seus atos, especialmente na fundamentação de medidas de caráter extraordinário, mas de reconhecer que, ainda que a suficiência das informações registradas para se demonstrar tal capacidade possa ser questionada, uma eventual falha nesse aspecto pode ser considerada formal quando outros elementos factuais atestam que não houve violação do requisito que se presumia preenchido à época da decisão adotada pela administração do TRT-ES.

98. Vale destacar ainda a questão suscitada em relação à possibilidade de subcontratação que, por um lado, mitiga significativamente um eventual risco de incapacidade técnica da contratada original, mas, por outro, coloca novamente em questão a possibilidade de realização de procedimento licitatório específico para a contratação dos serviços.

99. No atual cenário de especialização da construção civil, em especial no caso de edificações, que contam com uma gama muito variada de serviços em seu escopo, existem empresas especializadas na execução de diversos grupos de serviços pertinentes a escavações, fundações, instalações diversas (elétricas, lógicas, de climatização, de automação, de combate a incêndio, entre outras), estrutura metálica etc.

100. Em geral, e especialmente nas obras de médio e grande porte, tais serviços são regularmente executados por empresas especializadas, subcontratadas, sob a coordenação de outra empresa que responde pela obra como um todo. Essa é uma característica generalizada do mercado, com ganhos de eficiência e economicidade, seja na execução de obras públicas ou mesmo de obras privadas.

101. A possibilidade de subcontratação dos serviços é expressamente prevista no art. 72 da Lei 8.666/1993, desde que respeitados os limites estabelecidos pela Administração. Portanto, para aferição de um eventual desvio no procedimento de subcontratação seria necessário aferir a extrapolação desses limites.

102. No presente caso, a possibilidade de subcontratação de parte dos serviços que seriam necessários à execução das novas fundações em estaca raiz não se afigura como irregular. Analisando as cláusulas do 19º Termo Aditivo (peça 42, p. 43) que se referem à subcontratação, não se verifica qualquer ofensa à Lei 8.666/1993, uma vez que foram ali definidos parâmetros para o balizamento das eventuais subcontratações realizadas.

103. Cumpre salientar que o contrato original previa um rol de serviços que poderiam ser objeto de subcontratação. Como o serviço de fundações não estava previsto no contrato original, a previsão de possibilidade de subcontratação foi feita no próprio termo aditivo que acrescentou os serviços ao escopo contratual (peça 42, p. 43), na sua cláusula quarta. Manteve-se, em linhas gerais, a mesma lógica existente no contrato original.

104. No que tange à hipótese de licitar separadamente os serviços, que já foi tratada no tópico anterior, vale fazer apenas algumas observações em relação a algumas alternativas possíveis.

105. A primeira alternativa refere-se à rescisão do contrato vigente e realização de novo procedimento licitatório para a contratação de todos os serviços remanescentes da obra (cerca de 80% que ainda não haviam sido executados), inclusive as novas fundações. Nesse caso é forçoso

reconhecer que não se teria, ao final, situação distinta da verificada no presente caso, uma vez que, consideradas as condições regulares de mercado, os serviços seriam efetivamente executados por empresa especializada, por intermédio de uma subcontratação.

106. A segunda hipótese refere-se à possibilidade de contratação apenas dos serviços pertinentes à fundação. Essa opção, conforme já destacado pela administração do TRT nas justificativas para o aditivo resultaria no inconveniente de diluição das responsabilidades pela execução dos serviços, diluição essa que já vinha se mostrando danosa na experiência das etapas anteriormente executadas. Além disso, a economia proporcionada na recontração de uma parcela reduzida de serviços totais previstos seria pequena em comparação com a primeira hipótese, o que torna ainda menos atrativa essa opção.

107. No que tange à proteção aos direitos do contratado, também abarcada no requisito, entende-se que a concordância da Construtora Paulo Octávio em realizar os serviços, nos termos definidos, após extensa negociação relatada nos autos, associada às demais informações acima tratadas, constitui um elemento apto a demonstrar que essa condição de respeito aos direitos do contratado também foi adequadamente preenchida.

108. Em face do exposto, conclui-se que o requisito em análise também foi adequadamente preenchido no caso em tela.

#### **B.4 Requisito III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial**

109. Afirma o TRT que as falhas do projeto e da execução das fundações somente fora detectada após o início das obras da etapa 3 e que as etapas anteriores, inclusive, já haviam sido auditadas pelo TCU.

110. Destaca que, após apurações promovidas pelo Órgão, chegou-se à conclusão de que os problemas não seriam detectáveis pelos fiscais que acompanharam a elaboração dos projetos, mas, possivelmente, pelos agentes que atuaram na etapa de execução, razão pela qual foi instaurado procedimento administrativo específico para apurar sua responsabilidade.

111. Ressalta que foi necessária a contratação de uma perícia independente para aferir o grau de comprometimento das fundações e que:

(...) admitir que seria exigível a detecção dos problemas encontrados só na 3ª etapa da obra, por servidores e administradores que não atuaram nas etapas anteriores e que não possuem conhecimento técnico especializado de engenharia de fundações, seria equivalente à exigência de verificação técnica minuciosa de todas as etapas de projetos em andamento a cada mudança de gestão do órgão, e antes da prática de qualquer ato administrativo de continuidade dos projetos, o que não seria razoável e tampouco eficiente.

112. Acrescenta que os custos de verificação minuciosa dos referidos projetos seriam compatíveis com a etapa de execução da obra, na qual a edificação de uma obra com valor superior a R\$ 100 milhões demandaria do construtor um cuidado adicional, tendo em vista o montante do investimento e a criticidade de cada elemento para a consecução dos objetivos do contrato.

113. Observa, por fim, que diante do histórico das obras, o novo projeto de fundações e eventuais revisões do projeto estrutural estão sendo acompanhados com um nível de detalhamento maior, com verificações em campo e revisões amostrais dos cálculos.

114. No relatório de auditoria, por sua vez, a análise da equipe foi sintetizada nos seguintes termos:

Embora não houvesse nenhum indicativo visível de problemas na fundação até o início da 3ª etapa das obras, eles decorreram, entre outros motivos, de falhas durante as fases de elaboração do projeto e de execução das fundações. **Assim ainda que de difícil previsão, os problemas**

**não eram imprevisíveis.** Além disso, cabe ressaltar que as fiscalizações e decisões do TCU não tem por natureza o condão de conferir atestado de regularidade sobre o objeto fiscalizado, mas constituem somente cognições de exames específicos empreendidos no âmbito de cada fiscalização, conforme ponderado no Voto condutor do Acórdão 2.843/2008-TCU-Plenário. (peça 25, p. 18)

### Análise

115. No que tange às falhas que levaram à necessidade de execução de serviços adicionais, ou de implantação de novas fundações, vale chamar atenção para o fato de que a análise quanto à sua imprevisibilidade não pode se dar de forma absoluta.

116. Vale transcrever, quanto a esse aspecto, alguns trechos elucidativos dos fundamentos da Decisão 215/1999-TCU-Plenário:

As modificações qualitativas devem ser decorrentes de fatos supervenientes que impliquem em "dificuldades **não previstas ou imprevisíveis por ocasião do pacto inicial**", devendo corresponder ainda a uma alteração de circunstâncias fáticas levadas em consideração por ocasião da avença.(8) A Administração há que também evidenciar que "**a solução localizada na fase da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada**".

(...)

Carlos Ari Sundfeld sintetiza "as condições em que, sem qualquer violação das normas constitucionais, os contratos administrativos admitem alteração, para acréscimo de quantidades, acima de 25% do valor original (ou 50%, no caso de reforma)", sob a forma seguinte:

(...)

e) os trabalhos a serem acrescidos devem ser motivados por dificuldades de ordem técnica não previstas e **razoavelmente imprevisíveis** desde o início; (trecho do voto revisor da Decisão 215/1999-TCU-Plenário, da lavra do Exmo. Ministro Adylson Mota; peça 45, p 24-26 — grifos acrescidos).

117. A própria redação do aludido julgado, que menciona "fatos supervenientes **que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis**" evidencia que o enfoque da análise deve estar nas dificuldades advindas do fato superveniente e não na imprevisibilidade do fato em si (grifo nosso). No presente caso, não há dúvidas de que a detecção das falhas somente se deu após a contratação e início da execução da 3ª etapa das obras, o que configura a superveniência.

118. Quanto às dificuldades advindas das falhas nas fundações originais, também não resta dúvida de que não eram previstas por ocasião da contratação da 3ª etapa. Conforme demonstram os registros da peça 15, que traz um breve histórico das contratações, a ordem de serviço para a referida etapa foi emitida com previsão de início em 23/05/2011. Somente em 29/6/2012, após o início dos serviços, a contratada notificou o TRT sobre a identificação de "falhas no projeto estrutural e no projeto de fundações do edifício, bem como, graves defeitos na execução das estacas da fundação, executadas na 2.ª Etapa da obra" (peça 15, p. 4). O relatório de auditoria também faz menção a essa notificação (peça 25, p. 21-22).

119. Depois contrapor os argumentos apresentados pela empresa executora da 3ª etapa e aqueles apresentados pelas empresas responsáveis respectivamente, pela elaboração dos projetos e pela execução das fundações, diante da ausência de consenso e da complexidade do caso, o TRT contratou o Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo (IPT) para realizar perícia técnica. Apenas em 2/4/2013, conforme registrado no relatório de auditoria, o IPT emitiu relatório técnico em que concluiu pela necessidade de descarte de parte das fundações executadas (peça 25, p. 22).

120. A necessidade de contratação de perícia técnica, bem como de interlocuções entre o TRT e as diversas equipes técnicas envolvidas — das empresas executoras da 1ª, 2ª e 3ª etapas; dos técnicos do IPT, da empresa responsável pela elaboração dos novos projetos e da equipe técnica do

TRT —, até que se chegasse a uma conclusão definitiva sobre a extensão do comprometimento das fundações então executadas, comprovam que essas dificuldades não eram previstas.

121. Analisa-se, adicionalmente, a questão da imprevisibilidade das dificuldades advindas de modo a esclarecer que também esse quesito se faz presente no caso em análise.

122. A possibilidade de falhas tanto no projeto quanto na execução de obras de engenharia é inerente ao objeto, uma vez que depende da concatenação de diversos fatores e com preponderância da intervenção humana, seja no estudo e na definição das soluções, seja na operação de máquinas, equipamentos e ferramentas que concretizarão tais soluções.

123. No entanto, a possibilidade sempre presente de que ocorram falhas não significa que as consequências delas decorrentes sejam previsíveis. No presente caso, ainda que houvesse algum grau de previsibilidade em relação a eventuais falhas, afigura-se excessivo considerar que fossem previsíveis falhas da magnitude das verificadas e com a gravidade das consequências a elas associadas.

124. Importa diferenciar, nesse aspecto, a possibilidade de detecção das falhas no âmbito da fiscalização promovida pelo TRT sobre as etapas anteriores do empreendimento da sua previsibilidade no momento processual posterior, a partir da perspectiva da contratação da 3ª etapa.

125. Quanto à possibilidade de detecção, o encaminhamento dado pelo TCU no acórdão que julgou a auditoria permitirá a adequada apuração dos fatos e a eventual responsabilização dos agentes que possam, mediante conduta reprovável, ter dado causa aos prejuízos verificados.

126. Para a aferição da previsibilidade, por outro lado, é imprescindível que o juízo seja temperado pelo princípio da razoabilidade. Os argumentos apresentados pelo TRT acerca desse quesito evidenciam que, na perspectiva do gestor, havia um conjunto razoável de elementos para presumir que não seria necessário o descarte completo das fundações até então executadas, o que só veio a ser revelado posteriormente, com a realização de estudos aprofundados.

127. Considerando que a contratação da 3ª etapa ocorreu a partir do encadeamento de diversas decisões tomadas em regular ambiente processual, do qual decorre a presunção de validade e de legitimidade dos atos que a antecederam, é forçoso reconhecer que não havia outra alternativa ao gestor senão considerar adequadamente concluídas as etapas anteriores e, a partir desse pressuposto, conformar as condições de execução das etapas subsequentes.

128. A partir dessa presunção, ainda que fosse previsível a ocorrência de falhas pontuais de menor monta, que tivessem escapado aos controles impostos pela Administração e pelas diversas instâncias técnicas envolvidas, não é razoável concluir que dentro dessa esfera de previsibilidade possa ser incluída uma falha tão grande e com consequências tão amplas como as verificadas no presente caso.

129. O argumento apresentado pelo TRT em relação aos custos do controle e à impossibilidade de uma verificação minuciosa em cada fase do empreendimento é válido na medida em que representa uma condição de eficiência da atividade administrativa. A exigência de uma verdadeira revisão de trabalho técnico, contratado mediante a seleção de profissionais extremamente especializados, cuja regulação profissional assegura certo grau de confiabilidade, a cada etapa do processo implicaria uma subversão da lógica de contratação.

130. Por fim, cabe fazer algumas ponderações sobre a análise procedida pela equipe de auditoria no sentido de reforçar que “as fiscalizações e decisões do TCU não tem por natureza o condão de conferir atestado de regularidade sobre o objeto fiscalizado, mas constituem somente cognições de exames específicos empreendidos no âmbito de cada fiscalização”.

131. A despeito da correta compreensão expressa nesse juízo, não se pode ignorar que o fato

de se haver realizado uma auditoria sobre determinado objeto, sem a detecção de irregularidades mais graves, gera, sob a perspectiva do gestor médio, um reforço à presunção de regularidade que já se consubstanciara no cumprimento das etapas processuais previstas. Em função disso, a auditoria do TCU, embora não assegure, por si só, a conformidade do objeto em todas as suas dimensões, pode reforçar ou enfraquecer presunção de legitimidade preexistente.

132. Diante do exposto é possível reconhecer que, a partir do conjunto de informações de que dispunha o TRT à época da contratação da 3ª etapa das obras, as falhas nas fundações bem como as dificuldades delas advindas eram desconhecidas e imprevisíveis, o que configura o preenchimento do requisito em análise.

**B5. Requisito VI - demonstrar-se que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário; inclusive quanto à sua urgência e emergência;**

**B5.1 Análise preliminar das condições abstratas para preenchimento do requisito**

133. Para a análise do presente requisito, considerado o mais complexo dos elencados na Decisão 215/1999-TCU-Plenário, importa desvendar os limites do conceito de “sacrifício insuportável ao interesse público primário” empregado naquele contexto. O trecho a seguir transcrito traz alguns elementos importantes para esclarecimento da questão:

Além de bilaterais e qualitativas, **sustentamos que tais alterações sejam excepcionalíssimas**, no sentido de que sejam realizadas **quando a outra alternativa** - a rescisão do contrato, seguida de nova licitação e contratação - **significar sacrifício insuportável do interesse coletivo primário a ser atendido pela obra ou serviço. Caso contrário, poder-se-ia estar abrindo precedente para, de modo astucioso, contornar-se a exigência constitucional do procedimento licitatório e a obediência ao princípio da isonomia.**

Ora, **se o interesse coletivo primário exigir a revisão contratual, esta deve ser implementada pela Administração, porque aquele é seu objetivo, ademais indisponível.**

Sabe-se que a rescisão contratual, por interesse público, com vistas a nova licitação e contratação, a que já se fez referência, traz uma série de consequências: a indenização de prejuízos causados ao ex-contratado, como, por exemplo, os custos com a dispensa dos empregados específicos para aquela obra; o pagamento ao ex-contratado do custo da desmobilização; os pagamentos devidos pela execução do contrato anterior até a data da rescisão; **a diluição da responsabilidade pela execução da obra; e a paralisação da obra por tempo relativamente longo - até a conclusão do novo processo de contratação e a mobilização do novo contratado -, atrasando o atendimento da coletividade beneficiada.**

**Somente quando tais consequências forem gravíssimas ao interesse coletivo primário é que se justificaria a revisão contratual**, qualitativa e consensual, que importe em superação dos limites econômico-financeiros previstos nos §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93 (trecho do parecer do Sub-Procurador Geral do Ministério Público junto ao TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado, adotado como relatório da Decisão 215/1999; peça 45, p. 12-13 – grifos acrescidos).

134. No primeiro parágrafo acima transcrito, fica evidente que a ponderação em relação ao eventual sacrifício do interesse público está colocada em contraposição ao risco de um arbitrário desvio dos deveres constitucionais de licitar e de observar o princípio da isonomia. Tal desvio somente poderia ser tolerado em situações excepcionalíssimas e com a devida fundamentação.

135. Dos trechos subsequentes sobressai a questão dos reflexos que a alternativa de promover nova licitação traria ao interesse público primário, o qual se identifica com a própria realização do objeto contratual, conforme será demonstrado mais adiante.

136. Outro ponto relevante a ser explicitado para compreender o alcance das expressões contidas no requisito ora analisado é o contexto das discussões que condicionaram a redação final

da Decisão. A proposta de decisão do relator do processo, em consonância com a proposta da Unidade Técnica, foi pelo não conhecimento da consulta, por se tratar de caso concreto. Tal proposta ia de encontro à análise contida no Parecer do Ministério Público junto ao TCU, que propunha a apreciação pelo tribunal e seu pronunciamento sobre o caso em tese.

137. Todavia, rejeitada pelo plenário a preliminar de que a consulta versaria sobre caso concreto, o Exmo. Ministro José Antônio B. de Macedo, relator do feito, votou pelo conhecimento da consulta para respondê-la nos termos propostos pelo Ministério Público, que sugeria, após minuciosa análise das questões levantadas, a seguinte redação:

- a) tanto as alterações contratuais unilaterais quantitativas – que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1.º e 2.º da Lei 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;
- b) é permitido à Administração ultrapassar os aludidos limites, na hipótese de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionais, no sentido de que só seriam aceitáveis quando, no caso específico, a outra alternativa - a rescisão do contrato por interesse público, seguida de nova licitação e contratação – significar sacrifício insuportável ao interesse coletivo primário a ser atendido, pela obra ou serviço; ou seja, a revisão contratual qualitativa e consensual, que ultrapasse os limites preestabelecidos no art. 65, § 1.º, da Lei 8.666/93, somente seria justificável, no caso concreto, quando as conseqüências da outra alternativa - a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação - forem gravíssimas ao interesse público primário (peça 45, p. 13-14).

138. A apresentação do voto foi sucedida por um pedido de vistas do Exmo. Ministro Adylson Motta, que apresentou, em sessão posterior, um voto revisor trazendo as seguintes considerações:

(...) o aditamento de alterações qualitativas ao objeto fora dos limites legais deve ser considerado sob o ângulo da estrita **excepcionalidade**, com a fixação necessária de limites implícitos e explícitos à atividade discricionária dela decorrente.

A esse respeito, ressalta dos autos a peculiaridade da questão posta pelo Consultante, que consiste no fato de que a hipotética alteração qualitativa, embora não contribuísse para a redução dos referidos acréscimos ao limite legal, traria como vantagens a **diminuição do prazo de conclusão da obra e o início antecipado da acumulação de água na barragem. Entendo que esta particularidade, por si só, não tem o condão de justificar a superação dos limites legais de alteração contratual.**

Vivemos em um país com enormes carências crônicas de toda ordem, com emergências e urgências constantes na alocação de recursos públicos em várias áreas prioritárias como saúde, educação e segurança, e nessas circunstâncias **é muito temerário afirmar com segurança se a satisfação do interesse público primário se dá pela satisfação incontinenti de necessidades específicas de um grupo social determinado ou se pela busca do melhor preço pela Administração por meio de nova licitação, dando maior poder de compra aos parques recursos públicos e possibilitando a satisfação desta e de outras carências tão prementes quanto a primeira.**

Quanto aos casos em que o fator tempo é preponderante para a satisfação eficiente do interesse público primário, entendo que eles se restringem apenas às hipóteses legalmente reguladas de dispensa de licitação, desde que atendidos os requisitos da urgência, estado de calamidade etc. (art. 24, inciso IV). Logo, **descabe aventar, de forma exclusiva, a diminuição do prazo de conclusão como razão suficiente para o aditamento além dos limites legais.**

Com relação a esses limites, verifica-se inegável preocupação da doutrina em identificá-los e fixá-los. (...)

(...)

Como visto, as conclusões doutrinárias transcritas em nada destoam da apresentada pelo douto Procurador-Geral em exercício. Todavia, dispõe o § 2º do art. 1º da Lei Orgânica que **a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, e isto me faz apreensivo quanto aos efeitos da resposta proposta por Sua Excelência no que pertine à segunda questão examinada. Entendo que estabelecer simplesmente que "a revisão contratual qualitativa e consensual, que ultrapasse os limite preestabelecidos no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93, somente seria justificável, no caso concreto, quando as conseqüências da outra alternativa - a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação - forem gravíssimas ao interesse público primário", é deixar desidiosamente ao talante do administrador, sem a observância de quaisquer limites a sua atividade discricionária, a verificação da ocorrência ou não de graves prejuízos ao interesse público primário, o que certamente poderá ensejar abusos inadmissíveis.**

Se a quaestio juris ainda não tivesse sido suficientemente analisada pelos especialistas, talvez poder-se-ia adotá-la como ponto de partida para uma ulterior construção jurisprudencial, mas, como demonstrado exaustivamente nos parágrafos anteriores, há farta doutrina no sentido de **delimitação de pressupostos para o exercício dessa faculdade deferida à Administração pelo ordenamento jurídico brasileiro.**

Isto posto, Voto por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto a deliberação deste Plenário. (trecho do voto revisor do Exmo. Ministro Adylson Motta, voto condutor da Decisão 215/1999; peça 45, p. 23-26 — grifos acrescentados)

139. Há três aspectos fundamentais a se destacar no trecho acima transcrito. O primeiro deles é que a simples antecipação do término da obra não constitui, por si só, justificativa suficiente para a extrapolação dos limites de alteração contratual legalmente estabelecidos. Se assim fosse, praticamente toda e qualquer situação em que se ponderassem as alternativas de alteração contratual e nova licitação, penderia para a primeira opção, em face dos prazos necessários à adoção dos procedimentos próprios da licitação.

140. O segundo aspecto é que a eventual antecipação dos benefícios sociais deve ser ponderada em contraponto com os benefícios decorrentes da possível economia de recursos proporcionada pela obtenção de melhor preço em um novo procedimento licitatório.

141. De acordo com a reflexão trazida no voto revisor, tal questão também se liga à contraposição entre interesse público primário, representado pelo interesse mais geral da sociedade como um todo, e o interesse na satisfação das necessidades específicas de um grupo social determinado.

142. A partir dessa reflexão mostra-se necessário avaliar se a alternativa adotada no caso concreto submete-se, preponderantemente a esse interesse público primário, ou a interesses mais restritos, não somente ao interesse de grupos sociais específicos alheios à Administração, mas ao interesse de grupos específicos da própria Administração, o que caracterizaria o interesse público secundário.

143. O terceiro aspecto a se destacar, talvez o mais relevante para o deslinde da questão, refere-se ao fato de que as alterações promovidas pelo voto revisor na proposta inicial de decisão visaram à “delimitação de pressupostos para o exercício dessa faculdade deferida à Administração pelo ordenamento jurídico brasileiro”, qual seja a faculdade de verificar a “ocorrência ou não de graves prejuízos ao interesse público primário”.

144. De acordo com o trecho destacado, estabelecer os requisitos para extrapolação dos limites de alteração contratual nos termos originalmente propostos pelo Ministério Público, sem a delimitação mais detalhada dos pressupostos que devem ser observados poderia “ensejar abusos inadmissíveis”.

145. Desse entendimento decorre que a inclusão dos pressupostos detalhados nos itens I a V da Decisão 215/1999 representam, em última análise, uma espécie de detalhamento dos requisitos que devem ser observados na aferição do cumprimento do item VI, o qual apresenta notável similaridade com a redação proposta originalmente pelo Ministério Público, conforme pode ser verificado no quadro a seguir:

Redação sugerida pelo Ministério Público	Redação Final do item VI da Decisão 215/1999
<p>b) é permitido à Administração ultrapassar os aludidos limites, na hipótese de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas, no sentido de que só seriam aceitáveis <b>quando</b>, no caso específico, a outra alternativa - a rescisão do contrato por interesse público, seguida de <b>nova licitação</b> e contratação - <b>significar sacrifício insuportável ao interesse coletivo primário a ser atendido, pela obra ou serviço</b>; ou seja, a <b>revisão contratual qualitativa e consensual, que ultrapasse os limites preestabelecidos</b> no art. 65, § 1.º, da Lei 8.666/93, somente seria justificável, no caso concreto, <b>quando as consequências da outra alternativa</b> - a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação - <b>forem gravíssimas ao interesse público primário.</b></p>	<p>b) nas hipóteses de <b>alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços</b>, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:</p> <p>(...)</p> <p>VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o <b>aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa</b> (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) <b>importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse</b>; inclusive quanto à sua urgência e emergência;</p>

146. Feita essa análise introdutória do requisito, passa-se à apreciação das características do caso concreto em face dos parâmetros que necessitam ser aferidos.

### **B.5.2 Análise do presente caso face aos contornos delimitados no item B.5.1**

147. Inicialmente, em consonância com a análise preliminar acima, destaca-se que o preenchimento dos requisitos anteriormente analisados nos itens B.1 a B.4 desta instrução configura um relevante indicativo do provável preenchimento do sexto e último requisito, sendo necessário aferir alguns aspectos adicionais de modo a demonstrar se este preenchimento é pleno ou apenas parcial.

148. Conforme análise explanada no tópico B.2, o preenchimento do requisito detalhado no item I da Decisão 215, referente à comparação dos encargos previstos para cada alternativa (aditar ou licitar), evidencia que a vantajosidade potencial de um novo procedimento licitatório, do ponto de vista de economia de recursos, foi mitigada pela excepcionalidade dos condicionantes que cercavam a obra após o fracasso da primeira tentativa de licitar a 3ª etapa das obras e a detecção dos problemas nas fundações após o início efetivo dessa etapa.

149. Nesse aspecto, tanto o risco de fuga arbitrária ao dever de licitar quanto um eventual prejuízo ao interesse público primário, relacionado à economia que poderia ser obtida em um novo procedimento licitatório, ficam afastados.

150. O próprio Acórdão 2.742/2015-TCU-Plenário, que julgou a auditoria realizada na 3ª etapa das obras, já confirmou esse entendimento ao acompanhar os pronunciamentos dos titulares da Unidade Técnica e da Subunidade que, dissentindo da análise realizada pela equipe de auditoria, concluiu não estar configurada irregularidade de fuga ao dever de licitar. O trecho a seguir evidencia alguns dos relevantes aspectos já apreciados pelo Tribunal.

Manifesto-me de acordo com a análise e proposta do Diretor e Secretário da unidade instrutiva.

Em relação ao achado constante do item 6.1, a unidade técnica apurou que o TRT/ES está adotando as medidas administrativas referentes à responsabilização e ressarcimento decorrente da irregularidade em tela. Considero adequada a proposta de conceder prazo para que sejam encaminhadas informações ao TCU sobre tais medidas.

Quanto ao achado citado no item 6.2, entendo, em sintonia com o Diretor e o Secretário da SeinfraUrbana, ser razoável que os novos serviços de fundação possam ser enquadrados no art. 65, inciso I, alínea “a”, da Lei 8.666/1993. Esta opção adotada pelos gestores do TRT/ES permite que os serviços interdependentes, de fundação e de superestrutura, estejam sob a responsabilidade da mesma empresa.

**Concordo com os dirigentes da secretaria técnica no sentido de que, para o caso em concreto, não havendo, em princípio, indício de sobrepreço, e tendo em vista: (I) a paralisação da obra e os custos dela decorrentes, (II) a demora para elaboração e realização para novo procedimento licitatório, e (III) os eventuais riscos/problemas advindos da execução de serviços interdependentes por empresas diferentes, como foi o caso da obra em tela, resta justificada a conduta dos gestores do TRT/ES para incluir no contrato então existente** (voto condutor do Acórdão 2.742/2015-TCU-Plenário; peça 30, p. 3-4 – grifos acrescidos).

151. Em relação à ocorrência de uma suposta fuga ao dever de licitar, importa esclarecer que a questão deve ser avaliada sob dois prismas principais. O primeiro deles, já plenamente pacificado pelo Acórdão 2.742/2015-TCU-Plenário refere-se à ponderação do dever de licitar ante a identificação da necessidade de realização de serviços adicionais para a adequada conclusão do objeto do contrato.

152. O segundo prisma, mais próximo ao cerne da questão que se analisa na presente instrução, refere-se ao dever de licitar ante a iminência de extrapolação dos limites de alteração contratual. Esse prisma é exatamente o que diferencia a possibilidade já reconhecida pelo TCU de enquadramento do aditivo contratual na hipótese do art. 65, inciso I, alínea “a”, da Lei 8.666/1993, da possibilidade de seu enquadramento na Decisão 215/1999, o que ainda não foi apreciado na extensão necessária à adequada elucidação da controvérsia trazida aos autos.

153. No presente caso, de acordo com relato da equipe de auditoria, a obra encontrava-se com percentual de execução inferior a 18% e, caso o aditivo pertinente às fundações não fosse enquadrado nos requisitos da Decisão 215/1999, o percentual de alteração contratual atingido seria de 22,89% naquele momento, o que corresponde a 91,56% do limite de 25% estabelecido no art. 65, § 1.º, da Lei 8.666/93.

154. Esse fato é preponderante para avaliação do contexto da obra, na medida em que todo o esforço da Administração em se prevenir contra os riscos que se associavam à alternativa de promover uma nova licitação, cuja fundamentação e legitimidade já foram reconhecidos por este Tribunal, tornar-se-ia inócuo ante a provável e iminente obrigação de, pouco mais adiante e muito antes do término da 3ª etapa prevista da obra, realizar novo procedimento licitatório para evitar a extrapolação dos limites de alteração contratual, incorrendo em riscos semelhantes aos apontados anteriormente.

155. Vê-se, portanto, que o reconhecimento da legalidade do ato realizado pelo TRT sob o primeiro prisma, associado aos percentuais de execução da obra e de alterações então atingidos,

constituem um relevante indicador que, também sob o segundo prisma, deve ser reconhecida a legitimidade da fundamentação apresentada.

156. Não se pode deixar de reconhecer, também, a postura diligente do gestor, que buscou fundamentar de forma antecipada o enquadramento na Decisão 215/1999, uma vez que (i) as condições verificadas eram compatíveis com os requisitos previstos; e (ii) o reconhecimento desse enquadramento, conforme demonstrado acima, era fundamental para garantir a eficácia do esforço em afastar/mitigar os diversos riscos associados à paralisação da obra e à realização de novo procedimento licitatório.

157. No que concerne à redução do prazo para a conclusão da obra e à consequente antecipação dos benefícios sociais dela advindos, convém ressaltar que esse fator, embora presente e relevante no presente caso, em especial para caracterização de urgência e emergência, não constitui o único elemento de ponderação invocado para que se reconheça o enquadramento na Decisão 215/1999. Tal condição mostra-se também em consonância com os esclarecimentos expostos na análise introdutória do tópico B.5.1 desta instrução.

158. Diante dessas constatações restaria pendente de análise complementar, no presente tópico, duas dimensões específicas manifestas no requisito VI, que são o interesse coletivo primário e a urgência/emergência envolvidos na solução do impasse que se apresentava à Administração. Essas dimensões, que já foram abordadas em alguma medida na análise dos requisitos anteriores, serão tratadas a partir dos argumentos trazidos pelo embargante.

### Argumentos

159. Nas alegações que visavam justificar o preenchimento do sexto e último requisito previsto, afirma o recorrente que os custos com manutenção do canteiro, rebaixamento do lençol freático, realização de novo certame — com o emprego de considerável força de trabalho especializada — associado a um novo adiamento do término da obra, sem qualquer garantia de sucesso para uma possível nova licitação seriam inquestionáveis. E ainda que, mesmo superando-se imediatamente os impasses existentes, seriam necessários mais, pelo menos, três anos de obra, com término previsto para 2017, quando a previsão original de conclusão era o ano de 2011.

160. Faz menção à precariedade das instalações então utilizadas pelo TRT, que funcionariam em cinco prédios distintos, com prejuízos à logística e à eficiência operacional no cumprimento de sua missão institucional. Apresenta, para subsidiar as afirmações, dados sobre pesquisas realizadas para aferir a opinião dos usuários sobre tais instalações, uma voltada à avaliação pelo público externo e outra pelo público interno, ambas expressando resultados significativamente insatisfatórios.

161. Assevera ainda que o adiamento da solução para entrega do edifício constitui “sacrifício insuportável ao interesse coletivo primário”, gerando prejuízos não somente ao público que recorre à Justiça do Trabalho, mas também a “servidores e magistrados que também são cidadãos” e necessitam de condições adequadas para prestar “relevante e essencial serviço à sociedade” sem prejuízo de sua saúde, bem-estar e segurança.

162. E conclui que, mesmo não se tendo extrapolado os limites de alteração contratual com o aditivo em tela, entendeu-se oportuno enquadrá-lo nas hipóteses excepcionais previstas na Decisão 215/1999 ante a possibilidade de que tal fato ocorresse futuramente.

163. Na análise promovida pela equipe de auditoria em seu relatório, concluiu-se que: embora importantes, [os argumentos] não são suficientes, haja vista que **postergar uma situação já vivenciada** há muitos anos pelo TRT 17ª Região, de **desconforto para os seus servidores e usuários**, não caracteriza a situação de “sacrifício insuportável” ao interesse público primário, principalmente quanto à urgência e emergência alegada para a conclusão da

obra (peça 37, p. 19 – grifos acrescentados).

164. Em adição aos argumentos que haviam sido apresentados anteriormente, buscando melhor caracterizar o interesse público primário em questão, transcreve o TRT, em sua peça recursal, um extenso excerto do relatório e voto que fundamentaram o Acórdão 1.457/2009-TCU-Plenário (peça 37, p. 22-26).

165. O referido acórdão, avaliando a possibilidade de aplicação de recursos provenientes de ajustes entre órgãos do Poder Judiciário e instituições financeiras oficiais para a administração de depósitos judiciais, precatórios e requisições de pequeno valor, consignou que deveriam ser utilizados “exclusivamente na obtenção do interesse público primário do órgão, qual seja, em projetos e atividades que impliquem a efetiva e direta melhoria da prestação jurisdicional”.

166. Alega, em oposição à análise realizada pela equipe de auditoria, que da justificativa apresentada pela Administração sobressai que a questão ultrapassa um mero “desconforto para os seus servidores e usuários”. Argumenta que a correta e eficiente aplicação dos recursos públicos é um anseio de toda a sociedade brasileira, especialmente no contexto atual, em que são frequentes escândalos de corrupção, ineficiência administrativa e déficit orçamentário, e que a atuação de preservar o erário vai além da perseguição do “interesse público primário da Justiça do Trabalho, refere-se ao atendimento do interesse público primário do Estado Democrático de Direito”.

167. Argumenta ainda que admitir a hipótese de que a obra tem por finalidade apenas melhorar uma situação de desconforto seria “rechaçar o juízo de mérito administrativo já realizado por este Tribunal e órgãos de controle do Poder Judiciário — CSJT e CNJ — e também pelo Poder Legislativo, quando este entendeu por bem destinar recursos para a execução do projeto”, que figura como um dos projetos estratégicos do TRT, devidamente inserido no Plano Plurianual.

168. E conclui que “a justificativa para a construção do novo edifício sede não é outra senão a melhoria efetiva da prestação jurisdicional” por meio da promoção de maior eficiência na atuação de servidores e magistrados, bem como no atendimento direto ao jurisdicionado. Tal melhoria estaria associada, entre outros fatores, ao oferecimento de condições adequadas de (i) ergonomia do trabalho; (ii) infraestrutura física; (iii) acessibilidade aos espaços e serviços públicos prestados; (iv) higiene e saúde.

169. Acrescenta ainda manifestação da equipe técnica do TRT que faz referência aos fatores adversos considerados, entre os quais o risco de acumulação de água na região da escavação ocasionando o “tombamento da parede diafragma executada e conseqüente destruição da base das estruturas adjacentes, edificações vizinhas e vias públicas”. E conclui que “as alternativas ao aditamento efetuado, ou ofereceriam risco inadmissível à segurança da edificação, ou provocariam danos com custos injustificáveis à União, ofendendo claramente o interesse coletivo”.

### **Análise**

170. A análise da equipe de auditoria, contrastando com o posicionamento defendido pela administração do TRT, identificou a finalidade da obra com a realização do interesse público secundário do Órgão, desconsiderando relevantes aspectos relacionados à inserção do empreendimento no contexto da necessária melhoria das condições de infraestrutura para a consecução dos objetivos institucionais daquele Tribunal.

171. Divergindo dessa posição, defendida no relatório de auditoria, entende-se que, embora o interesse público secundário do Órgão esteja inegavelmente presente no caso em tela, tal condição não afasta a incidência do interesse público primário, que representa os interesses da coletividade como um todo. Pelo contrário, é exatamente na convergência entre essas duas dimensões do interesse público que se situa o objeto da contratação.

172. E é dessa convergência que decorre a legitimidade do Órgão para promover a alteração

contratual, dentro dos limites legais, conforme já reconhecido pelo TCU no Acórdão que julgou a auditoria da 3ª etapa das obras. O trecho a seguir transcrito, do parecer do Ministério Público que subsidiou a Decisão 215/1999, revela importantes questões sobre o tema:

Iniciamos o percurso, lembrando que a mutabilidade é da própria natureza do contrato administrativo, é imanente a ele.

Pode-se dizer que, faltando a prerrogativa, ou melhor, o dever-poder da Administração para instabilizar o vínculo, mediante alteração ou rescisão unilateral, não existe contrato administrativo.

Bom de ver que tal prerrogativa não decorre de uma condição de superioridade própria da Administração em relação ao contratado, mas senão de sua condição de curadora dos interesses públicos primários, também denominados interesses coletivos primários.

É a supremacia do interesse público e a indisponibilidade deles que fundamenta a existência do contrato administrativo e do seu traço distintivo: a mutabilidade.

(...)

O interesse público primário — às vezes distinto do interesse da Administração, que é o interesse público secundário — é não só o fundamento da mutabilidade nos contratos administrativos, como também o seu real limite, como se verá.

(...)

Quase sempre, as alterações qualitativas são necessárias e imprescindíveis à realização do objeto e, conseqüentemente, à realização do interesse público primário, pois que este se confunde com aquele (peça 45, p. 5-7).

173. Os argumentos apresentados pelo recorrente evidenciam a relação direta entre a realização do objeto da contratação e a adequada prestação jurisdicional, missão atribuída constitucionalmente ao Órgão e essencial à tutela de direitos fundamentais que são caros a toda a sociedade, representando as próprias bases de sua organização e funcionamento.

174. Entretanto, verifica-se, no caso concreto, que, embora possa haver certa precariedade na atual estrutura física ocupada pelo TRT-ES, não está ocorrendo impedimento à efetiva prestação jurisdicional daquele órgão à sociedade, a qual, afinal, é a sua missão institucional.

175. Ou seja, a falta da obra não está impedindo o TRT-ES de prestar seus relevantes serviços jurisdicionais à sociedade. Se fosse esse o caso, haveria, de fato, uma situação que configuraria, por si só, sacrifício insuportável ao interesse público primário.

176. Nada obstante, reitera-se que a verificação do preenchimento desse último requisito ora analisado não se dá por um único enfoque, mas pelo conjunto de fatores que foram abordados ao longo desta instrução. Citam-se, de forma exemplificativa, outros elementos que reforçam o sentido de urgência e emergência da situação verificada:

a) a postergação estimada da data de entrega das obras, inicialmente previstas para o ano de 2011, para o ano de 2017;

b) os valores despendidos entre a data de identificação do problema nas fundações e o momento de formalização do aditivo contratual, que superavam os R\$ 4 milhões;

c) os riscos de prejuízo aos serviços já executados e até mesmo às estruturas das edificações vizinhas associados à paralisação da obra;

d) a questão da diluição das responsabilidades por uma obra que já apresentava uma série de problemas atípicos;

e) o limitador que tais condicionantes representavam para a atratividade de novos interessados em assumir a obra, em condições de preço mais vantajosas para administração, na

hipótese de um novo certame.

177. Em outras palavras, haveria risco de perda dos serviços já executados em caso de eventual falta de rebaixamento do lençol freático ou de custos elevados de paralisação com manutenção de canteiro e com bombeamento em ponteiros filtrantes para a realização de novo torneio licitatório.

178. Somado a todos esses fatores, considera-se preponderante o grau de incerteza que envolvia a alternativa de promover novo certame licitatório. Embora a estimativa, considerada otimista pela Administração, fosse de paralisação dos serviços e consequente postergação da entrega final da obra por no mínimo um ano; os riscos de que tal paralisação se estendesse por um período indeterminado, muito superior a esse, implicando custos crescentes de manutenção e operação do canteiro de obras e das instalações ocupadas pelo TRT-ES, eram reais.

179. Em face de todos esses condicionantes é que se reconhece a aderência dos atos praticados pelo TRT-ES, na conformação e fundamentação das alterações contratuais concernentes às fundações de seu edifício sede, à finalidade última da atuação estatal, que consiste na realização do interesse público primário. Demonstrado que o interesse público primário encontra-se atendido na opção adotada (de promover a alteração contratual), necessariamente fica afastada a opção alternativa de licitar novamente o objeto, portanto, caracterizado o sacrifício insuportável a ela associado. Essa conclusão decorre do próprio princípio da indisponibilidade do interesse público primário, o qual vincula o administrador à adoção de soluções que melhor atendam a esse interesse.

180. Por fim, importa salientar que a vasta experiência do TCU na fiscalização de obras públicas revela que os problemas decorrentes de paralisações de empreendimentos em construção têm gerado incalculáveis prejuízos à sociedade brasileira, representando um gravíssimo quadro para a Administração Pública como um todo, dada a frequência e a intensidade com que são verificados.

181. Nesse cenário, reputa-se extremamente importante reconhecer a legitimidade das ações adotadas para garantir que obras públicas sejam finalizadas no menor prazo possível, desde que tais ações sejam implementadas no exercício das prerrogativas concedidas ao poder público para o adequado desempenho de suas funções e em consonância com os limites legais e constitucionais estabelecidos no ordenamento jurídico.

182. Deixar de reconhecer tal legitimidade, no presente caso, seria reforçar um enfoque legalista em detrimento de uma visão mais consentânea com a moderna Administração Pública, que exige muitas vezes dos gestores posturas mais arrojadas na busca de se atender ao interesse público primário, com mais eficiência, eficácia e efetividade.

183. Nesse sentido é que a existência de eventuais falhas ou insuficiências formais, no procedimento adotado pelo TRT-ES, devem ser superadas em prestígio ao interesse público que se revela, para além do presente caso, na necessidade de se promover uma nova tônica às obras públicas brasileiras.

184. Verificada a inexistência de irregularidades graves, no tocante ao aditivo formalizado com a empresa Paulo Octavio para execução das fundações, bem como a boa fé e a atitude diligente dos gestores, tudo isso associado ao reconhecido esforço de fundamentação dos atos praticados, bem como à caracterização das excepcionalidades que cercavam o caso, não é razoável concluir que a eventual extrapolação do limite de alteração contratual previsto no art. 65, § 1.º, da Lei 8.666/93 seja suficiente para impor à Administração a assunção de elevados riscos à concretização dos objetivos finais da contratação.

185. Do exposto, considera-se atendido também o presente requisito.

## CONCLUSÃO

186. Trata-se da análise de embargos de declaração opostos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – TRT-ES ao Acórdão 2.742/2015-TCU-Plenário, referente auditoria nas obras de construção do seu edifício-sede.

187. A partir de análise preliminar, reputam-se preenchidos os requisitos de admissibilidade, inclusive quanto ao interesse de agir, à tempestividade e à adequação. Também foi possível verificar, no exame dos condicionantes do caso, a existência de omissão consubstanciada na não apreciação, pelo TCU, de relevante questão suscitada no relatório de auditoria

188. Tal questão refere-se ao eventual enquadramento de alterações contratuais promovidas pelo TRT-ES, nos requisitos previstos pela Decisão 215/1999-TCU-Plenário. A manifestação do TCU sobre o mérito dessa questão mostra-se oportuna em face das excepcionalidades do caso concreto e dos desdobramentos previstos para a execução contratual.

189. A análise detalhada dos diversos fatores que condicionavam a execução da obra, bem como das motivações apresentadas pelo TRT-ES, permite concluir que, no caso em tela, a alternativa de rescisão contratual e promoção de novo certame licitatório mostrava-se mais gravosa à Administração, implicando custos adicionais e em riscos elevados se comparados à alternativa de aditamento contratual.

190. Além disso, não se vislumbrou, na condução dos atos que culminaram na assinatura do termo aditivo referente às fundações do edifício-sede do TRT-ES, qualquer afronta aos princípios orientadores elencados explicitamente na Decisão 215-1999-TCU-Plenário, quais sejam o da finalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

191. Diante dessas ponderações e da avaliação minuciosa de cada um dos itens que justificariam, em tese, a extrapolação dos limites de alteração contratual preestabelecidos no art. 65, § 1.º, da Lei 8.666/93; conclui-se que os aditivos contratuais pertinentes à fundação do edifício-sede do TRT-ES apresentam características aptas a serem enquadradas na referida decisão.

#### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

192. Do exposto, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

193. Conhecer dos Embargos de Declaração opostos pelo Sr. José Carlos Rizk, Presidente do TRT-ES, contra o Acórdão 2.742/2015-TCU-Plenário, com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287 do RI/TCU, para, no mérito, acolhê-los a fim de reconhecer o cumprimento dos requisitos da Decisão 215/1999-TCU-Plenário pela alteração contratual formalizada pelos 19º e 22º aditivos ao Termo de Contrato TRT 17ª n. 20/2010.

Seinfra Urbana, 13 de junho de 2016.

*(assinado eletronicamente)*

**Rommel Dias Marques Ribas Brandão**  
AUFC – Mat. 9491-9