CONDER
Companhia de Desenvolvimento
Urbano do Estado da Bahia

OFÍCIO DIPRE Nº 1120 /17

Salvador, 22 de dezembro de 2017.

A Sua Senhoria o Senhor
Gildásio Penedo Filho
Conselheiro Tribunal de Contas do Estado da Bahia - TCE

Assunto: Notificação nº 002148/2017. Processo nº TCE/007027/2017

Senhor Conselheiro Relator,

Em cumprimento à Notificação acima epigrafada, **Processo nº TCE/007027/2017**, permita-nos apresentar a V. Exa. os esclarecimentos a seguir, elaborados pelas Diretorias da CONDER, referentes aos pontos citados no exame procedido pela Auditoria de Acompanhamento de Licitações, Contratos e Convênios, do exercício de 2017.

Atenciosamente,

José Lúcio Lima Machado
Diretor Presidente

Carlos Frederico de Almeida Borges
Diretor de Administração e Finanças

Airton José Villaça Maia
Diretor de Equipamentos e Qualificação Urbanística

José de Anxieta Moita
Diretor de Edificações de Prédios Públicos

Deusdete Fagundes de Brito
Diretor de Habitação e Urbanização Integrada

Sérgio de Oliveira Silva
Diretor de Obras Estruturantes

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

CONDER
Companhia de Desenvolvimento
Urbano do Estado da Bahia

OFÍCIO DIPRE Nº 1120 /17

Salvador, 22 de dezembro de 2017.

A Sua Senhoria o Senhor
Gildásio Penedo Filho
Conselheiro Tribunal de Contas do Estado da Bahia - TCE

Assunto: Notificação nº 002148/2017. Processo nº TCE/007027/2017

Senhor Conselheiro Relator,

Em cumprimento à Notificação acima epigrafada, **Processo nº TCE/007027/2017**, permita-nos apresentar a V. Exa. os esclarecimentos a seguir, elaborados pelas Diretorias da CONDER, referentes aos pontos citados no exame procedido pela Auditoria de Acompanhamento de Licitações, Contratos e Convênios, do exercício de 2017.

Atenciosamente,

José Lúcio Lima Machado
Diretor Presidente

Carlos Frederico de Almeida Borges
Diretor de Administração e Finanças

Airton José Villaça Maia
Diretor de Equipamentos e Qualificação Urbanística

José de Anxieta Mojta
Diretor de Edificações de Prédios Públicos

Deusdete Fagundes de Brito
Diretor de Habitação e Urbanização Integrada

Sérgio de Oliveira Silva
Diretor de Obras Estruturantes

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

CONDER
Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia

ESCLARECIMENTOS SOBRE O RELATÓRIO DE AUDITORIA DE ACOMPANHAENTO DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E CONVÊNIOS DO EXERCÍCIO DE 2017

4.1 INOBSERVÂNCIA DOS LIMITES LEGAIS DE ACRÉSCIMOS NAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Tendo em vista a matéria abordada neste tópico, cumpre-nos tecer, as seguintes considerações.

Inicialmente, é essencial destacar que esta Empresa Pública quando da pactuação de termos aditivos, vem se pautando na observância dos preceitos legais que regem as contratações administrativas, como, aliás, tem esta Colenda Corte constatado ao longo das auditorias realizadas no âmbito desta Companhia.

Pontua esta Corte de Contas, **pela primeira vez** no âmbito desta Empresa Pública, a celebração de termos aditivos aos contratos citados no Relatório, alegando a existência de compensação entre supressões e acréscimos, o que desrespeitaria o limite de alteração estabelecido na Lei de Licitação. Sobre tal apontamento, importante ressaltar que, contrariamente ao quanto firmado pela Auditoria, não há na Lei nº 8.666/93, nem na Lei Estadual nº 9.433/05 qualquer indicativo quanto à metodologia a ser adotada no cálculo dos aditivos contratuais, tampouco previsão de cálculo em separado dos acréscimos e supressões.

Quanto à aplicação deste entendimento pelo Tribunal de Contas, pelo menos no âmbito da análise dos aditamentos dos contratos da CONDER, esta Empresa Pública foi instada, pela primeira vez a manifestar-se sobre o assunto em tela nos autos da Medida Cautelar (Processo TCE/006006/2017), proposta em 24/08/2017, pela 1ª Coordenadoria de Controle Externo, com vistas a que a CONDER reformulasse "a planilha de serviços limitando o somatório dos itens Acrescidos ao contrato nº135/2014 a montante não superior a R$3.139.935,81, correspondentes a 25% do valor original do contrato".

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

Considerando que, repita-se, tal entendimento, nunca havia sido adotado pelo TCE, pelo menos no âmbito da CONDER, apresentamos estas informações, cientes de que as razões a seguir consignadas serão consideradas por esta Corte sob o prisma da razoabilidade e da boa fé administrativa.

Como é cediço, todo contrato administrativo possui três ordens de cláusulas: as regulamentares ou de serviço, as econômico-financeiras e as exorbitantes ou derrogatórias do direito comum.

As duas primeiras explícitas, à vista de imposição legal, por consubstanciarem cláusulas obrigatórias nas contratações administrativas. E as terceiras, implícitas, por força de autorização legal, ainda que, em alguns casos, venham expressas nos contratos administrativos.

Dentre as cláusulas implícitas nos contratos administrativos, chamadas típicas ou exorbitantes do direito comum, porque somente os contratos públicos a possuem, sendo, por conseguinte, inaplicáveis aos contratos regidos pelo direito privado, ressalta, por pertinente, no âmbito da análise afeta aos contratos administrativos hostilizados no Relatório, ***aquela que assegura à Administração contratante, unilateralmente, a prerrogativa de modificar o contrato, para melhor adequar seu objeto ao interesse público,*** subjacente em toda avença administrativa.

Esta prerrogativa decorrente da condição de *puissance publique* que a Administração possui na relação contratual, exsurge como um imperativo de ordem pública que a Contratante deverá fazer valer, como gestora do interesse coletivo, que deve sempre prevalecer sobre o particular, sendo consectário lógico do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Assim, o contratado ao firmar o contrato administrativo não tem direito a opor-se à imutabilidade das cláusulas que contêm a previsão dos serviços, porque, está implícita em todo negócio jurídico administrativo a possibilidade de alteração do contrato pela administração para alcançar a excelência no atendimento do interesse público.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

Esta é a posição sufragada por toda doutrina, que, à unanimidade, sustenta:

> *"Imobilizar as cláusulas regulamentares ou de serviço, nos contratos administrativos, importaria em impedir a Administração de acompanhar as inovações tecnológicas, quem também atingem as atividades do Poder Público e reclamam a sua adequação às necessidade dos administrados"* (Hely Lopes Meirelles *Licitação e Contratos Administrativos*, no mesmo sentido Raul Armando Mendes, *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos pg.157)*
>
> *"... A Administração serve o público, não podendo, pois, eximir-se do dever de investigar a respeito dos mais perfeitos processos técnicos e dos mais adequados meios materiais e jurídicos para a proteção do interesse da coletividade."*JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Das Licitações Públicas pg. 284*)
>
> *"O contrato administrativo, subordinado ao interesse público e tendo como escopo a realização do bem-estar da comunidade, não é intangível, devendo a Administração alterá-lo ou mesmo rescindi-lo, sempre que os superiores interesses dos administrados comprovadamente o exigirem"* (Antonio Marcelo da Silva *Contratações Administrativas p.124/125*)

A mutabilidade dos contratos administrativos, segundo **Caio Tácito (*in*** Direito Administrativo, pág 292) "consiste em reconhecer a supremacia da Administração quanto a faculdade de inovar, unilateralmente, as normas de serviço, adaptando as estipulações contratuais às novas necessidades e conveniências públicas"

Eduardo Garcia Enterría e Tomás-Ramón Fernandez (*in* Curso de Direito Administrativo,pp.645/646), comentando sobre os contratos de obra pública, entendem que *"o que se persegue com estes contratos é satisfazer, da melhor maneira possível, o interesse público; se trata, antes de tudo, de construir a obra pública que demanda o interesse geral, de prestar o serviço público nas condições que exijam, em cada momento, as necessidades públicas, que o serviço está chamado a cobrir, de facilitar à Administração as coisas móveis que há mister."*

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

E prossegue:

> *"Se para conseguir estes fins, implícitos no contrato e co-naturais ao mesmo, é necessário adaptar, às novas necessidades, os termos do pactuado, esta adaptação é obrigatória. A inalterabilidade do fim impõe ou pode impor a alteração parcial ou, melhor ainda, a adaptação do objeto."*

A variação do interesse público, entretanto, não é ilimitada. Três ordens de limites são impostas ao administrador no exercício do poder-dever de melhor adequar o contrato, à consecução do interesse público: a primeira impede a total modificação do objeto contratado, por se constituir numa agressão ao princípio da isonomia; a segunda impede as supressões ou acréscimos (meramente quantitativas) no objeto contratado, além dos limites percentuais previstos em lei; e a terceira assegura ao contratado a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, ainda que o mesmo não possa opor-se à modificação pretendida, estando, portanto, obrigado a aceitá-la.

É relevante notar, que os princípios doutrinários ora expostos foram incorporados ao direito positivo brasileiro, inspirado na melhor doutrina, que, de forma expressa, traça as regras específicas, tanto para a celebração do ajuste quanto para a sua mutabilidade, execução e rescisão.

Com efeito, dispondo sobre as cláusulas exorbitantes ou implícitas em toda contratação administrativa, o art. 58, da Lei nº 8666/93 autoriza a modificação para melhor adequação às finalidades de interesse público.

Quanto às alterações que o contrato administrativo poderá sofrer, dispõe expressamente o art. 65, da lei nº 8666/93:

> *"Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
>
> ***I- unilateralmente pela Administração:***
>
> ***a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;***
> ***b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos na lei:***

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como o modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação de pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação do fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual"

Deflui da exegese dos dispositivos legais supra mencionados as seguintes assertivas:

a) a modificação do contrato é possível quando presente o pressuposto da sua melhor adequação ao interesse público que o mesmo visa tutelar:

b) que a modificação unilateral do contrato deve ser ***justificada***, e decorrer de imposição técnica ou de atenção a novas prioridades administrativas, não sendo, portanto, válida a alteração que se fundamente, exclusivamente, no exercício, pela Administração, de atividade discricionária.

Comentando o art. 65 supra transcrito, **Marçal Jústen Filho** (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos), não discorda deste entendimento. Segundo o autor *"a Administração após realizar a contratação, não pode impor alteração da avença mercê da simples invocação da sua competência discricionária. Essa discricionariedade já se exaurira porque exercida em momento anterior e adequado. A própria Súmula 473 do*

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

STF representa obstáculo à alteração contratual que se reporte apenas à discricionariedade administrativa".

> *"A Administração tem que evidenciar, por isso, a superveniência de motivo justificador da alteração contratual.* ***Deve evidenciar que a solução localizada na fase da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada.*** *Deve indicar que fatos posteriores alteraram a situação de fato ou de direito e exigem um tratamento distinto daquele adotado."* (o grifo não consta no original)

Assim, estando patente e demonstrada a necessidade do ajuste dos contratos às novas necessidades administrativas, em princípio, não existiriam óbice às alterações dos ajustes firmados pela CONDER.

Essas alterações são identificadas como serviços extras ou complementares. Assim, os novos serviços podem significar exclusivamente um ajuste de especificação técnica para melhor adequação do objeto à realidade, como podem representar a execução de novos serviços não previstos na planilha original.

Primeiro, é importante traçar a diferença que existe entre quantitativos adicionais e serviços complementares. Tem-se que os primeiros são serviços previstos contratualmente, e que apenas tiveram aumentados, durante a execução, seus quantitativos, e os segundos, são serviços não previstos contratualmente, mas executados em decorrência de alteração do projeto original, podendo decorrer de mero ajuste de especificação, devendo ser tratado como mera substituição e não como serviço complementar.

Impende, nesse momento, pontuar certos aspectos relevantes da alteração de projeto, posto que, tais abordagens se revelam de extrema importância para subsidiar as conclusões desta manifestação.

Estes aspectos poderiam ser resumidos nas seguintes questões:

a) A alteração de projeto pode decorrer de agravações imprevistas, sendo-lhe, portanto, aplicável, a Teoria da Imprevisão.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

b) A alteração de projeto e as modificações contratuais dela decorrentes podem ser impostas unilateralmente pela Administração ao Contratado, gerando, entretanto, o dever de ressarcir-lhe os custos acrescidos, para a manutenção do equilíbrio econômico - financeiro do Contrato.

c) A alteração de projeto, quando imposta por necessidade técnica, tem esteio no dever da Administração de atender com excelência o interesse público, do qual é gestora.

d) Não se pode confundir as modificações qualitativas decorrentes da alteração de projetos ou especificações com os meros incrementos quantitativos de unidades de serviços contratados. Se o aditamento contratual é imposto por uma alteração qualitativa de projeto não se lhe aplica o limite imposto pela lei para acréscimos contratuais, meramente quantitativos.

Pela simples leitura do art. 65, da Lei nº 8666/93, percebe-se que as hipóteses aventadas no inciso I, dizem respeito a modificações nas cláusulas regulamentares do contrato e as do inciso II, dizem respeito às cláusulas financeiras. Daí porque, somente as primeiras ***podem ser modificadas.*** Entretanto, cumpre ressaltar, que as duas hipóteses indicadas nas alíneas "a" e "b"do inciso I, não podem ter tratamento idêntico, nem pelo seu conteúdo, nem pelas suas consequências, dentre as quais avulta a da observância ou não, aos limites impostos pelo § 1º, do art. 65.

Esta inferência não é aleatória, pois basta que se atente para a redação das hipóteses para perceber-se que a lei só cogita de observância de limite (*...nos limites permitidos na lei),* quando trata de acréscimos e supressões **de quantidades.**

A diferenciação deve ser feita na gênese da necessidade administrativa e não na consequência dela - o acréscimo no preço contratado.

Esse entendimento de certa forma pode ser extraído da lição de Marçal Jústen Filho (ob. cit pg. 365), quando comenta a impropriedade da lei e da interpretação do dispositivo que cuida dos limites de acréscimo e supressão do valor contratado.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

"Modificação quantitativa.

Com redação esdrúxula, a alínea "b" refere-se a alterações quantitativas do objeto contratado. A dificuldade reside em a lei ***utilizar como parâmetro não a prestação propriamente dita, mas o valor do contrato.*** *Admite que a Administração introduza alterações (acréscimos ou supressões) que acarretem modificação de até 25% no valor inicial do contrato, quando se tratar de obras, serviços ou compras; quando se tratar de reforma de edifício ou equipamento, o limite será de 50%. Como apurar o valor da alteração?*
Não haverá dificuldade quando o contrato versar sobre unidades específicas e divisíveis, cujo valor individual possa ser discriminado. Quando, porém, existir preço global, torna-se inviável estimar a dimensão econômica do acréscimo ou da supressão. Suponha-se por exemplo, o contrato para a construção de uma edificação. Poder-se-ia afirmar que a redução de 25% da obra corresponderia a uma redução de 25% do preço? É evidente que não. Diante dessa dificuldade, a lei determina que a ausência de preços unitários no contrato será solucionada através de solução negociada de comum acordo entre as partes. Logo, o problema é remetido para o âmbito negocial, escapando da prerrogativa da Administração.

Mesmo quando existirem preços unitários, continuam a existir problemas. A lei olvida os princípios básicos de uma economia de escala. Quanto maior a quantidade, tanto menor o custo unitário. Logo, não se pode cogitar de simples redução ou acréscimo de quantidades. Reduzir 25% das quantidades não significa reduzir 25% do preço; acrescentar 25% nas quantidades não importa obrigatoriamente acrescentar 25% do preço. Em economia de escala, a redução ou o acréscimo nas quantidades podem não ser acompanhadas de variações aritméticas no preço. Portanto, o particular tem direito de exigir elevação no preço unitário quando forem reduzidas as quantidades desde que demonstre a alteração do preço unitário quando o acréscimo reduzir o custo".

Vê-se, de logo, quão tormentosa é a interpretação do dispositivo legal (§§ 1º e 2º do art. 65 da Lei Federal de Licitações), que trata de limites de aditamentos, posto que, ambos tratam de aumento de valor inicial contratado, sem cogitar da diferença, fundamental, que existe na gênese da necessidade administrativa: se o aumento ou supressão de custo decorreu de mero incremento de quantidades previstas na planilha original e foi determinada pela conveniência administrativa ou se tal acréscimo de custo decorreu de alteração de projeto por imposição técnica. **Induvidosamente, tais motivações para o**

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

incremento de custo contratual não podem ser colocadas num mesmo patamar de tratamento para a incidência do limite legal de acréscimo ou supressão.

Observe-se que, além da legislação não cogitar expressamente de limites quando trata de alteração de projeto ou de especificação, como o faz em relação ao aumento de quantidades, impõe o aditamento, qualquer que seja o seu valor, como ressarcimento ao contratado, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, para manutenção do equilíbrio econômico financeiro do Contrato (art.65,II,"d"da Lei Federal).

Ora, como conciliar então, a possibilidade de revisão de preço contratual, que não pode se enquadrar em limites, posto que, ela objetiva o ressarcimento de custos acrescidos em decorrência da incidência da Teoria da Imprevisão, com os limites de 25%, previstos nos incisos 1º e 3º do art. 65?

Por evidente, outra exegese deve ser buscada, já que não se pode admitir dispositivos conflitantes numa mesma lei, mormente quando se tratar de restabelecimento de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, direito insuprimivelmente assegurado ao Contratado, pelo art. 37, XXI, da Carta Magna.

Antonio Marcelo da Silva assim se posiciona, derredor do problema, discorrendo sobre "*Alteração de projeto, variação de quantidades e direito ao equilíbrio financeiro do Contrato*"*(BCL Jan 96 pg.15 a 18)*

> "Observe-se que o inciso I, do art. 58 fixa em norma legal o princípio do poder-dever de alteração unilateral do contrato administrativo, ao passo que o inciso I do art. 65, nas suas alíneas *a* e *b,* indica os dois únicos casos em que esta é admitida, a saber:
>
> - *modificação do projeto ou das especificações originais*, caso em que, se houver aumento dos encargos do contratado, "a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial" (cf. § 6º do art.65)
>
> - *variações quantitativas do objeto do contrato*, não decorrentes, em princípio, da alteração de projeto ou especificações, caso em que o contratado é obrigado a aceitá-las, "nas mesmas condições contratuais", até 25%, ou 50%, em se tratando de acréscimos relativos a reforma de

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

edifício" do valor inicial atualizado do contrato", vedado acréscimo ou supressão superior a esses limites (cf. §§ 1º e 2º do art. 65)

Em sua grande maioria os comentadores e intérpretes da Lei nº 8666/93 assim como os do Dec-lei nº 2300/86, que regulava a matéria quase nos mesmos termos), quando não passam ao largo, não tem sabido conjugar, corretamente esses dispositivos. Assim, diante de sua aparente incoerência, apelam para uma solução simplista, qual seja, a de considerar a alínea a do inciso I do art. 65, como abrangendo apenas as modificações qualitativas do projeto ou das especificações originais, de modo que, em havendo acréscimos ou supressões de quantidade, a alteração unilateral do contrato passará a ser regida pelo disposto na alínea b do mesmo inciso e pelos parágrafos que lhe são conexos.

Entretanto, quem tiver o cuidado de ler o trecho que se segue, de ***Hely Lopes Meirelles****, mentor do Dec-lei. 2300/86 (cf exposição de motivos, item 23, dentre outros), no qual se calcou quase por inteiro a Lei em comento, e de meditar sobre o seu conteúdo, provavelmente não incidirá no mesmo equívoco:*

"É também obrigação do contratado suportar acréscimos e supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras dentro dos limites previstos nas leis ou no caderno de encargos da repartição. Essas hipóteses não configuram alteração unilateral do contrato, como erroneamente se pensa, mas sim variações de quantidades admissíveis nos ajustes administrativos, sem modificação dos preços unitários e sem necessidade de nova licitação, bastando o respectivo aditamento quando se verificar o acréscimo, ou simples ordem escrita de supressão quando for o caso de redução, sempre observados os limites legais ou regulamentares.

Correlatamente, o contratado tem o direito e a obrigação de executar os acréscimos nas mesmas condições do contrato inicial, e a Administração não fica obrigada a compor perdas e danos quando determina reduções permitidas, sujeitando-se apenas ao pagamento do que já foi realizado antes da ordem de supressão. (Antonio Marcelo da Silva explica que o autor comentava então sob o título "Direitos e Obrigações das Partes", o § 1º do art. 55 do Decreto-lei 2300/86, reproduzido no § 1º do art. 65 da Lei nº 8666/93, mas defendia essa tese desde a primeira edição de sua famosa obra, quase com as mesmas palavras, como se pode ler na p.230)

Com esses ensinamentos, é que a Lei nº 8666/93 (tal como fazia o Decreto-lei 2300/83) cuida ***separadamente*** *da prorrogação dos prazos contratuais para as hipóteses de* ***alteração do projeto ou especificações***

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

(art.57,§ 1º, I) e de ***aumento de quantidades*** *(art.57, § 1º, IV), de modo a não deixar dúvida de que são institutos diversos e que o primeiro - alteração do projeto ou especificações - não se sujeita, absolutamente, ais limites previstos nos §§ 1º e 2º do referido art. 65. A confirmar esta exegese, o inciso I, do mesmo art.65, também aparta as duas espécies nas suas alíneas a e b, o que seria ilógico fazer, se o aumento ou diminuição de quantidades fosse mera consequência de alteração de projeto.*

É bem verdade que tais variações podem representar modificação de projeto ou de especificações, em sentido amplo, e que da modificação do projeto ou das especificações, em sentido estrito, podem resultar acréscimos ou reduções de quantidades. Esse argumento todavia, não é suficiente para validar a confusão que se vem fazendo entre as duas espécies de alteração unilateral de contrato, que a lei distingue no inc.I do seu art. 65, em conformidade com a prerrogativa que o art. 58, I, atribui à Administração.

O que não se admite é que as modificações do projeto bem como as variações de quantidades inovem o objeto do contrato ou superem os limites da habilitação do contratado, para não se constituírem em afronta ao princípio da licitação, como adverte Caio Tácito (cf. Direito Administrativo, 1975, pg.249).

Em outras palavras, se, em decorrência de modificação do projeto ou das especificações originais, renovar-se o objeto (passando de reforma a construção, por exemplo) ou, exigir-se maior qualificação para a sua execução, ou se circunstâncias requererem variações de quantidades superiores aos limites legais, é imperativa a rescisão do ajuste, para que se proceda a uma nova contratação, com ou sem dispensa de licitação conforme o caso.

Mas, se nada disso ocorrer, será válido o prosseguimento da execução pelo mesmo contratado, por extremadas que sejam as mudanças qualitativas e quantitativas provenientes da alteração do contrato ou especificações, *bem como no caso de supressão ou acréscimo de quantidades, se a variação se contiver nos lindes da Lei.*

Em conclusão, as regras que se extraem da doutrina e nas normas legais expostas nos itens anteriores são as seguintes:

- o Poder Público não depende do consentimento do contratado para alterar o contrato administrativo, qualquer que seja o seu objeto;

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

- as alterações admitidas pela lei são apenas as decorrentes de modificação de projeto ou das especificações e de variação de quantidades;

- as modificações de projeto ou das especificações não se sujeitam a quaisquer limites, qualitativos ou quantitativos, mas não podem afetar o objeto do contrato na sua essência;

- as variações de quantidades - acréscimos ou reduções das quantidades pactuadas -, só admissíveis enquanto contidas nos limites legais, autorizam apenas a alteração do valor do contrato e, em princípio, devem ser suportadas pelo contratado, nas mesmas condições contratuais;

- em qualquer dos casos legais de alteração unilateral do contrato, a Administração, na ocorrência de desfazimento do equilíbrio da equação econômico-financeira inicial, em prejuízo do contratado, deverá providenciar sua restauração, mediante termo aditivo."

O Tribunal de Contas da União, através da Decisão Plenária nº 215/99, coaduna com o entendimento ora esposado, condicionando, entretanto, a possibilidade de alteração qualitativa da avença administrativa, quando proposta além do limite legal disposto, à caracterização dos pressupostos de admissibilidade a seguir indicados:

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 diverso;
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 (...) 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

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

seja, gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

O limite legal imposto para as alterações dos contratos públicos somente poderá ser superado, para os casos de alterações qualitativas, quando ficar comprovado que esta medida seria menos dispendiosa para a Administração do que uma nova contratação.

Isto porque, observados os princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, não se pode ignorar que a restrição à alteração qualitativa dos contratos administrativos poderia, em casos específicos, gerar prejuízos de ordem financeira à Administração Pública, indo de encontro ao princípio da eficiência administrativa.

Em razão disto, não se vislumbrou qualquer impedimento legal para a celebração dos termos aditivos aos Contratos Administrativos em destaque.

De outra parte, vale registrar que nem a Lei nº 8.666/93, nem a Lei Estadual nº 9433/2005 vedam a compensação de valores acrescidos e suprimidos nos contratos, atendo-se, tão somente, na fixação dos percentuais máximos de modificação quantitativa do objeto.

Esta tese da impossibilidade de compensações entre acréscimos e supressões foi adotada pelo TCE nesta Auditoria que assume o posicionamento do TCU sobre o mesmo tema, mas sem observar as especificidades do caso concreto, como o fez a Corte Federal de Controle.

Nos anos de 2010 e 2011, o TCU, respectivamente através dos acórdãos 749/10 e 2059/2011, passou a estabelecer formas de verificar o atendimento aos limites de aditamento contratual, **a partir da análise do conteúdo** das alterações procedidas, inadmitindo compensações entre acréscimos e supressões.

Posteriormente, em face dos problemas identificados na aplicação prática desse critério aos contratos em andamento, a Corte de Contas Federal "flexibilizou", nos termos dos Acórdãos de nº 2819/2011 e 20681/2013, a aplicação deste entendimento, para que passasse a ocorrer nas futuras contratações, além de permitir a extrapolação dos limites do art. 65 da Lei Federal de Licitações, quando as alterações fossem qualitativas decorrentes de fatos supervenientes, desde que atendidos as pressupostos indicados no Acórdão 215/1999.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

Em julho de 2017 o Tribunal de Contas do Estado, em auditoria de contratos e convênios da CONDER, resolveu adotar este entendimento, sem, entretanto realizar a análise de conteúdo, como faz o TCU e sem considerar fatos relevantes, como a mera substituição de item da planilha – por exemplo, azulejo branco por azulejo azul que não constitui alteração supressiva, mas mera substituição sem alteração de valor.

A adoção da tese por esta Corte gerou proposta de Medida Cautelar, cujo Relator foi o Conselheiro Gildásio Penedo Filho, recomendando o expurgo dos valores constantes dos aditivos já celebrados no citado contrato nº 135/2014, que ultrapassassem o limite de 25% de acréscimo, sem, entretanto **avaliar o conteúdo dessas alterações como faz o TCU.**

Além disso, diferentemente do que ocorreu em âmbito federal, a Corte Estadual ainda não indicou expressamente se tais regras serão aplicadas de forma modulada - apenas nas futuras contratações -, conforme solicitação da CONDER, para que se preserve o interesse público e a segurança jurídica.

No julgamento da Cautelar, o plenário do TCE, após defesa oral da CONDER, e reconsideração pelo Relator, confirmada à unanimidade pelos demais Conselheiros, não adotou a recomendação da Auditoria e indicou que a área técnica elaborasse normas internas de auditoria com a definição de regras de aplicação sobre acréscimos e supressões, resultando na NT 02/2017 do Comitê de Auditoria – TCE/BA.

Entretanto, tal Nota Técnica não previu a modulação dos efeitos do entendimento ora firmado por essa Colenda Corte, em que pese ter sido o assunto discutido no Julgamento da medida cautelar referida, consoante se extrai dos trechos das manifestações dos Conselheiros Antônio Honorato e Gildásio Penedo Filho (relator) abaixo transcritos, respectivamente:

> "Ademais, a Corte Federal de Controle, de onde quer se extrair a nova orientação, preserva, em seus julgados, a estabilidade das relações e a segurança jurídica, conforme verificamos, ao declarar expressamente que o comando está dirigido às futuras contratações, evitando possíveis danos ao interesse público, em decorrência da paralisação de obras já em via de finalização."

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

> "Por isso que tendo a reformular a minha posição, conselheiro Honorato, muito na sintonia do voto de V.Exa. para, de certa forma, sinalizar para o futuro, já que o contrato em si está praticamente no seu termo e que uma implementação dessa natureza poderia de certa forma, alcançar o interesse público, que deve ser preservado para efeito de uma medida dessa natureza, dadas, inclusive, as argumentações."

Em razão disto, caso esta Corte de Contas não acate o critério que até então vem sendo aplicado por esta empresa na celebração de aditivos contratuais, que ressalte-se, tem amparo legal, jurisprudencial e doutrinário, confirmados nos diversos opinativos jurídicos sobre o assunto, solicitamos sejam modulados os efeitos da decisão para que este novo entendimento **passe a ter reflexo nas próximas contratações e que as Auditorias doravante realizadas se debrucem numa análise pormenorizada dos acréscimos e supressões da mesma forma que o TCU procedeu quando da prolação dos acórdãos acima indicados.**

Feitas estas considerações preambulares, passamos a esclarecer ponto a ponto o Relatório

4.1.1 CONTRATO 135/2014 – RESPOSTA DIHAB

Quanto a suposta inobservância dos limites legais em relação às alterações de valor do Contrato 135/2014, verifica-se que o apontamento deste Tribunal teve como respaldo jurisprudencial os acórdãos do TCU nºs 749/2010 e 2059/2011, que tiveram os seus efeitos modulados pelos acórdãos de n° 2819/2011 e 2681/2013, para que nas próximas contratações das entidades auditadas fosse observada a impossibilidade de compensação entre acréscimos e supressões. Tal postergação para o futuro dos efeitos da tese esposada nos citados acórdão teve por objetivo preservar o interesse público primário consubstanciado na manutenção das contratações, tendo em vista que, até a prolação destas decisões a Administração desconhecia tal posicionamento do TCU.

Outra não deve ser a interpretação para o contrato nº 135/2014, senão aquela emanada nos Acórdãos citados acima, eis que, além de terem sido as alterações realizadas com amparo na Lei correlata, a execução do ajuste que ora se busca concluir tem grande impacto social.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

Isso porque o ajuste tem por único objetivo acabar com as constantes enchentes na região, assim como em bairros e ruas adjacentes à Lagoa da Base, no Município de Lauro de Freitas.

Trata-se, portanto, de garantir o atendimento aos interesses sociais e de saúde pública.

A par do desconhecimento, até então, da tese acima exposta, não podemos concordar que as situações que geraram os acréscimos e supressões neste contrato pudessem ser contornadas com providências diversas das adotadas. Com efeito, conquanto tenha esta Corte de Contas considerado em seu relatório de auditoria, que a CONDER teria promovido alterações contratuais que acresceram 36,6% ao valor original do contrato em função de deficiências de projeto, diferentemente do que sustentam os ilustres Auditores, as modificações porventura realizadas decorreram, efetivamente, de fatos supervenientes, para os quais não concorreram, nem contratante, nem contratado.

Reafirmamos que a obra em questão apresenta elevado grau de dificuldade executiva diante da grande complexidade técnica na determinação das soluções efetivamente mais adequadas, que muitas vezes só podem ser qualificadas durante a execução do contrato, apesar dos estudos realizados quando da elaboração do projeto.

De outra parte, não há como se desconsiderar o fato de que a execução da obra vem sendo extremamente conturbada por fatores externos como, por exemplo, o embargo (em outubro de 2015) que levou à paralização dos serviços, imposto pelo Município de Lauro de Freitas, atendendo à determinação do Ministério Público do Estado da Bahia – Promotoria de Justiça da Comarca de Lauro de Freitas, permanecendo paralisada até setembro de 2016.

Forçoso concluir, portanto, que esta interferência externa na normal execução da obra gerou custos imprevistos, instrumentalizados pelo 4º aditivo, que não podem deixar de ser considerados como decorrentes de fato superveniente, independente da vontade das partes contratantes, Assim sendo, custos como, remobilização, execução de poço de serviço em concreto armado, além dos serviços de recomposição do pavimento que totalizaram R$ 851.227,48 e se fizeram necessários para possibilitar a retomada da obra após a sustação do embargo, não podem ser tratados como meros acréscimos por

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

deficiência de projeto, mas sim, decorrentes de fatos supervenientes que representaram um impacto de 6,77% do valor contratual.

Nesta linha, não se pode ignorar as circunstâncias que cercam a execução de intervenções em área urbana, principalmente às relacionadas à ocupação desordenada de poligonais de intervenção, sob pena de inviabilizar a análise correta das razões que concorreram para as alterações contratuais.

Quanto ao apontamento constante no relatório de que o preço inserido no contrato referente à alteração do método executivo de rebaixamento de lençol, originalmente previsto para ser realizado com a utilização de bomba autoescorvante, gerou um acréscimo indevido da ordem de R$ 260.000,00, temos a informar o que se segue:

A capacidade da bomba inicialmente prevista na fase de projeto levou em consideração as sondagens realizadas na oportunidade e se mostrava suficiente para a execução do rebaixamento do lençol.

Entretanto, durante a execução da obra, e após a realização de teste para verificação de sua eficiência, percebeu-se a necessidade de ampliar a capacidade de esgotamento do lençol freático, por meio de ponteiras filtrantes tipo "well point" e bomba submersa, eis que tal metodologia executiva apresentava-se mais adequada aos níveis de água encontrados, que em muito divergiam dos patamares apontados nas sondagens realizadas no local, à época da elaboração do projeto.

Como tais serviços não constavam no sistema referencial de custos utilizados pela CONDER, foi necessária a realização de uma pesquisa de preço junto a empresas especializadas na execução deste tipo de serviço, adotando-se como base o menor preço dentre os pesquisados, apresentado pela Aquífero Locação de Equipamentos Ltda.

Assim, especificamente quanto à alegada "*impropriedade na definição do preço tido como referencial, seja pela forma de obtenção, seja pelo valor resultante. Ao acrescentar o BDI ao preço tomado como referência, (...)*", a CONDER reconhece o equívoco relativo à duplicidade de aplicação do BDI, discordando, entretanto do valor da diferença

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

CONDER
Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia

encontrada pelo TCE, conforme tabela abaixo, que explica o cálculo utilizado pela CONDER:

	VALOR	DIFERENÇA
CONTRATO ADITADO	R$ 1.147.872,34	
ENTENDIMENTO DO TCE	R$ 887.517,15	R$ 260.355,19
PROPOSTA AQUÍFERO	R$ 1.044.015,00	
DESÁGIO – 14.99%	R$ 156.497,85	
SEM BDI DE 23,08%	R$ 721.089,66	
ENTENDIMENTO DA CONDER (R$ 721.089,66 x 1,2644 – BDI GIMMA)	R$ 911.745,77	R$ 236.126,57

Aplicando-se o desconto de 14,99% sobre a proposta da citada empresa no valor de R$ 1.044.015,00, e após subtrair o BDI informado pela Aquífero (**ANEXO I**), chega-se ao valor de R$911.745,77, aí já considerado o BDI de 26,44% previsto no contrato original, diferente do valor de R$887.517,15 apontado pelo TCE.

Diante do exposto, o acréscimo indevido foi da ordem de R$ 236.126,57 e não o indicado por este tribunal.

Por fim, cumpre-nos informar que a CONDER já iniciou as tratativas com a empresa Contratada, através das correspondências DIHAB nº 038 e 039/2017 (**ANEXO II**), para adequar o valor do aditivo tendo em vista o equívoco percebido no BDI, com vistas ao ressarcimento dos valores pagos a maior, e cautelarmente bloqueará os créditos da empresa para fazer face à diferença apurada.

4.1.2 CONTRATO 073/2015 – RESPOSTA DIROE

Este Contrato teve por objeto as OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA PARA CONSTRUÇÃO DE VIA DE LIGAÇÃO ENTRE A AV. PARALELA (NAS PROXIMIDADES DO TROBOGY) À RUA ARTÊMIO VALENTE (NAS PROXIMIDADES DO ESTÁDIO MANOEL BARRADAS / CANABRAVA), EM SALVADOR – BAHIA.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

CONDER
Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia

Inicialmente, cumpre-nos registrar que, conquanto tenha a Auditoria acatado as justificativas sobre a superveniência dos fatos que geraram o apontamento sob comento, posicionou-se pela manutenção da irregularidade.

Isto porque, segundo o entendimento da Auditoria, teriam ocorrido compensações entre acréscimos e supressões, superando o limite de 25%.

Entretanto, o entendimento da Auditoria peca por desconsiderar a característica da alteração que foi qualitativa, e não, meramente quantitativa. Com efeito, como já discorremos na introdução deste apontamento, não se aplica o limite de 25% para alterações qualitativas, a teor do disposto no Acórdão nº 215/1999 TCU/Plenário.

Tal decisão impõe apenas como pressupostos de admissibilidade para a extrapolação de 25% a satisfação das seis exigências contidas na referida decisão, transcritas no Relatório de Auditoria.

Com efeito, restou comprovado que os acréscimos e supressões de serviços inseridos nos aditivos, do contrato nº 073/2015 foram devidamente justificados, através da manifestação anterior encaminhada a esta Corte, e ocorreram de acordo com a necessidade encontrada para viabilizar a execução da obra, e foram decorrentes dos fato superveniente adiante explicitado, e que foram observados, no processo do aditivo, os seis pressupostos do acórdão antes referido.

Essas modificações de caráter qualitativo, foram necessárias, repita-se, por causa de alterações no traçado da obra.

Conforme demonstrado na manifestação anterior, o 1º Termo Aditivo foi celebrado devido a fato superveniente que implicou em dificuldades não previstas na ocasião da contratação.

Efetivamente, consoante verifica-se no ofício enviado pela EMBASA à CONDER em agosto de 2014 (anterior, portanto, à instauração da licitação), nos foi informado que o prazo final para execução e conclusão do Coletor "L" e, consequentemente, a desativação da lagoa de tratamento, em interferência com o projeto original do contrato, se daria em junho de 2015.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

CONDER
Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia

Posteriormente, **após o inicio da obra** da Ligação Viária, em fevereiro de 2016, a EMBASA comunicou que esta desativação da lagoa de tratamento não mais ocorreria dentro do prazo definido. Assim, a não desativação da lagoa de tratamento foi determinante para a alteração do traçado de projeto, que culminou na celebração do 1º Termo Aditivo.

Caso esta alteração do traçado do projeto não fosse executada, a ligação viária não teria funcionalidade.

Reforça o acerto da decisão da CONDER em alterar o projeto, o fato de que, em outubro de 2017, a EMBASA encaminhou um novo Ofício (**ANEXO III**) onde questiona a ocorrência de interferências entre a ligação viária e o seu sistema de esgotamento sanitário, solicita reparos nas tubulações e ainda, a construção de acessos à lagoa de tratamento, ampliação de muros, o que demonstra a intenção da Concessionária em não mais desativar a lagoa de tratamento.

Ademais, os aditivos elaborados pela CONDER observam os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além de respeitar os pressupostos de admissibilidade definidos na Decisão 215/1999 – TCU/Plenário.

Esses aditivos não acarretam 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.

Com base na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, caso ocorresse a Rescisão contratual, a empresa executante teria direito à:

I - devolução de garantia; II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; III - pagamento do custo da desmobilização.

Além disso, "*No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados*".

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

Conclui-se, portanto, que o procedimento utilizado pela CONDER evitou prejuízos à Administração, uma vez que foi necessário para possibilitar a completa execução do objeto, com viabilidade técnica-financeira e preservada a sua funcionalidade.

4.1.3 CONTRATO Nº 063/13 - RESPOSTA DIEPP

Este contrato se encontra vigente por ainda haver um processo de aditivo e meta física que está em análise do cliente (UESB), já que é proveniente da extinta SUCAB.

Quanto ao percentual de 26,38%, que entende a auditoria do TCE ter ultrapassado o limite legal em **1,38%** em função dos aditivos celebrados, informamos que os serviços alterados foram necessários para dar funcionalidade ao empreendimento.

Vale ressaltar que, na época que tais aditivos foram elaborados pela extinta SUCAB, esta Corte ainda não adotava a tese da impossibilidade de compensação entre acréscimos e supressões. Assim, a área técnica pautou-se apenas no respeito ao limite de 25% estabelecido na lei de licitações.

4.1.4 CONTRATO Nº 028/16 - RESPOSTA DIEPP

No tocante ao percentual de 25,25%, que entende a auditoria do TCE ter ultrapassado o limite legal em **0,25%** em função dos aditivos celebrados, informamos que os serviços alterados foram necessários para dar funcionalidade ao empreendimento, bem como para melhorar as condições de atendimento aos usuários da Policlínica.

Da mesma forma do quanto explanado nas justificativas apresentadas ao apontamento anterior, na época que tais aditivos foram elaborados, esta Corte ainda não adotava a tese da impossibilidade de compensação entre acréscimos e supressões. Assim, a área técnica pautou-se apenas no respeito ao limite de 25% estabelecido na lei de licitações, ficando próximo ao limite legal.

4.1.5 CONTRATO Nº 116/14 - RESPOSTA DIROE

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

Antes da apresentação de informações/elementos técnicos para justificar os aditivos pactuados, se faz necessário apresentar algumas considerações a cerca da solicitação do TCE:

- **COM RELAÇÃO AOS ACRÉSCIMOS DE SERVIÇOS:**

Conforme já explicitado nas considerações introdutórias deste item, as alterações unilaterais dos contratos públicos podem ser de ordem qualitativa ou quantitativa.

É importante destacar que embora as modificações qualitativas não alterem o objeto do contrato em si, seja em sua natureza, seja em sua dimensão, há de se ressaltar que a sua implementação, na grande maioria das vezes, implica em alteração do valor do contrato, como decorrência lógica do postulado da obrigatoriedade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O TCU, de forma excepcional, admite que os limites previstos no §1° do art. 65 sejam ultrapassados, desde que sejam cumpridos alguns condicionantes, conforme Acórdão 215/1999, multicitado.

Após as considerações anteriormente expostas, passamos a comentar as alterações implementadas no contrato 116/14, objeto de solicitação de justificativa pelo TCE:

TABELA DO ESTUDO DOS PERCENTUAIS EXECUTADOS NO CT 116/14		
CONDER		
VALOR DO CONTRATO	R$ 10.045.063,42	
ACRÉSCIMOS TOTAIS		
ACRÉSCIMOS ADT 3	R$ 4.529.424,28	
ACRÉSCIMOS ADT 5	R$ 1.629.759,56	
	R$ 6.159.183,84	61,32%
SUPRESSÕES TOTAIS		
SUPRESSÕES ADT 3	R$ 2.926.455,70	
SUPRESSÕES ADT 5	R$ 896.087,67	38,05%
	R$ 3.822.543,37	
ACRS TOTAIS - SPR TOTAIS		23,26%

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

Conforme pode ser observado no quadro acima, a partir de uma avaliação conjunta de acréscimos/supressões, houve um reflexo financeiro da ordem de + 23,26%. Porém, considerando o questionamento do TCE, a partir desta nova interpretação da lei de licitação que a auditoria passou a adotar, relacionamos, a seguir, alguns fatos que julgamos necessários ao correto entendimento dos ajustes realizados à época, e que constam das Justificativas Técnicas dos Processos administrativos que respaldaram os Aditivos.

Além disso, é importante salientar, que todos os processos obtiveram "parecer de conformidade" da Coordenação Geral de Acompanhamento, conforme determina a Portaria DIPRE nº 313/15 (**ANEXO IV**).

- **SOBRE O 3º ADITIVO DE 15,96%, PACTUADO EM JULHO DE 2016:**

A alteração da planilha contratual foi ocasionada pela necessidade de adequação dos serviços de terraplenagem, ocorrido por conta da ocorrência de solos incompetentes "solo mole" sob a base do aterro da alça do eixo 1 (saída sentido Salvador). Esta condição não tinha sido detectada na elaboração do Projeto Básico, pois o proprietário da área, à época, não permitiu o acesso das equipes de sondagem para fazer as prospecções no solo, fato que só ocorreu após decisão judicial que concedeu a imissão na posse da área (**ANEXO V**), e com a obra já em curso.

A substituição de "solo mole" (**ANEXO VI**) aliado ao fato da inexistência de jazidas disponíveis para empréstimos sem custo para o Estado a uma distância de até 10km impactaram, significativamente, para a elevação de custos do item terraplenagem.

O impacto neste item, se considerado o acréscimo de aterro de 78.240m³ inicialmente previsto para 111.364m³ e a aquisição de material para aterro, além dos serviços correlatos, ocasionaram um incremento de 12,43% sobre o valor inicialmente contratado.

Nesse sentido, entendemos que a adequação dos serviços e/ou quantitativos para execução do item terraplenagem não pode ser considerado como compensação. Estas

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

alterações ocorreram em razão de fatos supervenientes e foram necessárias à completa execução do objeto contratado.

Ainda em relação ao 3º Aditivo, há que se atentar para o item "Obra de Arte Especial-OAE/Infraestrutura", em que foi necessária a alteração do método executivo das fundações devido a características do solo que não ficou evidenciada nas sondagens executadas na fase de projeto da OAE. A alteração do tipo de solução para a fundação, de estacas tipo hélice contínua por estacas tipo raiz foi motivado pelos seguintes fatores:

1- Inicialmente, quando da elaboração do Projeto Básico foi realizada uma campanha de sondagens a percussão com execução de três furos (um para cada par de apoios), as perfurações variaram de 17,03 a 19,90 m, e o relatório de sondagens descrevia um perfil de solo variando entre: Argila arenosa **dura** variegada (cinza), Argila grossa silto-argilosa **compacta e muito compacta** e areia grossa **compacta**. Sem, contudo apontar para a presença de rocha.

2- Quando da elaboração do Projeto Executivo foi realizada nova campanha de sondagem (**ANEXO VII**), desta vez com dois furos por par de apoio, devido a constatação de material rijo a partir de treze a dezoito metros. Em razão disto, foram realizadas sondagens mistas (percussão e rotativa), restando evidenciado a presença de **matacão** e **rocha** no perfil do solo a partir das profundidades acima citadas.

3- Posteriormente, houve a alteração do posicionamento dos pilares centrais por determinação da VIABAHIA, com vistas a propiciar a ampliação futura da rodovia, sendo necessário o deslocamento dos seus eixos para o canteiro central existente. Para tanto, foi necessária a manutenção de um vão central do viaduto com no mínimo 40,0 metros, pelo que foram realizadas mais duas sondagens mistas que confirmaram a presença de **matacão, pedregulho e rocha sedimentar**.

As características geotécnicas do solo local evidenciadas pelas sondagens rotativas, não permitem a perfuração com equipamento hélice até a cota de projeto. A existência de camadas de matacão e ou rocha torna incompatível a adoção da tecnologia de fundação em estaca hélice, pois a hélice não consegue atravessar essas camadas. Por esse motivo optou-se por projetar estaca raiz, pois na adoção desta metodologia não existem

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

restrições quanto ao avanço do furo em camadas duras, seja por presença de matacões no solo, ou mesmo rocha.

Ressalta-se, também, que o ajuste metodológico do projeto de fundações, em face das condições encontradas no local, não é incomum em obras deste porte, uma vez que, como em qualquer investigação geotécnica por sondagens, dando-se tais investigações por amostragem, os pontos investigados preliminarmente podem não representar o perfil geotécnico dominante do local, como aconteceu neste caso.

Restando, então, definida a tecnologia de estaca raiz como solução mais adequada, ficaram determinados três métodos distintos de execução, a saber:

- Estaca raiz (perfuração rotativa com tricone) **em solo** com diâmetro de 410mm;
- Estaca raiz (perfuração telescopada com martelo) **em solo** de alta dureza e/ou com presença de matacão com diâmetro de 310mm;
- Estaca raiz (perfuração com martelo) em rocha com diâmetro de 310mm.

Para este item, salientamos tratar-se de execução do mesmo macro-serviço contratado, ou seja, fundação profunda em estaca de concreto armado com perfuração e injeção, que são compostos das seguintes atividades: perfuração do solo, aço, concreto e injeção.

Assim, a alteração do método executivo de estaca hélice para estaca raiz, não configura compensação de serviço, mesmo que nesse caso especifico tenham sido incluídos serviços inicialmente não previstos tais como: arrasamento de estacas e prova de carga estática dentre outros.

Destarte, o custo final do item infraestrutura no 3º Aditivo ficou 6,805% inferior ao valor contratado, pelo que não concordamos com a interpretação dada pela auditoria quando trata de supressões e acréscimos, observando apenas os números da planilha contratual sem, entretanto, considerar o objeto contratado e sua forma de execução.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

Verifica-se, portanto, que se aplicado o entendimento da auditoria para o item em pauta, teríamos o seguinte resultado:

Supressões .....R$701.712,30 = 52,21% do item;

Acréscimos ..... R$610.250,80 = 45,40% do item.

Desta forma, reiteramos a discordância quanto a interpretação dada ao tema pela auditoria, pois entendemos que os ajustes promovidos na planilha relativos ao item OAE/infraestrutura, não descaracterizou o objeto contratado, nem configurou alteração de serviços (perfuração, concreto, aço e injeção). Trataram-se, como visto, apenas de mudança de método executivo, apresentando ganhos para administração pública, quando considerada a economia gerada pela mudança da metodologia executiva das estacas.

- **SOBRE O 5º ADITIVO DE 7,30%, PACTUADO EM JULHO DE 2017:**

A alteração promovida na planilha objeto do 5º Aditivo foi de forma mais geral, adequando o escopo/objeto às condições encontradas em campo e visando a compatibilização operacional da interseção (viaduto) com a funcionalidade da Rodovia BR-324.

Nesse sentido, contribuiu fortemente as exigências extemporâneas advindas da VIABAHIA para intervenção nas pistas da BR-324 visando o encaixe das alças de acesso (entrada e saída) do viaduto.

Em, 08 de junho de 2017 a VIABAHIA encaminhou correspondência a CONDER (**ANEXO VII**), solicitando readequação da geometria das pistas da BR-324 (trecho da interseção), de forma a evitar a acentuação das curvas reversas nos trechos anterior e posterior aos encaixes do viaduto.

Para tanto, apontou como alternativa "o alivio das curvas reversas feitas para o alargamento no local do retorno em ambos os sentidos da rodovia, projetando um traçado geométrico retilíneo".

Salientamos que as ditas curvas reversas já existiam na BR-324, duas em cada sentido da rodovia e distantes entre si aproximadamente 400m. Ocorre que, conquanto tenha o

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

projeto passado pela análise e aprovação da VIABAHIA e ANTT, tais serviços de readequação da geometria da BR-324 não foram cogitados, nem pela Concessionária, nem pelo órgão regulador.

Esta exigência só foi apontada no momento da finalização dos encaixes das alças do viaduto na BR-324. Nesta oportunidade, a VIABAHIA determinou (**ANEXO VIII**), ainda, o dimensionamento das camadas de pavimento a serem aplicadas nos trechos readequados, assim como solicitou a implantação de barreiras de concreto na saída do Bairro Limoeiro para proteger os pilares de uma passarela existente, caracterizando assim fatos supervenientes à celebração do contrato.

As alterações no projeto de geometria e os demais serviços para atendimento da exigência extemporânea da VIABAHIA resultaram em acréscimo de quantitativos nos itens terraplenagem, pavimentação, drenagem e sinalização.

No caso específico do item pavimentação, que já havia passado por um ajuste no projeto executivo, houve a necessidade de incremento destes serviços, que já haviam sido reduzidos no 3º Aditivo.

Diante de tais fatos, há uma incoerência na interpretação meramente numérica das planilhas de aditivo promovida pela auditoria. Vejamos:

No 3º aditivo houve uma redução do valor dos serviços de pavimentação de R$1.309.751,36 para R$727.468,30. Já no 5º Aditivo, em face da ocorrência do fato superveniente, o valor do item pavimentação passou para R$1.042.050,13. Neste caso, considerado a interpretação da auditoria houve no 3º aditivo uma supressão de 55,54% do item, e posteriormente no 5º aditivo, um acréscimo de 69,81% do item, sendo que os dois percentuais estão impactando na análise global do contrato.

Para efeito de análise contratual, a repercussão das alterações do item pavimentação no contrato, independentemente da situação de superveniência, implica numa redução de valor de R$1.309.751,36 (valor contratado) para R$1.042.050,13 (valor do 5º aditivo), ou seja, uma supressão da ordem de 20,44% do item.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

CONDER
Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia

Por tudo aqui exposto, entendemos que a avaliação procedida pela Auditoria sobre ajustes/adequações no objeto/escopo, não pode limitar-se à verificação de uma tabela de (+) e (-), sob o risco de ocorrerem equívocos quando da avaliação/interpretação do fato motivador da adequação.

Portanto, considerando os esclarecimentos aqui prestados, registramos que estes são parte integrante da instrução processual que solicitou a celebração do Aditivo, obtendo parecer de conformidade da CGA e também da área jurídica da CONDER.

Ademais, merece também registro que as alterações de planilha, bem como as adequações técnicas, foram realizadas na busca da consecução do objeto contratado, visando ofertar à população, de maneira mais célere, os benefícios dessa interligação entre a Av. Nóide Cerqueira e a BR-324 (sentido Salvador), o que por certo, propiciou a melhoria da mobilidade entre o Centro de Feira de Santana e a porção leste do município, incluindo os deslocamentos em direção a BR-101 e Salvador.

QUADRO RESUMO DA ANÁLISE DOS ADITIVOS

CONTRATO N.º 116/2014			
VALOR CONTRATO	R$	10.045.063,42	
VALOR (PAD 3) 6º ADITIVO	R$	12.436.996,49	
TOTAL ADITADO	R$	2.391.933,07	
PERCENTUAL ADITADO		**23,81%**	
ANALISE COMPARATIVA VALOR CONTRATUAL X VALOR ADITADO			
ACRÉSCIMOS TOTAIS			
SERVIÇOS NOVOS	R$	2.276.912,97	22,67%
SERVIÇOS ACRÉSCIMO	R$	2.865.218,22	23,04%
TOTAIS ACRESCIDOS	R$	5.142.131,19	51,19%
TOTAIS DECRESCIMOS	R$	2.750.198,13	27,38%
ACRÉSCIMO - DECRESCIMO	R$	2.391.933,06	**23,81%**
ANALISE DE ACRÉSCIMO CONSIDERANDO FATO SUPERVINIENTE E ACRESCIMO QUALITATIVO			

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

CONDER
Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia

TOTAL DE ACRESCIMO APONTADO PELO TCE	R$	6.159.183,84	61,35%
SERVIÇOS REMANEJADOS INTERNAMENTE NA PLANILHA	R$	1.017.052,65	10,16%
TOTAL DE SERVIÇOS EFETIVAMENTE ACRESCIDOS	R$	5.142.131,19	51,19%
SERVIÇOS NOVOS OU ACRESCIDOS POR FATO SUPERVINIENTE, OU DE ORDEM QUALITATIVA			
EM DECORRÊNCIA DA TROCA DE "SOLO MOLE" E SERVIÇOS CORRELATOS (FATO SUPERVINIENTE)	R$	1.286.406,86	26,47%
EM DECORRÊNCIA DA ADEQUAÇÃO DO METODO EXECUTIVO DA FUNDAÇÃO (FATO SUPERVINIENTE)	R$	388.475,58	
EM DECORRÊNCIA DE ATENDIMENTOS À EXIGÊNCIAS EXTEMPORÊNEAS DA VIABAHIA	R$	141.261,24	
ALTERAÇÕES DE ORDEM QUALITATIVA E/0U NECESSÁRIAS PARA CONCLUSÃO BA OBRA	R$	843.126,70	
ACRÉSCIMO DE QUANTITATIVO E/OU SERVIÇOS NOVOS A CONSIDERAR	R$	3.855.724,33	24,72%

4.2. ATRASO NA EXECUÇÃO DA OBRA

4.2.1 CONTRATO Nº 135/14 - RESPOSTA DIHAB

Quanto a este apontamento, referente a atraso na execução das obras do Contrato nº 135/14, como já explicitado na resposta ao item, reiteramos que este ocorreu em função da suspensão da obra, provocada pelo embargo imposto pelo Município de Lauro de Freitas, seguindo determinação do Ministério Público Estadual, sob o argumento de que o Alvará de Construção estaria vencido. Com isso, a obra foi paralisada em outubro de 2015, com 28% dos serviços executados, sendo retomada em setembro de 2016.

Reitera-se, nesta oportunidade, que a intervenção em tela já contava com uma solicitação de alvará protocolada desde dezembro de 2013, que somente foi deferida em fevereiro de

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

2015, e, mesmo assim, com validade de apenas de 06 meses, apesar dos 18 meses previstos no cronograma de execução da obra.

Cabe ainda reforçar que no mês de maio de 2015 a CONDER requereu a **Renovação do Alvará** emitido em fevereiro de 2015, sendo que apenas no mês de julho, o Município informou da impossibilidade de atendimento do pleito de renovação, o que obrigou a CONDER a protocolar novo pedido de alvará no dia 23 do mesmo mês.

Assim, entendemos que o atraso na execução da obra, encontra-se plenamente justificado, principalmente diante do fato de que houve a suspensão da obra por decisão do Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Lauro de Freitas que determinou ao INEMA a suspensão do Outorga emitida para execução da obra, o que acarretou a segunda paralisação dos serviços.

Atualmente, a obra se encontra em execução parcial devido a uma decisão da 1ª Vara que autorizou apenas a continuidade dos serviços referentes a cravação de tubos de concreto considerando o risco de interrupção destes serviços.

4.3 OBRA PARALISADA - RESPOSTA DIEPP

Cumpre esclarecer que o contrato nº 077/2013-S, para construção do pavilhão de aulas da UEFS, foi celebrado pela extinta SUCAB que detinha competência legal para executar todas as obras prediais do Estado. Após a extinção da referida Autarquia o contrato passou a ser gerido pela CONDER, mantida, entretanto, a responsabilidade de repasse de recursos pela UEFS. Ocorre que tal instituição apenas voltou a aportar recursos para custear a continuidade das obras, em novembro de 2017, em que pesem as solicitações à referida Universidade (**ANEXO IX**), pelo que ficou o contrato paralisado por falta de pagamento, desde a última medição elaborada em maio de 2015.

4.4 OBRA COM PRAZO DE EXECUÇÃO EXPIRADO - RESPOSTA DIHAB

O contrato nº 102/14 firmado com o Consórcio Ipitanga foi objeto de Auditoria, tendo esta Corte de Contas concluído pela necessidade de realização de novo certame licitatório, considerando a ausência de formalização de termo aditivo tempestivo.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

Inicialmente, oportuna se faz a diferenciação entre os contratos denominados "de escopo" e aqueles de execução continuada. Os contratos de escopo são aqueles em que o Ajuste celebrado entre o particular e a Administração Pública prevê a obrigação de uma prestação específica e delimitada, permitindo-se concluir que se exaure após a plena execução desta.

Diversamente, os contratos de execução continuada possuem obrigações que se renovam com o decurso do tempo, não existindo escopo específico que possa ser executado em um prazo pré-estabelecido.

Sendo assim, os contratos por escopo impõem um resultado certo e final, enquanto que nos contrato de execução contínua importa na verificação de uma mesma atividade todos os dias.

Sobre o tema, pertinente a transcrição do ensinamento de Hely Lopes Meirelles, na forma a seguir transcrita:

> *"Necessário é, portanto, distinguir os contratos que se extinguem pela conclusão de seu objeto e os que terminam pela expiração do prazo de sua vigência; nos primeiros, o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando o prazo como limite de tempo para a entrega da obra, do serviço ou da compra sem sanções contratuais; nos segundos o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, e, assim sendo, expirado o prazo, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto..."*

Marçal Justen Filho salienta a necessidade de se distinguir os contratos de execução instantânea dos de execução continuada, com vistas a determinar a duração dos contratos administrativos. Assim leciona o autor:

> *"Os contratos de execução instantânea impõem à parte o dever de realizar uma conduta específica e definida. Uma vez cumprida a obrigação, o contrato se exaure e nada mais pode ser exigido do contratante. Assim se passa, por exemplo, com o contrato de compra e venda à vista de um imóvel. Tão logo o vendedor promove a tradição da coisa e o comprador liquida o preço, o contrato está exaurido.*
> *Já os contratos de execução continuada impõem à parte o dever de realizar uma conduta que se renova ou se mantém no decurso do tempo.*

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

> *Não há uma conduta específica e definida cuja execução libere o devedor (excluídas as hipóteses de vícios redibitórios, evicção etc.). Assim se passa, por exemplo, com o contrato de locação. O locador deve entregar o bem locado ao locatário e assegurar-lhe a integridade da posse durante o prazo previsto.*
> *A problemática do prazo de vigência apresenta contornos distintos conforme a natureza do contrato. Tratando-se de contrato de execução instantânea, o prazo de vigência será aquele necessário a que a parte promova a prestação devida. Em princípio e considerando a grande maioria dos casos, esse prazo será fixado pela Administração tendo em vista sua conveniência. As dificuldades maiores envolvem os contratos de execução continuada. A execução da prestação que incumbe à parte pressupõe, necessariamente, a delonga. Suponha-se o contrato para execução de uma obra pesada de engenharia civil. Não haveria cabimento em estabelecer que o prazo de duração do contrato seria de dois meses quando, materialmente, a obra não pudesse ser executada nesse período.*
> *Embora o silêncio do legislador, o art. 57 visa a regular precipuamente os contratos de execução continuada. Quanto aos de execução imediata, o problema usualmente não se opõe. No ent*
> *anto, devem considerar-se extensíveis a eles as disposições do art. 57, no que forem aplicáveis."*

No caso concreto, o referido ajuste tem por objeto, através do regime de contratação integrada, a elaboração de projetos básicos/executivos e execução de obras do manejo integrado de águas pluviais do Rio Ipitanga e afluentes. Trata-se, portanto, de nítido contrato de escopo, cuja execução está relacionada ao cumprimento de objeto específico, que no caso, inclui obra certa e determinada.

Aponta a Corte de Contas pela impossibilidade de celebração de aditivo após o término do prazo de execução contratual, como ato convalidador da suposta omissão.

Conquanto de fato, haja uma lacuna temporal entre o término do prazo de execução contratual e a formalização do termo aditivo, entendemos que a recomendação da Auditoria pela necessidade de nova licitação, nesse caso específico, deve ser reconsiderada, ante os prejuízos que dela poderão advir.

Isso porque, ao contrário do quanto alegado pelos ilustres Auditores, não houve desídia por parte dos gestores da CONDER, considerando que, durante o período em que a avença permaneceu sem execução contratual, esta Empresa Pública, juntamente com a

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

Caixa Econômica Federal, não se mantiveram inertes, uma vez que estavam sendo discutidas as bases da reprogramação para revalorar os serviços contratados, tendo em vista que foram propostas novas soluções de engenharia.

Com efeito, as tratativas com a CAIXA, visando definir conceitos e critérios para a revaloração dos serviços contratados, demandaram prazo superior a um ano até a manifestação da CAIXA, em 04/05/2017. Some-se a este prazo o período utilizado pela Contratada para avaliação e aceitação da Reprogramação, que, ressalte-se, **implicou numa redução ao valor do Contrato da ordem de dezenove milhões e seiscentos mil reais**.

Frise-se, uma vez mais, o entendimento da CONDER de que, por tratar-se de contrato por escopo, cuja execução já iniciou com a entrega dos projetos, faz-se necessário, para prosseguir com a fase de obras, a pactuação, por meio de termo aditivo, para instrumentalizar a **prorrogação do prazo, a redução de valor e a alteração de meta física**.

De outra parte, conquanto seja indiscutível que, nos termos do quanto disposto nos arts. 54, 55, 57 e 60, todos da Lei Federal n.º 8.666/1993, os contratos administrativos não podem possuir vigência indeterminada, independentemente da sua natureza ou característica, inquestionável, de idêntica forma, que exige-se a análise específica de cada circunstância fática trazida, procedimento adotado por todos os Tribunais de Contas do país, o que resulta em vasto entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da possibilidade de prorrogação extemporânea dos contratos administrativos por escopo. Tal circunstância decorre da inafastabilidade dos demais princípios que norteiam a Administração Pública, mesmo quando conflitados com o princípio da legalidade.

De igual sorte, ao longo do tempo e ainda hoje, o Tribunal de Contas da União tem interpretado as situações trazidas, sob a ótica de outros princípios regedores da Administração Pública, a fim de obstar possíveis prejuízos decorrentes de circunstâncias fáticas particulares e específicas.

Assim, em que pese tenha a Auditoria do TCE pautado o seu entendimento em Acórdão do TCU, há jurisprudência, inclusive naquela Corte de Contas (Acórdãos nº 1674/2014, 1980/2004 e 1740/2003), que corrobora o entendimento de que contratos de escopo se

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

extinguem pela conclusão do seu objeto e não pelo mero esgotamento do prazo, subsistindo os seus efeitos enquanto não concluído o objeto. Soma-se a isto diversos pronunciamentos da Procuradoria Geral do Estado que se posicionam nesta direção, a exemplo dos Pareceres de nº. PA-NLC-RPC-451/2014, PA-NLC-CGM-442/2016 e PA-NLC-CLM-143/2017. (**ANEXO X**)

No Acórdão nº 1302/2013 – Plenário, o TCU apresenta questionamento acerca da *"prestação de serviços sem a vigência contratual, caracterizado pela execução de obras após o vencimento do prazo contratual, em desrespeito ao art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/93. Durante a inspeção da equipe de auditoria existia, unicamente, uma minuta de termo aditivo para regularizar a questão."*

No caso, o Min. Rel. Valmir Campelo, acolhendo as razões da unidade técnica, entendeu que *"não obstante as irregularidades identificadas, nenhuma delas redundou em prejuízo ao erário ou a terceiros. Também não se identificou evidência de atos cometidos com má-fé tendentes a obter qualquer tipo de locupletamento.* ***Nesses termos, concordo com as conclusões da SecobHidro em considerar as impropriedades como meramente formais, nos termos do art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU. De todo ajuizado, assim, notificar à Porto de Recife S.A.. acerca das ditas incongruências legais que, se repetidas, podem ensejar a apenação dos gestores responsáveis, nos moldes do art. 58 da lei 8.443/92."*** **(Grifos nossos)**

Ou seja, a despeito de apontar a irregularidade, entendeu a falha como sendo de natureza formal, orientando apenas ao jurisdicionado acerca da cautela devida em relação ao tema, de modo que, se repetido o equívoco, possível a apenação dos gestores responsáveis.

Não há, de outra parte, qualquer prejuízo ao erário. Pelo contrário, prejuízo ocorrerá ao se pretender relicitar remanescente de objeto contratual oriundo de uma contratação integrada pelo regime diferenciado de contratação ou, alternativamente, convocar o 2º colocado no certame licitatório, visto que, sob a égide do RDC – CI, não há obrigatoriedade de o 2º colocado assumir o contrato com o preço do primeiro.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

Importa também, esclarecer que a súmula do TCU nº 191 mencionada no Relatório, bem, com o a jurisprudência do referido tribunal, não se aplica à presente análise, uma vez que determina tão somente a obrigação de os contratos administrativos terem prazo de vidência, "de forma que o tempo não comprometa as condições originais da avença, não havendo, entretanto, obstáculo jurídico à devolução de prazo, quando a Administração mesma concorre, em virtude da própria natureza do avençado, para interrupção da sua execução pelo contratante". A súmula, portanto, não veda a possibilidade de aditamento do prazo originalmente contratado.

Ademais, não há que se falar em abuso do instituto da convalidação, pois o que se busca é materializar os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da boa-fé das relações com os administrados, bem como da presunção de validade e legitimidade dos atos administrativos. Isto se mostra ainda mais patente diante do cenário de prestígio ao interesse público, em que se justifica utilizar o instituto da convalidação dos atos administrativos para embasar a manutenção do Contrato.

Com efeito, o artigo 55 da Lei 9.874, de 29/1/1999, dispõe que "em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração". Infere-se a partir da leitura do referido artigo que a convalidação deve observar os seguintes requisitos: (i) não trazer prejuízo a terceiro; (ii) visar a realização do interesse público; e (iii) recair sobre vícios sanáveis.

Observados, portanto, os três requisitos do art. 55, da Lei 9.487/1999, estar-se-ia diante da hipótese legal de convalidação, não tendo que se falar em abuso do instituto. Ao contrário, estar-se-ia justamente diante da aplicação adequada da legislação pátria, tendo em vista o poder-dever do administrador público em convalidar ato quando diante de um vício sanável.

No presente caso, outra não poderia ser a conduta do administrador público, tendo em vista que alternativas como a nulidade do aditivo ou a realização de nova licitação, como recomenda o Relatório, iriam de encontro ao interesse público, conforme acima demonstrado.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

CONDER
Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia

Desta forma, a fim de garantir o início da execução das obras de macrodrenagem do Rio Ipitanga e afluentes, bem como de preservar os interesses da coletividade, principalmente diante da característica das intervenções que fazem parte do programa de prevenção a desastres naturais em áreas de risco (inundações em Lauro de Freitas) é imperativa a continuidade do contrato em comento.

De fato, as obras objetivam reduzir as enchentes na área central de Lauro de Freitas, uma das cidades mais atingidas pelas chuvas na região. A nova infraestrutura irá beneficiar cerca de 300 mil moradores e comerciantes locais. Nos meses de alta temporada, com o aumento do fluxo de turistas e veranistas na região, o impacto das obras pode chegar a 500 mil pessoas. Além da construção dos reservatórios que reduzirão as enchentes, serão construídos parques urbanos na área, incluindo parques lineares com cinco quilômetros de ciclovia, direcionados ao lazer da população. Serão cinco parques que receberão aproximadamente 200 mil moradores. Ademais, será replantada a mata ciliar no trecho de intervenção, contribuindo-se para o meio ambiente local.

Verifica-se, desta forma, que a realização de novo certame acarretaria diversos prejuízos ao Estado da Bahia, não apenas pelo prazo necessário para o lançamento de outra licitação, que demandaria a realização de novos estudos e orçamentação à luz dos ditames da Lei nº 8.666/93, mas também de ordem financeira, visto que os preços ofertados não mais seriam mantidos, dada a modalidade do regime de contratação, principalmente porque já se obteve uma redução ao valor do contrato de aproximadamente **dezenove milhões e seiscentos mil reais**, além do que, com a nova solução de engenharia apresentada, **reduziu-se a quantidade de imóveis que seriam desapropriados em cerca de 1000 unidades**.

Por fim, vale pontuar que o período de estiagem do verão é o momento mais adequado para o início das obras, pois os principais serviços atinentes à macro drenagem têm a sua execução inviabilizada pela ocorrência de chuvas.

Nesse esteio, e após uma avaliação pelo consórcio dos termos da reprogramação acordada com o agente financeiro e esta empresa pública, fora o termo aditivo firmado pelo Consórcio em 01/12/2017, restando para ser assinado pelos representantes da

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

CONDER, em face da insegurança jurídica causada pelo apontamento procedido pelo TCE, que recomendou a realização de novo certame licitatório.

Em razão disto, solicitamos urgência na análise desta justificativa por esta Corte para possibilitar uma decisão célere sobre o andamento da obra, diante do imenso prejuízo que se concretizará com a adoção da medida sugerida pela equipe de Auditoria para que se relicite a obra.

4.5 SOBREPREÇO DE SERVIÇOS DO ORÇAMENTO BASE EM RELAÇÃO AOS PREÇOS DE MERCADO - RESPOSTA DIEPP

Quanto a este apontamento, vale pontuar que o equívoco dos preços dos itens 1.128.5 e 2.131.5, já haviam sido detectados e informados ao TCE. Atualmente estes erros já foram corrigidos conforme folhas 94 e 201 da planilha consolidada do contrato (**ANEXO XI**).

4.6 INTEMPESTIVIDADE NA ADOÇÃO DE MEDIDAS LEGAIS QUANTO AO ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DE CONVÊNIOS - RESPOSTA DIRAF E DIURB

No que concerne às observações contidas no Relatório de Auditoria sobre este apontamento, é necessário esclarecer que o processo de prestação de contas dos Convênios, ainda que a documentação que comprove a regular aplicação dos recursos esteja aprovada, não pode ser concluída com a respectiva aprovação, sem que haja a análise e parecer das diretorias técnicas vinculadas ao acompanhamento e fiscalização da execução do objeto conveniado, quanto à conformidade entre os recursos repassados e a execução física da obra. Esta tramitação está prevista no Procedimento Operacional – PO – DIPRE 05 Gestão de Convênios (**ANEXO XII**).

Perseguindo a otimização do processo de fiscalização dos objetos conveniados, a CONDER tem adotado providências e ações no sentido de melhorar a qualidade dos trabalhos de engenharia voltados ao acompanhamento e fiscalização das obras para imprimir maior rigor técnico à avaliação do convênio, no sentido de atender o quanto preconiza a Resolução 144/13 do TCE-BA.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

Por questões que fogem ao controle da CONDER, a exemplo a troca de gestão dos convenentes, a execução dos convênios, tem ultrapassado o limite de prazo do cronograma inicial, quadro este que se reflete no aumento de número de aditivos dos convênios vigentes ou sob gestão para finalização.

O fato é que a CONDER tem promovido treinamento (**ANEXO XIII**) de seu quadro de pessoal para atendimento à demanda das ações correntes de acompanhamento e fiscalização dos convênios, bem como para compor as comissões de Tomada de Contas Especial.

Não se pode olvidar, no entanto, que as ações corretivas junto aos convenentes estão sendo efetuadas. Ocorre que a própria Res. nº 144/13 do TCE firma o entendimento de que a Tomada de Contas especial somente deve ser instaurada *após esgotadas todas as alternativas de composição da pendência junto ao convenente* e, neste sentido, a CONDER tem se pautado pela observância deste procedimento à luz dos princípios do interesse público, da ampla defesa e do contraditório, para assegurar em cada caso, o devido processo legal.

Ressalte-se, ainda, que ao longo dos exercícios de 2014 a 2017, após a vistoria das obras pela CONDER, confecção de relatórios técnicos, expedição de notificações às convenentes para saneamento das pendências de natureza técnica e documental, constatou-se que houve um aumento considerável de desconformidades nos processos de prestação de contas, seja por ausência da documentação exigível para a validade e aprovação das contas, seja por pendências na execução física das obras.

O trabalho efetuado em conjunto pelos setores envolvidos evidencia o planejamento e organização das equipes, inicialmente para o diagnóstico de cada situação, desdobrando-se nas etapas de notificação, realização de reuniões, visitas técnicas, análise técnica das propostas de ajustes e, finalmente, quando necessário, da preparação do processo para indicação de Tomada de Contas, como pode ser observado no Plano de Ação elaborado pela CONDER (**ANEXO XIV**) e Cronograma de Instauração das Tomadas de Contas (**ANEXO XV**).

Assim, após a explanação das macroações desenvolvidas pela CONDER, vejamos a seguir, mais detalhadamente, as ações realizadas em relação aos convênios pontuados

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

pela auditoria:

- **Convênio nº 168/14 celebrado com o município de Santo Antônio de Jesus**

Constatada a inadimplência, foi o Município inscrito no SICON, em razão de pendências na prestação de contas da segunda parcela no valor de R$ 245.000,00 (duzentos e quarenta e cinco mil reais).

Foram encaminhados Ofícios ao Município, conforme (**ANEXO XVI**), com a finalidade de cobrar a apresentação da prestação de contas e as pendências detectadas após análise.

Em 18/05/2016 foi designada comissão, através da Portaria DIPRE Nº161/16 (**ANEXO XVII**), para proceder a devida Tomada de Contas Especial, que teve suas conclusões publicadas após notificação ao Convenente.

- **Convênio nº 004/15 celebrado com o município de Sapeaçú.**

Constatada a inadimplência, foi o Município inscrito no SICON, em razão de pendências na prestação de contas da segunda parcela no valor de R$ 210.000,00 (duzentos e dez mil reais).

Foram encaminhados Ofícios ao Município, conforme cópias **(ANEXO XVIII)**, com a finalidade de cobrar a apresentação da prestação de contas e as pendências detectadas após análise.

O Município Convenente consta no Cronograma de Atividades para a Tomada de Contas, que será instaurada caso não haja a regularização da prestação de contas.

- **Convênio nº 015/12 celebrado com o município de Carinhanha.**

Constatada a inadimplência, foi o Município inscrito no SICON, em razão de pendências na prestação de contas da segunda parcela no valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

CONDER
Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia

Foram encaminhados Ofícios ao Município, conforme (**ANEXO XIX**), com a finalidade de cobrar a apresentação da prestação de contas e as pendências detectadas após análise.

Em cumprimento ao cronograma de instauração de Tomada de Contas, foi designada comissão em 28/10/2017, através da Portaria DIPRE Nº288/17 (**ANEXO XX**), para proceder a devida Tomada de Contas Especial.

- **Convênio nº 117/14 celebrado com o município de Palmas do Monte Alto.**

Constatada a inadimplência, foi o Município inscrito no SICON, em razão de pendências na prestação de contas da segunda parcela no valor de R$ 243.823,95 (duzentos e quarenta e três mil, oitocentos e vinte três reais e noventa e cinco centavos).

Foram encaminhados Ofícios ao Município, conforme (**ANEXO XXI**), com a finalidade de cobrar a apresentação da prestação de contas e as pendências detectadas após análise.

O Município Convenente consta no Cronograma de Atividades para a Tomada de Contas, que será instaurada caso não haja a regularização da prestação de contas.

- **Convênio nº 153/14 celebrado com o município de Ourolândia.**

Constatada a inadimplência, foi o Município inscrito no SICON, em razão de pendências na prestação de contas da segunda parcela no valor de R$ 105.000,00 (cento e cinco mil reais).

Foram encaminhados Ofícios ao Município, conforme **ANEXO XXII**, com a finalidade de cobrar a apresentação da prestação de contas e as pendências detectadas após análise.

Em cumprimento ao cronograma de instauração de Tomada de Contas, foi designada comissão em 08/12/2017, através da Portaria DIPRE Nº330/17 (**ANEXO XXIII**), para proceder a devida Tomada de Contas Especial.

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

CONDER
Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia

- **Convênio nº 094/14 celebrado com o município de Coração de Maria.**

Foram encaminhados Ofícios ao Município, conforme **ANEXO XXVI**, com a finalidade de cobrar o cumprimento das pendências detectadas após a análise da prestação de contas, apresentada pelo Munícipio em 24/10/2016.

Em cumprimento ao cronograma de instauração de Tomada de Contas, foi designada comissão em 12/12/2017, através da Portaria DIPRE Nº333/17 (**ANEXO XXV**), para proceder a devida Tomada de Contas Especial.

- **Convênio nº 175/14 celebrado com o município de Nova Itarana.**

Constatada a inadimplência, foi o Município inscrito no SICON, em razão de pendências na prestação de contas da segunda parcela no valor de 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

Foram encaminhados Ofícios ao Município, conforme **ANEXO XXVI**, com a finalidade de cobrar a apresentação da prestação de contas e as pendências detectadas após análise.

Em cumprimento ao cronograma de instauração de Tomada de Contas, foi designada comissão em 12/12/2017, através da Portaria DIPRE Nº334/17 (**ANEXO XXVII**), para proceder a devida Tomada de Contas Especial.

Sopesando os argumentos ora destacados pela CONDER, como já informado a essa Corte, o Plano de Ação e Cronograma para a Tomada de Contas vem sendo executado, bem como a alteração do PO-DIPRE-05, com vistas a possibilitar maior eficácia na convocação dos convenentes para que estes atendam aos prazos legais.

Por fim, com a devida vênia, não merece acolhimento o disposto no item "Conclusão", do Relatório do TCE-BA, que aponta a intempestividade na adoção de medidas legais quanto ao acompanhamento e fiscalização de convênios, bem como sugere que sejam implementadas ações com vistas a sanar as irregularidades/ pendências contratuais e

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

CONDER
Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia

deficiências apontadas, uma vez que, até o presente momento já foram instauradas 163 Tomadas de Contas Especiais e 150 estão programadas com prazo máximo de instauração até Junho/2018.

José Lúcio Lima Machado
Diretor Presidente

Aírton José Villaça Maia
Diretor de Equipamentos e Qualificação Urbanística

Carlos Frederico de Almeida Borges
Diretor de Administração e Finanças

Deusdete Fagundes de Brito
Diretor de Habitação e Urbanização Integrada

José de Anxieta Moita
Diretor de Edificações de Prédios Públicos

Sérgio de Oliveira Silva
Diretor de Obras Estruturantes

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página.
Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ

Quadro de Assinaturas

Este documento foi assinado eletronicamente por:

JOSE LUCIO LIMA MACHADO
Responsável - Assinado em 22/01/2018

Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia, digitando o código de autenticação: E3ODE4MZAZ