JURISPRUDÊNCIA

TC nº 1.879/94*05

Aditamento - extrapolação do limite de 25% - objeto contratual inalterado - serviços necessários à adequação do projeto às finalidades do Polo Cultural - superveniência de alteração na lei de zoneamento permitindo as alterações do projeto original - interesse público - substituição de caução por fiança-bancária de valor inferior ao previsto no contrato - questão superada com o cumprimento do ajuste - boa-fé caracterizada - aditamento acolhido - Lei 10544/88 art. 81 - Lei 11156/91.

RELATÓRIO

O então Diretor Presidente da ANHEMBI - Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S.A. endereçou a este Tribunal, em **fevereiro de 1994,** o **Termo Aditivo número 22/93**, datado de **23/10/93**, que objetiva a alteração do **CONTRATO número 763/90**, firmado entre a Empresa e a **CONSTRUTORA O.A.S. Ltda.,** para a execução das obras do Polo de Arte e Cultura da Cidade de São Paulo, segundo projeto desenvolvido por PROMON - ENGENHARIA.

Requisitada da Origem a documentação correspondente, as conclusões do Departamento de Auditoria podem ser assim resumidas:

a - não obstante ter constado **do edital** do certame e **da cláusula 8ª** do **Contrato número 763/90**, que o **valor da garantia contratual a ser oferecida por ocasião da assinatura do ajuste** deveria corresponder a **depósito em dinheiro do equivalente a 3% (três por cento) do valor contratual**, efetivamente foi fornecida **Carta de Fiança do Banco de Tokio S/A**, em montante correspondente a **0,33% (zero vírgula trinta e três por cento) do valor do contrato**;

b - **ausência de publicações do Contrato número 763/90** e dos **Termos Aditivos números 13/90, 14/91 e 19/90**;

c - **ausência de justificativas da autoridade competente para as lavraturas dos Termos Aditivos números 19/90 e 13/90**;

d - **publicações extemporâneas dos Termos Aditivos número 22/93 e 4/94**;

e - **alteração do valor do CONTRATO número 763/90 em 84,52%**, (oitenta e quatro, vírgula cinqüenta e dois por cento), através do **TERMO ADITIVO número 22/93**.

A Auditoria propugnou pelo não acolhimento do **Contrato** e dos respectivos **Termos Aditivos,** em razão dos argumentos alinhados às folhas 364 a 372 dos autos.

A Assessoria Técnica de Engenharia pronunciou-se no sentido da **irregularidade** do **Termo Aditivo número 22/93**, pois, de acordo com informes dos técnicos da **ANHEMBI S.A.**, insertos às folhas 202 a 205, a Origem utilizou-se de recursos do Contrato sob análise, **antes da lavratura do referido aditivo, para execução de obras e serviços especificamente não relacionados com o empreendimento licitado, desvirtuando, na prática, o objeto da contratação**.

Salientou referido Órgão Técnico que as alterações efetuadas no projeto inicial do empreendimento e formalizadas no **Termo Aditivo número 22/93**, ressalvada a análise da Assessoria Técnica Jurídica, infringem o artigo 3º da Lei Municipal número 11.156/91, que veda a realização de construções no Parque Anhembi, cujos projetos desrespeitem as plantas e metragens constantes do Anexo I da citada lei.

A Assessoria Técnica Jurídica e a Secretaria de Fiscalização e Controle pronunciaram-se no sentido de que a execução do objeto do contrato com o desvirtuamento total do que fora inicialmente previsto macula-o, em sua essência.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento dos atos e aprovação do Contrato original e de seus aditamentos, por se tratar de ato jurídico perfeito e acabado, que atingiu seus objetivos com a entrega da obra, sem notícia de prejuízo para o erário.

A Secretaria-Diretoria Geral esclareceu que, os atos examinados apresentam vícios que os comprometem.

Notificados os Ordenadores das despesas e a Construtora O.A.S. Ltda. apresentaram defesas.

Novamente ouvida a Assessoria Técnica Jurídica, em pronunciamento do Assessor Jurídico Chefe Doutor Murilo Magalhães Castro, reiterou anterior entendimento.

Em sentido favorável ao acolhimento dos atos é a manifestação da Assessora Subchefe - Doutora Roseli de Moraes Chaves que permito-me transcrever “ante a publicação da nova Lei de Zoneamento, Lei Municipal número 11.156 de 30/12/91, houve a necessidade de adequar-se o projeto a reformulação do projeto inicial. Portanto, esse fato, superveniente, acarretou a modificação do projeto, independentemente de existirem cláusulas expressas nesse sentido. Ante o exposto, entendo que a defesa poderá ser acolhida, declarando-se por conseqüência a regularidade do contrato.”

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou anterior manifestação, aduzindo pela legalidade dos procedimentos, ante a consolidação da situação no tempo, além da total ausência de prejuízos ao Erário.

Após análise das defesas apresentadas pelos Responsáveis, a Secretaria-Diretoria Geral sugeriu, que a critério superior, alguns interessados notificados deveriam ser

isentados de total responsabilidade, enquanto outros deverão ter as respectivas condutas sopesadas e diferenciadas para fins de aplicação de eventual penalidade.

É o relatório.

VOTO

Decorrente da **Concorrência Pública número 21/90**, ajustou a Anhembi com a Construtora O.A.S. Ltda. o **Contrato número 763/90**, em **15 de outubro de 1990**, objetivando a execução das obras e serviços do Polo de Arte Cultura da Cidade de São Paulo, com prazo de vigência de cento e cinqüenta dias e data limite até **15 de janeiro de 1991**, para entrega final do objeto.

Consoante inicialmente relatado, somente em **fevereiro** de 1994, com a remessa do **TERMO ADITIVO número 22/93**, foi este Tribunal cientificado da realização do ajuste, que não foi publicado no Diário Oficial do Município.

A questão reside no entendimento da Auditoria no sentido de que, por força do aditamento número 22/93, o valor das obras teria extrapolado o limite de 25% (vinte e cinco por cento) estabelecido no artigo 81 da Lei número 10.544/88, concluindo que o mesmo chegou a 84,52% (oitenta e quatro vírgula cinqüenta e dois por cento) e, que a análise da substituição da caução contratual por carta-fiança bancária foi em valor inferior ao que se havia estipulado originalmente.

Entendo que, houve equívoco de interpretação dos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas ao considerar que o aumento de 84,52% extrapolou o limite previsto no parágrafo primeiro do artigo 81 da Lei Municipal 10.544/88, eis que o dispositivo legal supracitado apõe limites somente ao objeto do contrato (25% de acréscimo ou supressão) e não ao valor do ajuste, portanto, não se aplica ao presente caso. Outrossim, o critério de limite de valor foi introduzido nos contratos públicos com a vigência da Lei Federal número 8.666/93.

Aliás, aplica-se ao presente caso o disposto no parágrafo 2º do artigo 81 da Lei número 10.544/88, que expressa:

"O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos de quantidades e os serviços extraordinários, ditados por necessidade de ordem técnica e indispensáveis à concretização do objeto do contrato, em percentuais superiores aos previstos no parágrafo primeiro, devidamente justificados, mantido o objeto do contrato."

Saliento também que, em nenhum momento da instrução processual ficou demonstrado que a obra recebida pela Origem era diversa da obra contratada, portanto, o objeto do contrato permaneceu inalterado, fato que me leva a crer que o caso em exame, ou seja, o acréscimo traduzido pelo Termo Aditivo número 22/93 enquadra-se no dispositivo legal supracitado.

Portanto, o objeto contratual permaneceu inalterado, porém, tal fato não implica em impedimento de alterações para torná-lo tecnicamente mais apto ao atingimento de suas finalidades sociais, tais como:

- realização de cobertura metálica nas arquibancadas;
- edificação de arquibancada complementar;
- construção de palco para eventos;
- construção de salas de aula e de oficinas de arte;
- construção de local para recuo de bateria e
- alteração de infra-estrutura para adequação dos espaços de uso comunitário.

Outrossim, sem contudo desnaturar o objeto contratual.

Através do referido aditivo, foram introduzidos serviços necessários à adequação do projeto às finalidades do Polo Cultural, melhorias essas que não desnaturam o objeto contratual, visto que decorreram da recomendação do próprio autor do projeto, o arquiteto Oscar Niemeyer, que entendeu que as alterações procedidas no projeto potencializariam a utilização do Polo, visando o interesse público.

Convém deixar também registrado que, após a realização das modificações supracitadas expressou o Ilustre Arquiteto:

"de um modo geral, as alterações procedidas no projeto potencializaram a utilização do Polo, permitindo uma utilização mais próxima daquela que estava na sua gênese e que justificou a sua concepção."

Por outro lado, a Lei número 11.156/91 que modificou o zoneamento da Cidade de São Paulo, permitiu uma nova ocupação e uso do solo na área do Polo Cultural, fato que garantia legalmente a modificação parcial do projeto original, para introduzir novas obras objetivando melhor atendimento público, dever e obrigação da Administração Pública, que tem a atribuição de adaptar seus projetos às necessidades coletivas na medida em que se vão mudando as condições existentes no momento de sua celebração.

Essa abordagem encontra amparo na letra "a" do inciso 1º do artigo 81 da Lei número 10.544/88, que expressa:

"Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados: unilateralmente, pela Administração quando: houver modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos."

No que se refere a caução realizada através de fiança bancária, em valor inferior ao estabelecido em contrato, entendo que o ajuste encontra-se amplamente cumprido, tornando-se inadequada a discussão da matéria.

Independentemente da análise mais completa a respeito desse item, é certo que o contrato encontrava-se amplamente cumprido. Ora, se a garantia de contratação tem por escopo assegurar à Administração Pública o correto cumprimento do ajuste e, este já foi cumprido, torna-se absolutamente inócua a discussão sobre sua efetivação.

Até mesmo qualquer apenação por procedimento irregular estaria fora de cogitação, eis que as partes envolvidas agiram com a mais absoluta e irretorquível boa-fé no procedimento em tela.

Dessa forma, o Termo Aditivo número 22/93 encontra-se perfeitamente enquadrado em legislação pertinente.

À vista do que foi sucintamente exposto acima e mais o que dos autos consta, forçoso é concluir encontrarem-se presentes todos os pressupostos necessários à completa aprovação do contrato e dos termos de aditamento em análise.

É o meu Voto.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 15 de dezembro de 1999.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do TC nº 72-001.879/94*05, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, após vista que lhe fora concedida na 1.897ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e ROBERTO BRAGUIM – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher o ajuste, os termos de reti-ratificação, bem assim os aditamentos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, com voto proferido na 1.897ª S.O., ANTONIO CARLOS CARUSO e EURÍPEDES SALES.

Presente nesta sessão, a Conselheira Substituta LAURA MARIA DE BARROS NASCIMENTO – Revisora, sem direito a voto, nos termos do parágrafo 2º do artigo 32 do Regimento Interno desta Corte.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de janeiro de 2000.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator