



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAPÁ
GABINETE

PARECER n. 00154/2022/GAB/PFUNIFAP/PGF/AGU

NUP: 00893.000123/2021-76

INTERESSADOS: GABINETE DA REITORIA UNIFAP

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - LICITAÇÕES E CONTRATOS - TERMO ADITIVO CONTRATUAL - OBEDIÊNCIA AOS LIMITES DEFINIDOS EM LEI PARA ACRÉSCIMO E/OU SUPRESSÃO - MANUTENÇÃO DA VANTAGEM OBTIDA COM O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO EM RELAÇÃO AO ORÇAMENTO BASE.

RELATÓRIO

1- Trata-se de processo encaminhado para análise e manifestação jurídica acerca de termo aditivo para acréscimo de serviços ao Contrato nº 42/2021 - UNIFAP, referente a execução da obra de construção de ampliação dos blocos de Física e Ciências Biológicas, no Campus Universitário Marco Zero do Equador, Município de Macapá - AP.

2- Constatam nos autos os seguintes documentos relevantes para a presente análise:

- o CONTRATO Nº 042/2021- "2.1- O **prazo de vigência** deste Contrato é de 240 (Duzentos e quarenta) dias corridos, contados a partir da data da sua assinatura, **com início em 29/12/2021 e término em 26/08/2022**, podendo ser prorrogado nas hipóteses elencadas no parágrafo primeiro do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993. 2.2 O **prazo de execução do objeto é de 180 (Cento e oitenta) dias contados da data da emissão da Ordem de serviço**";
- o EXTRATO DE CONTRATO Nº 42/2021 - UASG 154215 - UNIFAP;
- o PORTARIA Nº 0385/2022: Gestão e Fiscalização do Contrato Nº 42/2021-UNIFAP;
- o PRIMEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO Nº 042/2021: "Prorroga-se o prazo de vigência do contrato nº 042/2021 por mais 120 (Cento e vinte) dias para vigorar no período de 26/08/2022 a 24/12/2022." "Prorroga-se o prazo de execução do contrato nº 042/2021 por mais 90 (noventa) dias, para vigorar no período de 26/07/2022 a 24/10/2022.";
- o EXTRATO DE TERMO ADITIVO Nº 1/2022 - UASG 154215;
- o MEMORANDO ELETRÔNICO Nº 61/2022 - PREFEITURA;
- o RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO TÉCNICA Nº 227 / 2022 - SECPREF;
- o RELATÓRIO DE GESTÃO Nº 13 / 2022 - PREFEITURA;
- o OFÍCIO 32/2022 SIPRICON;
- o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF;
- o CERTIDÃO NEGATIVA DE DISTRIBUIÇÃO (AÇÕES DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS) 1ª e 2ª Instâncias;
- o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO CERTIDÃO NEGATIVA DE LICITANTES INIDÔNEOS;
- o CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS;
- o Certidão Portal da Transparência;
- o MINUTA DE TERMO ADITIVO AO CONTRATO Nº 42/2021: "O presente termo tem por objeto o acréscimo de serviços ao contrato nº 42/2021, conforme o memorando eletrônico nº 61/2022 – PREFEITURA", "2.1. O acréscimo de serviços importa no valor de R\$ 249.125,71 (duzentos e quarenta e nove mil e cento e vinte e cinco reais e setenta e um centavos), representando 23,40% em relação ao valor inicial do contrato.";
- o DESPACHO Nº 28217/2022 - DICONT;
- o DESPACHO Nº 28854/2022 - ASSPROAD;
- o DESPACHO Nº 28950/2022 - DGO;
- o DESPACHO Nº 29048/2022 - PROAD;
- o DESPACHO Nº 29337/2022 - REITORIA;
- o DESPACHO Nº 29919/2022 - PROAD;
- o DESPACHO Nº 30034/2022 - DGO;
- o DESPACHO Nº 30212/2022 - DIOR;
- o DESPACHO Nº 29978/2022 - PROAD;
- o DESPACHO Nº 30672/2022 - REITORIA.

3- É o relatório.

ANÁLISE

4- Inicialmente ressalte-se que a análise em pauta dar-se-á com base exclusivamente nos elementos acostados até a presente data nestes autos administrativos e restringe-se aos aspectos legais envolvidos no procedimento, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Cabe tão somente a esta Procuradoria junto à UNIFAP prestar assessoramento sob enfoque estritamente jurídico, não sendo competência deste Órgão Consultivo o exame da matéria em razão das motivações técnica e econômica, nem da oportunidade e conveniência da contratação que se pretende efetivar, tampouco exercer auditoria, fazer avaliação de valor, de mercado ou mesmo invadir o campo relacionado à necessidade material da contratação no âmbito do órgão assessorado.

5- No mais, em se tratando de ato de aditamento a contrato administrativo, não compete, neste momento, apreciar a regularidade jurídica do procedimento original – seja licitação, dispensa ou inexigibilidade – que culminou com a contratação, ou dos eventuais aditamentos anteriores, pois presumivelmente já apreciados prévia e conclusivamente pelo órgão de assessoramento jurídico.

6- Tenciona, agora, a Administração, a firmatura do 2º termo aditivo, cujo objetivo é o "acréscimo de serviços importa no valor de R\$ 249.125,71 (duzentos e quarenta e nove mil e cento e vinte e cinco reais e setenta e um centavos), representando 23,40% em relação ao valor inicial do contrato", como se lê da minuta de aditamento. Isto posto, passa-se à apreciação da matéria, com os comentários que se seguem:

Modificações volitivas

7- As **modificações do projeto, sejam qualitativas ou quantitativas, são denominadas de volitivas** porque decorrem da necessidade/conveniência administrativa de melhor adequar o objeto do contrato ao interesse público. Mesmo assim, são consideradas modificações unilaterais, visto que a contratada não poderá se opor à pretensão administrativa. A participação no certame presume o conhecimento da prerrogativa administrativa de alteração do contrato que importe no aumento ou diminuição do seu valor ou na apresentação de novas especificações de execução. Assim, **a lei impõe limites tanto ao aumento como à redução unilateral de valores em 25% (vinte e cinco por cento) do valor atualizado do contrato original, salvo nos acréscimos nos empreendimentos que forem caracterizados como reforma, cujo percentual pode chegar ao patamar de 50% (cinquenta por cento)**, como afirma a doutrina:

Alteração unilateral é aquela promovida pela Administração, de natureza qualitativa ou quantitativa, independentemente de concordância do contratado. É dita unilateral porque é determinada por uma das partes da relação contratual, no caso, pela Administração. Como regra, nos contratos de direito privado, não existe possibilidade de alteração unilateral, pois, nesses ajustes, todas as alterações são bilaterais. A alteração unilateral é, então, uma das chamadas cláusulas exorbitantes do contrato administrativo e justifica-se em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse dos particulares. A possibilidade de alterar condições relativas à execução do contrato deve ser vista com muita reserva, uma vez que atinge diretamente um dos pilares da teoria do contrato: a obrigatoriedade de respeitar o que foi convencionado. No caso do contrato administrativo, a Lei permite tal alteração quando estiver cabalmente configurada a imperiosa necessidade de alteração, sob pena de ser reputada ilegal a modificação. É preciso ter em mente que a regra é a alteração bilateral, e não unilateral, muito embora a impressão possa ser outra. A alteração unilateral é limitada a 25% do valor atualizado do contrato. O acréscimo do objeto além desse limite é ilegal mesmo com a concordância da outra parte, não pode ser realizado. A redução de até 25% do valor atualizado do contrato pode ser unilateral, mas a supressão do objeto além desse percentual só é possível mediante concordância do contratado, ou seja, deve ser bilateral. Apenas a Administração pode determinar a alteração unilateral, o particular contratado não. (Renato Geraldo Mendes (coord) - Lei de Licitações e Contratos Anotada, Zênite, 9ª ed., págs. 1171/1172)

8- **A base de cálculo sobre a qual incidem os mencionados percentuais** é aquele definido no art. 65, § 1º da LLC, sendo o **valor inicial atualizado do contrato**. Excluem-se, portanto, eventuais compensações, ou seja, a redução de determinados itens e o acréscimo de outros para que, no final, o valor resultante das subtrações e adições seja inferior ao valor inicial do contrato acrescido dos 25% ou 50% mencionados em lei. Em outras palavras: todos os acréscimos realizados ao longo da execução do contrato deverão ser somados a fim de aferir a obediência à lei, independentemente das supressões, que também deverão seguir o mesmo raciocínio. Assim se manifesta a jurisprudência da Corte de Contas da União:

...no âmbito desta Corte, o entendimento de que, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei n. 8.666/93, devem ser consideradas as reduções e supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no supracitado dispositivo legal. (Acórdão 2530/2011-TCU-Plenário Ministro Relator: José Jorge)

9- Sobre a questão, Valmir Campelo traz exemplo elucidativo:

Em aplicação prática do entendimento, propomos o caso hipotético de uma obra pública inicialmente contratada por R\$100.000,00, em que houve supressões no montante de R\$15.000,00 (15%) e serviços acrescidos em um total de R\$30.000,00 (30%), o que perfaz um valor atualizado contratual de R\$115.000,00 (ou 15% a mais, no total). O Tribunal de Contas da União considera, neste caso, segundo entendimento mais recente, que houve infração ao art. 65, §1º, da Lei de Licitações, por ultrapassagem do limite de acréscimos. (Valmir Campelo, Obras Públicas: comentários à jurisprudência do TCU, Ed. Fórum, 2ª ed., pág. 44).

10- Quanto aos acréscimos e supressões, observe-se o contido na **Orientação Normativa nº 50, de 25/04/2014, da Advocacia-Geral da União, alterada pela Portaria AGU nº 140, de 26/04/2021 in verbis:**

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 50

"I - OS ACRÉSCIMOS E AS SUPRESSÕES DO OBJETO CONTRATUAL DEVEM SER SEMPRE CALCULADOS SOBRE O VALOR INICIAL DO CONTRATO ATUALIZADO, APLICANDO-SE DE FORMA ISOLADA OS LIMITES PERCENTUAIS PREVISTOS EM LEI AO CONJUNTO DE ACRÉSCIMOS E SUPRESSÕES, VEDADA A COMPENSAÇÃO DE ACRÉSCIMOS E SUPRESSÕES ENTRE ITENS DISTINTOS, NÃO SE ADMITINDO QUE A SUPRESSÃO DE QUANTITATIVOS DE UM OU MAIS ITENS SEJA COMPENSADA POR ACRÉSCIMOS DE ITENS DIFERENTES OU PELA INCLUSÃO DE NOVOS ITENS.

II - NO ÂMBITO DO MESMO ITEM, O RESTABELECIMENTO PARCIAL OU TOTAL DE QUANTITATIVO ANTERIORMENTE SUPRIMIDO NÃO REPRESENTA COMPENSAÇÃO VEDADA, DESDE QUE SEJAM OBSERVADAS AS MESMAS CONDIÇÕES E PREÇOS INICIAIS PACTUADOS, NÃO HAJA FRAUDE AO CERTAME OU À CONTRATAÇÃO DIRETA, JOGO DE PLANILHA, NEM DESCARACTERIZAÇÃO DO OBJETO, SENDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL, ALÉM DO RESTABELECIMENTO, A REALIZAÇÃO DE ADITAMENTOS PARA NOVOS ACRÉSCIMOS OU SUPRESSÕES, OBSERVADOS OS LIMITES LEGAIS PARA ALTERAÇÕES DO OBJETO EM RELAÇÃO AO VALOR INICIAL E ATUALIZADO DO CONTRATO.”

REFERÊNCIA: art. 124, inciso I, alínea "b", e arts. 125 e 126 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021; art. 65, inciso I, alínea "b", e § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; Parecer PGFN/CJU/CLC/nº 28/2009, Parecer nº 1359/2010/LC/NAJSP/AGU, Parecer nº 16/2021/DECOR/CGU/AGU, Despacho nº 158/2021/Decor/CGU/AGU e Despacho nº 172/2021/DECOR/CGU/AGU.

11- Para Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed, p. 529 e 530:

“(…) A Administração tem o dever de motivar sua decisão de modificar o contrato administrativo. Assim se impõe tendo em vista os princípios norteadores da atividade administrativa e, especialmente, da licitação. (…) Porém, a motivação não poderá consistir na simples invocação da necessidade ou do interesse público. A Administração deverá indicar o motivo concreto, real e definido que impõe a modificação. Ademais, deverá demonstrar que esse motivo não existia ao tempo da contratação. (…)” (grifo nosso)

12- A respeito do tema, cabe transcrever, outrossim, a lição de Jessé Torres Pereira Júnior para quem:

“(…) as modificações qualitativas ou quantitativas no objeto de um contrato público constituem excepcionalidade a ser cabalmente justificada diante de fatos supervenientes à contratação. A Lei nº 8.666/93 trouxe para a administração o dever de somente iniciar a licitação depois de aprovar projeto básico, em caso de obras e serviços, e de bem definir a especificação completa do bem, incluindo quantidades e condições de sua guarda e armazenamento, no caso de compras (…) (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 5ª ed., p.647). (grifo nosso)

13- Cumpre alertar à Administração, por oportuno, que não há amparo legal para a realização de alterações contratuais, incluindo a execução de itens novos, não previstos inicialmente no projeto original, sem cobertura contratual, isto é, antes de avançado o competente aditivo a embasar a modificação pretendida, incluindo eventuais acréscimos, caso contrário restaria caracterizada a realização de contrato verbal, na forma do art.60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

14- No caso dos autos, nota-se que não estão apresentadas as devidas justificativas que geraram o acréscimo. Portanto, fundamental que sejam anexadas aos autos antes da lavratura do aditivo. Conforme ressaltado acima, somente devem ser acatados os acréscimos se restar provado nos autos que decorreram de fatos supervenientes à contratação, com a indicação de motivo concreto, real e definido que impõe a modificação.

Empreitada por preço global

15- Há de se observar, ainda, que nos regimes de execução por preço global e de empreitada integral, as falhas ou omissões alegadas durante a execução do projeto somente poderão ser corrigidas por meio de termo aditivo não superior a dez por cento do valor total do contrato, como determina o art. 13, II do Decreto n. 7.983, de 2013:

Art. 13. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral, deverão ser observadas as seguintes disposições para formação e aceitabilidade dos preços:

(…)

II - deverá constar do edital e do contrato cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto que integrar o edital de licitação e as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares do projeto não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato, computando-se esse percentual para verificação do limite previsto no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

16- Portanto, o órgão consulente deverá atentar para as disposições normativas citadas e identificar, conforme o caso, se nas modificações pretendidas estão incluídas eventuais falhas no projeto e se efetivamente há a observância do limite previsto no Decreto, vez que a aquiescência da contratada na adequação do projeto transfere a ela a responsabilidade pelo excesso que tiver sido verificado.

17- Assim, é imprescindível que a justificativa técnica que fundamenta a celebração do Termo Aditivo contenha informação do percentual que será destinado à correção de falhas do projeto licitado separadamente das alterações desejadas pela Administração. O somatório das duas compõe o percentual de alteração contratual que deverá se submeter aos limites legais. Consequentemente, a celebração do aditivo depende da prévia definição das subestimativas relevantes e da compensação de eventuais itens superestimados que tenham favorecido a empresa contratada. É o que diz o TCU no Acórdão n. 1977/2013-Plenário:

82. Essa exigência tem como fundamento a tese de que equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser sempre analisado de forma global, procedendo-se as compensações entre os ganhos e perdas do contratado. Pode-se realizar uma analogia com o conceito de compensação entre preços superestimados e preços subestimados presentes na jurisprudência do TCU (...)

83. Contribui para o esclarecimento da questão o seguinte trecho do sumário do:

3. Na avaliação econômica do contrato, o eventual sobrepreço existente deve ser apurado de forma global, isto é,

fazendo-se as compensações do preço excessivo de alguns itens com os descontos verificados em outros, principalmente se os preços são os mesmos oferecidos na licitação da obra e se pode constatar que a proponente sopesou de forma diferenciada o custo dos diversos serviços, tirando proveito das possíveis vantagens comparativas, desde que de forma legítima. Situação diversa ocorre com itens evadidos de ilegalidade, tais os que apresentaram modificação sensível dos parâmetros eleitos na licitação, justificando a impugnação individual do item anômalo. (– trecho do sumário)

84. Por analogia aos entendimentos apresentados acima, na avaliação econômica de um contrato por preço global, eventual subestimativa de quantitativo de um determinado serviço, pode ser compensada por outros serviços, cujos quantitativos estão superestimados. Caberá, então, ao gestor avaliar a íntegra da planilha orçamentária, sempre que for demandado pelo contratado a aditar um contrato por preço global com a alegação de que os quantitativos de determinados serviços estão superestimados.

(g.n.)

18- Uma vez concluída a compensação mencionada e encontrado o efetivo percentual de acréscimo, compete à Administração verificar se tal índice ultrapassa, ou não, a margem daquilo que foi considerado relevante no projeto licitado. Em outras palavras: pequenas variações nos quantitativos não permitem a celebração de termo aditivo, vez que compreendidas no risco do empreendimento transferido à empresa contratada. Os percentuais das pequenas variações devem ter sido definidos no Projeto Básico a partir das informações coletadas na fase de planejamento da contratação e na definição do Mapa de Riscos. É o que afirma o Acórdão citado:

9.1.7. quando constatados, após a assinatura do contrato, erros ou omissões no orçamento relativos a pequenas variações quantitativas nos serviços contratados, em regra, pelo fato de o objeto ter sido contratado por "preço certo e total", não se mostra adequada a prolação de termo aditivo, nos termos do ideal estabelecido no art. 6º, inciso VIII, alínea "a", da Lei 8.666/93, como ainda na cláusula de expressa concordância do contratado com o projeto básico, prevista no art. 13, inciso II, do Decreto 7.983/2013;

9.1.8. excepcionalmente, de maneira a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes, como também para garantia do valor fundamental da melhor proposta e da isonomia, caso, por erro ou omissão no orçamento, se encontrarem subestimativas ou superestimativas relevantes nos quantitativos da planilha orçamentária, poderão ser ajustados termos aditivos para restabelecer a equação econômico-financeira da avença, situação em que se tomarão os seguintes cuidados:

(Ac 1977/2013-Plenário - g.n.)

19- Partindo das premissas lançadas pelo TCU, a critério da Administração, cada item ou etapa prevista na planilha orçamentária deveria fazer referência a percentuais de relevância dos quantitativos para mais e para menos, de modo que as variações ocorridas dentro da faixa prevista não seriam consideradas relevantes para fins de formalização de termo aditivo. Exemplificativamente: se para uma etapa do projeto foi prevista uma faixa de + ou -3% (três por cento), a execução dessa etapa com quantitativos de 2% a mais do que o previsto (em razão de quantitativos subestimados pelo Projeto Básico) não seria determinante da celebração de Termo Aditivo, vez que compreendida na imprecisão própria da etapa do empreendimento.

Manutenção da vantagem econômica obtida na licitação

20- Outro aspecto que deve ser observado durante a execução dos contratos de obras e serviços de engenharia é a necessidade de manutenção da vantagem econômica obtida pela Administração com a realização do processo licitatório, sem o qual pode ficar caracterizado o "jogo de planilhas", tratado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 1.755/2004-Plenário.

21- É cediço que as alterações qualitativas e quantitativas podem afetar a vantagem econômica inicialmente estabelecida no contrato. Consequentemente, é dever do órgão apresentar, em sua justificativa, qual o percentual de desconto resultante após as alterações pretendidas, como condição de procedibilidade do procedimento de aditivação do contrato.

22- Assim, devem ser apresentados os quantitativos e valores individualizados que formaram o Custo Global de Referência utilizado na licitação pela Administração, comparados com a proposta apresentada pela contratada, desde a situação original do contrato.

23- Nesse ponto, não consta nos autos a informação acerca da manutenção ou da alteração do percentual de desconto obtido com a proposta vencedora do certame, da qual gerou o contrato que se pretende aditar. É imprescindível que essa informação conste nos autos, sem a qual o termo aditivo não poderá ser celebrado.

24- Reitere-se que há vedação normativa da possibilidade de alteração da aludida vantagem econômica em desfavor do Poder Público no regime de empreitada por preço global, porquanto há a presunção legal de que a empresa contratada assume os riscos próprios do empreendimento dentro das margens percentuais de diminuição e acréscimo permitidas pelo art. 65, §1º da Lei n. 8.666/93. Por isso, consta vedação expressa no art. 14, caput, do Decreto n. 7.983, de 2013.

Planilha revisada do contrato

25- Não se deve olvidar, ainda, que toda alteração qualitativa ou quantitativa deve estar acompanhada da respectiva planilha de custos que apresente todos os itens, quantitativos e valores que devem ser acrescidos e/ou suprimidos do contrato originalmente celebrado. Compete à fiscalização técnica do contrato o acompanhamento das necessidades voltadas à conclusão do escopo contratual e atestar no processo os elementos do projeto original que precisam ser alterados,

seja por necessidade superveniente, seja por melhor adequação ao interesse público. Por outro lado, à Equipe de Gestão do Contrato cabe, por fim, motivadamente aquiescer - ou não - com a proposta técnica e adotar as providências administrativas necessárias à formalização do aditivo, conforme o caso.

26- Como decorrência da atividade de gestão do contrato, as planilhas revisadas deverão ser ou elaboradas, ou referendadas pela própria Administração por meio do seu corpo técnico (próprio ou contratado). Não é possível admitir que a alteração do contrato fique exclusivamente à cargo da empresa contratada, vez que contraria o princípio da segregação de funções do art. 9º, II, da Lei n. 8.666, de 1993, o qual impede que a responsabilidade pela elaboração do projeto seja também atribuída à empresa executora. Note-se que, mesmo na Contratação Integrada, a necessidade de alteração do projeto deve ser de iniciativa da própria Administração (Lei n. 12.462, de 2011, art. 9º, §4º).

27- Cabe, então, recomendar à Administração que realize detalhadamente a análise crítica das planilhas revisadas por meio do seu corpo técnico, seguindo as orientações acima, vez que não se verificou a prolação de juízo de valor técnico sobre cada item alterado/incluído no projeto a ser executado.

Justificativa para a celebração do termo aditivo

28- Elemento essencial à correta instrução do procedimento de aditивação do contrato é a manifestação formal do ordenador de despesas ou de autoridade equivalente na apresentação da justificativa da modificação do contrato.

29- Tal requisito de instrução não foi atendido, vez que não há nos autos manifestação dessa autoridade apresentando os motivos determinantes do ato administrativo que se pretende praticar. Note-se que a motivação pode consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato, nos termos do art. 50, §1º da Lei n. 9.784, de 1999. Cabe, portanto, à autoridade responsável pela assinatura do termo aditivo manifestar-se nos autos acerca da adequação da medida, ainda que por concordância de razões já existentes nos autos.

Previsão de recursos orçamentários

30- Não se deve olvidar, ainda, de que deve haver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações a serem assumidas. Assim é que a existência de previsão orçamentária para o exercício financeiro em que se realizará a despesa, consoante se vê do inciso II, do art. 167, da Constituição Federal, arts. 7º, §2º, inciso III, e 38, caput, combinado com o art. 57, caput, da Lei n. 8.666/93 e art. 73 do Decreto-Lei n. 200/67, é condição prévia a ser observada antes da assunção de quaisquer obrigações financeiras.

31- Nesse passo, as regras pertinentes ao direito financeiro, acima aludidas, vedam a realização de despesa sem que tenha sido contemplada nas respectivas leis orçamentárias. Isso significa dizer que para a Administração realizar despesas é imprescindível a existência de previsão orçamentária suficiente para cobri-la.

32- As prescrições antes citadas são relevantes em face das disposições do art. 15, da Lei Complementar n. 101, de 2000, que determina se presumirem “não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público, a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam ao disposto nos arts. 16 e 17”.

33- Quanto a esse aspecto, o órgão consulente apresentou declaração de disponibilidade financeira para fazer face à despesa que será gerada com o acréscimo pretendido.

Anotação de Responsabilidade Técnica - ART

34- Insta observar que o art. 10 do Decreto n. 7.983, de 2013, obriga a instrução do processo com a Anotação de Responsabilidade Técnica do responsável pela elaboração das planilhas de custos, inclusive em suas eventuais alterações. Note-se, porém, que a planilha acostada não está assinada a nem está demonstrado nos autos o responsável técnico pela sua elaboração, o que se recomenda providenciar.

35- Verifica-se, pois, que a anotação de responsabilidade técnica não consta nos autos e deve ser providenciada pela Administração como pressuposto lógico da formalização do termo aditivo. Demais disso, deve-se atentar à orientação do TCU, o qual recomenda que se "(...) exija dos contratantes a atualização do ART no CREA a cada aditivo de valor firmado, de forma a manter atualização junto ao CREA". (Acórdão n. 615/2004, 2ª Câmara, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU de 04.05.2004).

Regularidade fiscal

36- Quanto à instrução processual, é necessário que o órgão tenha o cuidado de verificar se persistem as condições de habilitação exigidas por ocasião da celebração do contrato. A ausência das regularidades fiscal, previdenciária e trabalhista, em tese, é fator impeditivo da contratação, dada também a natureza de contribuição social do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), mencionada pelo STF no RE n. 100.249, e como menciona o Superior Tribunal de Justiça:

A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no §3º do art. 195 que ‘a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios’, e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei n. 8.666/93. (STJ, REsp n. 633.432/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 20.06.2005.)

37- Portanto, compete ao órgão assegurar-se de que estão presentes a regularidade fiscal (Previdência Social e Receita Federal) e trabalhista no momento da celebração do termo aditivo.

38- Quanto ao ponto, nota-se que consta nos autos consulta ao SICAF atualizada e sem pendências.

Formalidades legais relativas ao aditamento

39- Autorização prévia da autoridade competente para celebrar o contrato. Deve ser providenciada.

40- Em todo caso, o órgão deverá estar atento à classificação da despesa; sendo atividade de custeio, pode precisar de autorizações superiores a depender do valor, nos termos do art. 3º do Decreto nº 10.193, de 2019.

41- No que diz respeito à adequação orçamentária e financeira, cabe transcrever o art. 16 da Lei Complementar n. 101, de 2000:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. (grifo nosso)

42- Conforme o § 4º, I, do mesmo artigo, trata-se de condição prévia para o empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras.

43- Porém, como exceção, segundo a Orientação Normativa AGU n. 52/2014, "as despesas ordinárias e rotineiras da Administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, dispensam as exigências previstas nos incisos I e II do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000".

Análise da minuta do 1º termo aditivo

44- No que tange à minuta acostada ao processo, não existem considerações a serem feitas.

Considerações Finais

45- Cabe atentar que o presente aditamento deverá ser firmado durante o prazo de vigência contratual.

46- Faz-se mister providenciar a juntada de comprovante de prorrogação/renovação e complementação da garantia contratual, na forma do art.56, da Lei nº 8.666/93 e da Cláusula Sétima do contrato, com a devida observância do disposto no projeto básico, no sentido de que, qualquer que seja a modalidade de garantia escolhida, a sua validade deve abranger um período de 90 (noventa) dias após o término da vigência contratual.

47- Relembre-se que o extrato do termo aditivo deverá ser publicado no Diário Oficial da União, de acordo com o art.61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe in verbis: "a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição essencial para sua eficácia, será providenciada pela administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data..." (grifo nosso)

CONCLUSÃO

48- Diante do exposto,, conclui-se pela possibilidade de celebração do Termo Aditivo **desde que atendidas todas as recomendações acima esposadas**, especialmente aquelas destacadas em negrito em cada um dos tópicos desenvolvidos (parágrafos **13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 45, 46 e 47)**.

Macapá, 17 de novembro de 2022.

LARISSA MOUTINHO DE MOURA MOREIRA
Procuradora-Chefe

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00893000123202176 e da chave de acesso b084d89c



Documento assinado eletronicamente por LARISSA MOUTINHO DE MOURA MOREIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1038886327 e chave de acesso b084d89c no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LARISSA MOUTINHO DE MOURA MOREIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 17-11-2022 20:31. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
