Procedência: Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas - SETOP

Interessado: Assessoria Jurídica da SETOP

Número : 4.720

Data : 24 de novembro de 2016

Classificação temática: Convênios Administrativos. Convênio de Saída.

Ementa :

CONVÊNIO ADMINISTRATIVO. ADITAMENTO. DECRETO 43.635/2003. ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS E QUALITATIVAS. APLICABILIDADE RELATIVA DOS LIMITES DO ARTIGO 65, § 1º, DA LEI Nº 8.666/1993. NECESSIDADE DE EXAME DO CASO CONCRETO. BASE DE CÁLCULO DE INCIDÊNCIA. VALOR GLOBAL DO CONVÊNIO.

NOTA JURÍDICA

1. Cuida-se de consulta formulada pela Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas – SETOP –, por meio do OF.AJU/174/16, acerca da possibilidade de celebração do primeiro termo aditivo ao Convênio nº 1034/2014, que tem como partes a MGI - Minas Gerais Participações S.A. na qualidade de concedente, o Município de Igarapé na qualidade de convenente, e a SETOP e o Município de São Joaquim de Bicas como intervenientes.

2. O objeto do convênio, assinado em 3 de julho de 2014, consiste na construção de estrada de acesso à Zona de Empreendimentos Sustentáveis no Município de Igarapé, sendo previsto, para tanto, o dispêndio de R$ 12.719.762,60 (doze milhões, setecentos e dezenove mil, setecentos e sessenta e dois reais e sessenta centavos), dos quais doze milhões seriam aportados pela Concedente (MGI) e o restante pelo município, como contrapartida.

3. Conforme se extrai do ofício de fl. 1999, busca-se com a formalização do primeiro termo aditivo o acréscimo financeiro ao convênio na

ordem de R$5.038.391,78, dos quais R$3.987.087,48 destinam-se a complementar os custos decorrentes das desapropriações. O Assessor Jurídico-Chefe da SETOP aponta que o acréscimo importará em aumento de mais de 100% no item, uma vez que as despesas com as desapropriações foram inicialmente previstas no valor de R$3.082.320,22. Em virtude disso, indaga o Consulente se o acréscimo de 25% de que trata o artigo 65, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, deve ser aplicado sobre o valor total do convênio ou apenas sobre o custo correspondente à obra, excluída a quantia a ser despendida com as desapropriações.

4. A consulta faz-se acompanhar do processo administrativo original do Convênio nº 1034/2014, contendo 9 (nove) volumes, autuados e numerados até a fl. 1.999v.

5. O pedido de aditamento do convênio foi justificado pelo Município de Igarapé, mediante o Ofício nº 20/2016, anexado às fls. 1983/1998, do qual se extrai:

> (...) após o início da construção da estrada de acesso à Zona de Empreendimentos Sustentáveis, fatos supervenientes tornaram a obra mais cara. Primeiramente, está se mostrando necessária a alteração dos quantitativos para execução do projeto originário aprovado pela SETOP (anexo 1), que impõe acréscimos de R$1.000.920,38 (hum milhão, novecentos e vinte reais e trinta e oito centavos) para custeio de obras na abertura da mencionada estrada.
>
> Explica-se. Após a formalização do convênio e início das obras, realizou-se estudo técnico inclusive com o acompanhamento de técnicos dessa secretaria, constatando-se que alguns itens licitados, não seriam necessários ou até mesmo não teriam todo o seu quantitativo utilizado. Além disso, outros itens faltavam quantitativos ou não constavam na planilha, que é o caso dos itens acrescidos 3.26, 3.27, 3.28, 4.15 e 5.1 (conforme planilha em anexo).
>
> A estrada que inicialmente contava com a terraplanagem de toda a rodovia e a execução de pavimentação e drenagem de apenas uma das pistas, com a realização deste aditivo passará a ter todos os serviços realizados bem como, pavimentação das duas pistas, drenagem com sarjeta, meio fio, bueiros e enrocamento, além de plantio de grama no canteiro central e realização de hidrossemeadura nos taludes.
>
> Além da alteração de quantitativo conforme exposição acima,

> houve grande variação dos valores estimados das desapropriações. Para fins de imissão de posse, o Município ajuizou as ações de desapropriação e recolheu em favor dos desapropriados valores considerando para tanto as avaliações não oficiais. Conforme as decisões judiciais já apresentadas a essa SETOP, as imissões foram concedidas em favor do Município, no entanto ficou consignada na decisão judicial liminar que fosse realizada imediata avaliação por perito nomeado pela justiça. Dessa forma, os valores estimados estão sendo considerados tomando-se como base a avaliação do m² feita pelo perito judicial, ou seja, o perito nomeado pelo juízo responsável pelo julgamento da ação de Desapropriação.

6. As informações e documentos acostados aos autos não permitem inferir, com clareza, a natureza dos acréscimos, se qualitativos ou quantitativos ou ambos. Compulsando os autos, observa-se que não foram anexados pareceres técnicos dos setores competentes da Concedente (MGI) ou da SETOP – indispensáveis à instrução, registre-se –, que abordem as informações, valores, planilhas e demais documentos apresentados pelo Convenente, tampouco o estágio de execução do objeto, o interesse público e a conveniência em se efetivar a alteração do convênio, o que, por si, compromete a análise jurídica conclusiva quanto ao aditamento pretendido.

7. Em razão disso, esta manifestação irá se restringir ao questionamento em abstrato formulado pelo Assessor Jurídico-Chefe da SETOP, qual seja, se o limite de 25% de que trata o § 1º do artigo 65 da Lei federal nº 8.666, de 1993, incide sobre "o valor total do convênio ou apenas sobre o valor da obra prevista, excluída a desapropriação".

8. Feito o relatório e pontuada questão preliminar, opina-se.

9. A resposta ao questionamento apresentado perpassa pelo exame do § 1º do artigo 65 da Lei federal nº 8.666, de 1993, e sua aplicação no caso concreto. Mencionado dispositivo legal estabelece o seguinte:

> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
> (...) § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do **valor inicial atualizado do contrato**, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

(Grifo nosso)

10. A interpretação literal do dispositivo revela que os contratos somente poderão ser aditados, unilateralmente, pela Administração até o limite de 25% de seu valor atualizado em se tratando de obras, serviços ou compras, ou até 50% no caso de reforma de edifício ou de equipamento, seja para acrescer ou para reduzir.

11. O limite não é aplicado sobre o quantitativo, mas sobre o valor global do ajuste, salvo nas licitações por "item", pois nessas, ainda que por razões de conveniência o instrumento contratual englobe vários itens, é preciso que o percentual limítrofe seja apurado conforme o valor total de cada um deles. Outra questão que deve ser considerada refere-se à impossibilidade de compensação entre os percentuais. Nesse sentido, colhe-se o entendimento do Tribunal de Contas da União:

> É permitida, apenas para contratos de obras de infraestrutura, celebrados antes de 25/11/2011 (data do trânsito em julgado do Acórdão 749/2010-TCU-Plenário) por órgãos e entidades vinculados ao Ministério dos Transportes, a compensação entre o conjunto de supressões e acréscimos realizados por aditivos contratuais, para fins de observância dos limites impostos no art. 65 da Lei 8.666/1993. Nas contratações ocorridas a partir dessa data, as reduções ou supressões devem ser consideradas de forma isolada, calculadas sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um destes conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites estabelecidos na legislação. (Acórdão 1799/2015-Plenário)

12. Dúvida frequente refere-se ao emprego do dispositivo supratranscrito aos convênios. Malgrado distinção jurídica entre convênio e contrato, acentuada especialmente pelo fato de neste as partes possuírem interesses diversos e opostos, enquanto naquele os interesses são comuns e coincidentes[1], entabula o artigo 116 da Lei federal nº 8.666/1993 que "aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração".

13. O emprego dos limites da Lei de Licitações e Contratos a alterações qualitativa e quantitativa de convênios já foi abordado no Parecer nº 15.083/2011, da lavra da Procuradora do Estado Raquel Melo Urbano de

[11] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 387

Carvalho. Na oportunidade, assentou-se que não há exclusão apriorística da previsão legal contida no artigo 65, §§ 1º e 2º, da Lei federal nº 8.666, de 1993, a esses ajustes, devendo sua incidência ser examinada à luz das características específicas de cada convênio.

14. A matéria foi novamente examinada na Nota Jurídica nº 3.864/2014, na qual a Procuradora do Estado Ana Paula Muggler Rodarte asseverou que esses limites apenas devem ser aplicados na hipótese de a alteração realizada repercutir tanto no convênio quanto no contrato celebrado pelo convenente.

15. Esse entendimento foi sustentado pela Advocacia-Geral da União – AGU – no Parecer nº 13/2013 da Câmara Permanente de Convênios, conforme ementa:

> [...] I. No âmbito dos convênios, duas situações podem ser identificadas: (a) a alteração realizada repercute apenas no convênio; (b) a alteração realizada repercute no convênio e no contrato celebrado pelo convenente.
>
> II. Na primeira hipótese (a), o limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não se aplica às alterações quantitativas relacionadas com o indicador físico (quantidade) do plano de trabalho do convênio, tendo em vista a aplicação seletiva autorizada pelo art. 116 da mesma lei e levando em conta as peculiaridades e natureza jurídica dos convênios e o princípio da proporcionalidade. Os eventuais acréscimos devem ser precedidos de solicitação do concedente e de prévia aprovação, devidamente motivada, da área técnica do concedente.
>
> III. Na segunda hipótese (b), é plenamente aplicável o limite de 25%, tendo em vista o liame jurídico travado entre o convenente e a empresa contratada revelar-se como verdadeira relação jurídico-contratual a atrair a aplicação integral da Lei nº 8.666/93. [...]

16. Deveras, se inexiste isonomia ou licitação a ser protegida, não se justifica a incidência de limites percentuais às modificações dos convênios, até mesmo porque nada impediria as partes de firmarem novo ajuste em caso de restrição ao aditamento.

17. Porém, havendo contrato vinculado ao convênio, certo é que o convenente deve guardar respeito à restrição contida no artigo 65, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Nesse caso, mostra-se aconselhável que o próprio

aditamento do convênio traduza essa obrigatoriedade, não se permitindo a ampliação de meta que implique acréscimo financeiro superior ao limite imposto à contração.

18. Partindo dessas considerações, nas hipóteses de aplicação dos limites percentuais, deverá ser observado, em princípio, o valor global do convênio, tal como ocorre no âmbito contratual.

19. No caso posto à consulta, observa-se do plano de trabalho anexado à 1396 a 1399 a existência de uma única meta, qual seja, a obra de infraestrutura urbana – construção da 1ª etapa de acesso à zona urbana de Igarapé. Não há, no plano, a diferenciação entre obra e desapropriação conforme assinalado pelo município. Houvesse a separação no plano de trabalho ou na minuta do ajuste, poderia até se discutir a incidência da limitação apenas sobre a meta referente à obra, haja vista a fundamentação supra. Contudo, a par das informações que constam do plano de trabalho e da minuta, e a ausência de previsão apartada dos valores correspondentes às desapropriações, entende-se pela incidência do percentual sobre o valor total do ajuste.

20. Firmada a posição, cumpre observar, consoante fundamentação inserida no Parecer AGE nº 15.083/2011, à qual ora se remete, que a doutrina e a jurisprudência de Cortes de Contas vêm admitindo as alterações consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos que ultrapassem os percentuais constantes da Lei, desde que satisfeitos o princípio da proporcionalidade e, cumulativamente, os pressupostos delimitados na Decisão nº 215/1999 – TCU[2], os quais deverão estar devidamente comprovados nos

---

[2] 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;

os quais deverão estar devidamente comprovados nos autos. Conforme assentado no alusivo parecer, esse entendimento igualmente pode ser aplicado aos convênios, desde que atendidos os requisitos nele dispostos e que a alteração não importe transmudação do objeto do convênio, preservando sempre o núcleo da finalidade do ajuste.

21. Outrossim, em que pese a impossibilidade de se adentrar no exame concreto do aditivo por ser necessária a complementação de sua instrução, aproveita-se o ensejo para registrar os pontos que se seguem.

22. Primeiro, o aditamento deve ser examinado e devidamente motivado em conformidade com o artigo 16 do Decreto nº 43.635, de 2003, diploma normativo vigente à época da celebração e que continua a reger o ajuste já que o regulamento que o sucedeu, o Decreto nº 46.319, de 26 de setembro de 2013, por expressa previsão legal (artigo 82), aplica-se tão somente aos comvênios celebrados a partir de sua vigência (1º de agosto de 2014, *vide* art. 87).

23. Segundo, na hipótese de aditamento para acrescer valor, deverá ser preservada a proporcionalidade entre o repasse e a contrapartida, salvo situação excepcional devidamente motivada e explicitada nos autos, mostrando-se indispensável a demonstração de disponibilidade orçamentária para fazer face aos novos valores. Além disso, com o aporte de recursos financeiros, impõe-se o ajustamento do cronograma de execução e da vigência do convênio, caso seja necessário.

24. Terceiro, a alteração do convênio deve ser precedida, necessariamente, de pareceres técnicos e de parecer jurídico que amparem a decisão do gestor.

25. Ante o exposto, conclui-se:

a) a aplicação do § 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993, deve ser analisada caso a caso;

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 conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

b) repercutindo o convênio em contrato firmado pelo convenente, faz-se mister a aplicação dos percentuais limítrofes de alteração (§ 1º, art. 65);

c) observados os princípios da finalidade e da proporcionalidade, as alterações qualitativas consensuais podem, excepcionalmente, ultrapassar os limites do artigo 65, § 1º, desde que sejam satisfeitos os pressupostos constantes da Decisão nº 215/1999 do Tribunal de Contas da União, replicados no Parecer AGE nº 15.083, a cujo teor ora se remete;

d) os percentuais de 25% e 50% devem, em regra, incidir sobre o valor global do convênio, considerado o conjunto de acréscimos e o conjunto de supressões de forma isolada, não sendo permitida a compensação.

À superior consideração.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2016.

CAROLINA BORGES MONTEIRO
Procuradora do Estado
OAB/MG 104.259- MASP 1211251-2

Aprovado em:

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

30/11/2016
Onofre Alves Batista Júnior
ADVOGADO-GERAL DO ESTADO