PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Em análise, embargos de declaração opostos pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região - TRT/ES contra o Acórdão 2742/2015 - Plenário, nos autos de 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. Para contextualizar, antes de iniciar o exame propriamente dito dos embargos, essencial apresentar histórico da contratação do referido empreendimento, que evidencia a origem da controvérsia.

3. O problema começou com a divisão do processo de construção da sede em etapas, a seguir especificadas, apartando serviços interdependentes, de fundação e de superestrutura, com a execução por empresas diferentes:

a) 1ª Etapa – elaboração dos projetos executivos de Arquitetura e de Engenharia (contratada: NBC Arquitetura e Construções Ltda., valor: R$ 780.468,91);

b) 2ª Etapa – estaqueamento das fundações (contratada: Delta Construções S/A, valor: R$ 3.972.844,47);

c) 3ª Etapa – construção do edifício: fundações, estrutura, alvenarias, revestimentos, hidráulica, ar-condicionado, elevadores, etc. (contratada: Paulo Octavio Investimentos Imobiliários Ltda., valor: R$108.519.331,33);

d) 4ª Etapa – execução dos serviços complementares do edifício, como: marcenaria, comunicação visual, parte das instalações elétricas, materiais e serviços das instalações de controle de acesso, circuito fechado de TV, sistema de sonorização, equipamentos da coleta de lixo, etc. (será contratada posteriormente, em licitações específicas).

4. Após iniciar a execução da 3ª etapa, objeto da presente auditoria, a empresa responsável apontou falhas no projeto estrutural e no projeto de fundações do edifício, bem como graves defeitos na execução das estacas da fundação, realizadas na 2ª etapa. Para garantir o prosseguimento da obra com segurança, a Administração do TRT/ES contratou perícia técnica, realizada pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo S.A., que recomendou descartar as fundações então executadas para o edifício principal e elaborar um novo projeto.

5. Diante disso, a construção ficou paralisada por quase dois anos, período em que o contrato foi sendo aditivado para contemplar os serviços essenciais à manutenção do canteiro e o rebaixamento do lençol freático. Ademais, após a contratação do novo projeto e dos ajustes correspondentes, o TRT/ES incluiu, no contrato relativo à 3ª etapa da obra, a execução de reforço de fundação na forma de estacas tipo raiz, por meio do 19º termo aditivo, no valor de R$ 16.693.374,75, e do 22º aditivo, no montante de R$ 3.757.719,35. Assim, o Contrato 20/2010, firmado com a Construtora Paulo Octavio no valor de R$ 108.519.331,33, sofreu diversas alterações, mediante 22 termos aditivos, passando o valor do ajuste para R$ 173.526.584,41, considerados os montantes pagos em valores da época e o saldo atualizado com base em janeiro de 2014. O percentual executado da obra, até a data da auditoria, era de 17,81%.

6. A equipe de fiscalização considerou que a inclusão dos serviços referentes ao novo estaqueamento, no contrato vigente, afrontou ao disposto nos arts. 2º e 65 da Lei 8.666/1993, uma vez que não fazia parte do objeto originalmente contratado.

7. Foram, então, apontados dois achados de auditoria: deficiência no projeto executivo e fuga à licitação por meio de inclusão de objeto estranho ao licitado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55976111.

8. Por meio do Acórdão 2742/2015, o Plenário expediu determinação ao TRT/ES relativa à responsabilização e ao ressarcimento por danos referentes às falhas na fundação e no projeto estrutural do edifício em construção:

> 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. Contudo, no que se refere à inclusão no escopo contratual de serviços referentes à execução de novas fundações para o edifício, nos despachos proferidos nos autos, o Diretor e o Secretário divergiram da equipe de fiscalização. No relatório de auditoria, além da análise sobre as circunstâncias e os fundamentos legais que caracterizariam a fuga à licitação, a equipe avaliou os argumentos apresentados pelo TRT/ES em relação ao 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). Ao final, concluiu que 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.

10. Os dirigentes da unidade técnica, por outro lado, entenderam que não houve fuga ao procedimento licitatório, pois se trata de hipótese de alteração unilateral do contrato, prevista na alínea "a" do inciso I do art. 65 da referida lei. Ademais, não adentraram no mérito do atendimento ou não dos pressupostos estabelecidos na deliberação por considerar que não houve desrespeito ao limite de 25% para acréscimos ou supressões no contrato em questão, eis que os aditivos contratuais somavam, até aquele momento, acréscimo de 22% do valor da avença. Do mesmo modo, ante o acolhimento da manifestação do Diretor e Secretário, no voto e na proposta do acórdão apresentados por este Relator, integralmente acolhidos pelo Plenário, essa questão não foi aprofundada.

11. Nesse contexto, o TRT/ES opôs os presentes embargos de declaração, apontando omissão no *decisum* por não haver manifestação sobre o achado de auditoria referente à "fuga à licitação por meio de inclusão de objeto estranho ao licitado, com aderência indevida do 19º aditivo ao Termo de Contrato 20/2010 à Decisão 215/1999-Plenário". Em seus argumentos, o TRT/ES procurou demonstrar o atendimento dos requisitos constantes do item 8.1, "b", da Decisão 215/1999-Plenário. Registrou que a omissão ora apontada causará grande insegurança jurídica para os gestores que cuidarão da execução da 3ª etapa da obra. Requer seja a omissão sanada para reconhecer o cumprimento dos referidos requisitos pela alteração contratual formalizada pelos 19º e 22º Termos Aditivos ao Termo de Contrato TRT 17ª 20/2010.

12. Considerando relevantes os argumentos expostos pelo embargante, e com fundamento no art. 157, *caput*, do RI/TCU, encaminhei os autos à SeinfraUrbana para instrução, com a emissão de parecer conclusivo sobre a matéria.

13. A unidade técnica propõe, agora de forma unânime, conhecer dos embargos, para, no mérito, acolhê-los a fim de reconhecer o cumprimento dos requisitos da Decisão 215/1999-TCU-Plenário pela alteração contratual em tela.

14. Manifesto minha anuência à análise realizada pela SeinfraUrbana, de modo que adoto seus fundamentos como minhas razões de decidir.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55976111.

15. No que se refere à admissibilidade, presentes os requisitos aplicáveis à espécie, os embargos ora em análise devem ser conhecidos.

16. Quanto ao mérito, configurada a existência da omissão que ensejou a oposição da peça recursal, cabe acolhê-la e reconhecer que a alteração contratual formalizada para inclusão dos serviços referentes ao novo estaqueamento no Termo de Contrato TRT 17ª 20/2010 trata-se de situação excepcional que satisfaz cumulativamente os pressupostos estabelecidos na Decisão 215/1999-TCU-Plenário.

17. Esclareço que a omissão, na realidade, decorreu do entendimento de que, até aquele momento não havia falha passível de manifestação desta Corte, uma vez que o acréscimo de 22% ao contrato não extrapolava o limite de 25% previsto na Lei 8.666/1993. Nada obstante, forçoso admitir a relevância do exame da aderência do aditivo aos requisitos constantes da mencionada deliberação, considerando essencialmente os seguintes fatores apontados pela unidade técnica: "(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". É que a obra encontra-se ainda em estágio inicial, com execução inferior a 20%, e os aditivos já formalizados não incluem as alterações que serão necessárias em decorrência das correções no projeto estrutural (dimensões dos blocos de fundação, dos pilares etc.).

18. Como visto, falhas em fases anteriores da construção (na elaboração de projetos executivos e na execução de fundações) implicaram na inutilização das estacas sobre as quais se ergueriam a etapa da obra objeto da auditoria (correspondente à execução de superestrutura, vedações, cobertura, instalações elétricas e hidráulicas e todos os demais serviços de engenharia civil da nova edificação).

19. O equívoco, no meu entender, foi a opção adotada de executar separadamente serviços interdependentes, os quais deveriam estar, desde o início, sob a responsabilidade da mesma empresa.

20. A propósito, o diretor da unidade técnica registrou a autuação do TC 030.775/2015-9, com a finalidade de monitorar o cumprimento das determinações feitas pelo Acórdão 2.742/2015-TCU-Plenário, relativas à responsabilização e ressarcimento pelos danos decorrentes da inutilização das estacas hélice contínua e das falhas no projeto estrutural do edifício.

21. Assim, superada a questão referente à divisão da obra, resta avaliar as providências adotadas para o prosseguimento da construção. Creio que, descartado por perícia técnica o aproveitamento das fundações então executadas, não havia outra solução a ser adotada, senão a contratação da empresa responsável pela 3ª etapa para realização do reforço da fundação.

22. Os riscos decorrentes da execução dissociada já haviam sido experimentos pelo TRT/ES. Promover novo procedimento licitatório não me parece ser uma alternativa sensata, após os prejuízos sofridos exatamente em decorrência da contratação de empresas distintas. Especialmente a fim de evitar pulverizar as responsabilidades pela execução de partes da obra interdependentes e tratando-se de situação excepcional, entendo que havia fundamento suficiente para a realização dos serviços pela Construtora Paulo Octavio, seja por meio de contratação direta, seja pelo aditamento do ajuste.

23. No voto condutor do embargado Acórdão 2742/2015 - Plenário já havia manifestado minha anuência quanto à inclusão dos serviços no contrato vigente:

> 25. 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**.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55976111.

26. 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**.

24. Afastada, portanto, a irregularidade apontada pela equipe de auditoria referente à fuga à licitação por meio de inclusão de objeto estranho ao licitado, essencial analisar a questão relativa aos limites para alteração contratual fixados no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93, suscitada nos embargos.

25. As ponderações e a avaliação minuciosa efetivada pela SeinfraUrbana de cada um dos pressupostos previstos por esta Corte evidenciam que os aditivos contratuais pertinentes à fundação do edifício-sede do TRT/ES apresentam características excepcionais aptas a serem enquadradas na Decisão 215/1999-TCU-Plenário.

26. O voto revisor que fundamentou referida deliberação consignou a preocupação em delimitar a atuação do administrador, de modo a evitar abusos: "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."

27. Assim, por meio da Decisão 215/1999-TCU-Plenário, o Tribunal respondeu consulta formulada pelo então Ministro de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, no seguinte sentido:

> 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 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55976111.

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;

28. Além dos pressupostos explicitados nos subitens I a VI, o próprio *caput* do item "b" apresenta requisitos, nos quais, entendo, enquadram-se os aditivos em exame.

29. A inclusão dos serviços referentes ao novo estaqueamento tratou-se de alteração **consensual** (evidenciada no processo de negociação do qual decorreu), **qualitativa** (a adição dos serviços de fundação era tecnicamente essencial à construção do edifício sede, consistindo em modificação do projeto para melhor adequação técnica aos seus objetivos, nos termos do art. 65, inciso I, alínea "a" da Lei 8.666/1993) e **excepcionalíssima** (por diversas razões, entre as quais destaco as falhas em etapas anteriores da construção, os custos da paralisação da obra e os riscos advindos da execução de serviços interdependentes por empresas diferentes). Ademais, conforme registrado pela unidade técnica, não se vislumbra desvio patente dos **princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado**.

30. Julgo que os aditivos celebrados ajustam-se à decisão desta Corte também no que se refere aos pressupostos específicos, como bem fundamentou a SeinfraUrbana, na instrução reproduzida no relatório precedente. Em apertada síntese, considerando que a análise efetivada pela unidade técnica dispensa qualquer ressalva ou acréscimo, destaco que, no presente processo:

a) é razoável inferir que **a alteração contratual não acarretou encargos superiores aos oriundos de um novo procedimento licitatório**, diante dos custos com a paralisação da obra, das pesquisas de preços realizadas pelo TRT que apresentaram propostas com valores superiores ao orçamento base, da ausência de indício de sobrepreço no valor contratado, dos eventuais custos com desmobilização e com a nova mobilização da licitante vencedora em caso de rescisão contratual, dos custos diretos da Administração para promover novo procedimento licitatório, dos custos de locação e de manutenção dos ambientes atualmente ocupados pelo Tribunal, bem como do histórico dos problemas enfrentados, a partir da experiência mal sucedida da primeira tentativa de contratação e das falhas identificadas nas fundações logo após o início das obras, o que representava, de fato, risco elevado a ser considerado, com reflexos, tanto no prazo, quanto no preço da contratação;

b) é fato que **não possibilitou a inexecução contratual**, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado, uma vez que houve a regular execução do objeto da alteração do contrato, perdendo o sentido a discussão teórica acerca da capacidade técnica do contratado para executar os serviços requeridos;

c) **decorreu de fatos supervenientes que implicaram em dificuldades não previstas ou imprevisíveis** por ocasião da contratação inicial, tendo em vista que, a partir do conjunto de informações de que dispunha o TRT à época da contratação da 3ª etapa das obras, é possível reconhecer que as falhas nas fundações bem como as dificuldades delas advindas eram desconhecidas e imprevisíveis;

d) **não ocasionou a transfiguração do objeto originalmente contratado** em outro de natureza e propósito diversos, eis que a necessidade de novas estacas não implicou alteração no objeto contratado, qual seja, a execução da terceira etapa das obras de construção do prédio da sede do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região;

e) **era necessária à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes**, sendo imprescindível a execução de novas fundações (ou de um reforço), ante a demonstração da imprestabilidade da solução anterior, e evidente que a execução dos serviços sob responsabilidade da empresa já contratada implicaria um prazo menor de conclusão do que a alternativa de licitar a contratação;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55976111.

f) **as consequências da outra alternativa** (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) **importariam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo)**, inclusive quanto à sua urgência e emergência, pois restou demonstrada, considerando o conjunto de fatores que foram abordados ao longo da instrução, 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.

31. Destarte, pondero, em concordância com a unidade técnica, que o caso concreto, especificamente quanto aos 19º e 22º Termos Aditivos ao Contrato TRT 17ª 20/2010, amolda-se à hipótese excepcionalíssima prevista na referida deliberação em que é facultado à Administração ultrapassar os limites fixados na Lei de Licitações para as alterações contratuais.

Ante o exposto, voto por que seja adotado o acórdão que submeto à apreciação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de julho de 2016.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55976111.