JURISPRUDÊNCIA

Processo nº 1883-96*36

Consulta - Prefeito - Prolongamento da Av. Água Espraiada e construção de viadutos - extensão contratual - é indispensável que haja pertinência com o objeto inicial e que os serviços sejam indispensáveis a concretização do objeto - justificativa necessária - inocorrência de alteração do objeto - aplicação da Lei 8248/75, com as alterações da Lei 9404/81 (Lei 8248/75, art. 44, § 1º e § 2º) - consulta conhecida com resposta afirmativa quanto à possibilidade de alteração contratual para prolongamento da Avenida e com resposta negativa para a construção dos viadutos.

Egrégio Plenário

Trata-se de Consulta, formulada por S. Exa. o Senhor Prefeito do Município de São Paulo, a respeito da possibilidade de se proceder ao aditamento do contrato nº 003/87, firmado entre a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB e a empresa Construtora Mendes Júnior S.A. (transferido para o Consórcio Água Espraiada, integrado pela Mendes Júnior Engenharia S.A.), tendo por objeto (escopo original) a construção das obras de canalização do Córrego Água Espraiada em canal a céu aberto revestido em concreto armado, com a implantação em suas margens da Av. Água Espraiada, no trecho compreendido entre a Av. Marginal do Rio Pinheiros e a Av. Washington Luiz, viadutos: da Av. Vereador José Diniz, (dois viadutos), da Av. Santo Amaro, (dois viadutos), da Av. Washington Luiz, (dois viadutos), e travessias sobre o Córrego Água Espraiada (sete travessias). Obras de Arte Correntes: Galerias Celulares e Galerias Tubulares. Obras Complementares.

O pretendido aditamento visa a ensejar a inclusão, no referido contrato, do prolongamento, por um lado, da nova via até pelo menos a Av. Georges Corbisier, já nas proximidades das mencionadas rodovias e, por outro lado, elevando o trecho de interseção com a Av. Luiz Carlos Berrini com a posterior transposição do Rio Pinheiros.

A apresentação da Consulta, consoante se vê da documentação que a acompanha, obedece às disposições da Lei nº 9.167, de 3 de dezembro de 1980 – Lei Orgânica deste Tribunal – e do Regimento Interno da Corte.

Submetidos os autos à PFM e SDG, opinaram pelo conhecimento e resposta favorável ao reivindicado (fls. 20 e 32). É o relatório.

VOTO:

Conforme já nos pronunciamos em pedidos versando sobre a mesma tese, ou seja a alteração unilateral dos contratos firmados pela Administração Municipal, há que se examinar, para o perfeito deslinde da questão aqui posta, qual a legislação aplicável aos casos de contratos firmados em decorrência de procedimento licitatório.

Reiterando considerações já expendidas em anteriores indagações que nos foram encaminhadas, diremos que em todo processo seletivo são estabelecidas, em obediência ao superior mandamento insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, regras que propiciem igualdade de condições a todos aqueles que pretendem se candidatar ao futuro contrato objetivado pela Administração Pública.

Assim, tendo sempre presentes os princípios constantes do elenco daquele dispositivo, elabora-se a peça convocatória prevendo condições acessíveis a todo o universo de interessados.

Fixadas no edital, essas condições não podem mais ser alteradas durante todo o procedimento licitatório, a não ser que, após conhecerem das exigências, os interessados apresentem questionamentos visando à correção de eventual falha ou omissão, correção que poderá igualmente ocorrer por iniciativa do próprio órgão promotor do certame. Em decorrência, impostas as normas a serem obedecidas, permanecem elas válidas durante o transcorrer do procedimento e se projetam – ultimada a licitação com a adjudicação do respectivo objeto ao licitante vencedor – para o futuro contrato, mesmo porque a minuta deste integra o edital, sendo o ajuste formalizado com estrita observância do que ficou estabelecido na referida peça convocatória.

O procedimento licitatório é, obviamente, disciplinado por uma legislação específica que norteia, dirige e oferece os parâmetros para que a Administração alcance o seu desiderato, consistente na perseguição da proposta mais vantajosa para a realização do cometimento pretendido.

Sendo assim, é óbvio que no devir do contrato as normas a serem obedecidas e as questões suscitadas no correr da execução contratual devem ter como norte a lei reguladora do processo concorrencial que gerou o ajuste. Não se pode admitir que as regras básicas, que serviram de sustentação para o contrato, sejam alteradas com inobservância da lei reitora da licitação, visto que se essa alteração fosse possível, estaria inviabilizado o normal desenvolvimento do objeto ajustado. E isto porque, estabelecida a regra para a execução contratual – os interessados em participar do certame ficam sabendo, com a consulta ao edital respectivo, quais as exigências para a participação e quais as que deverão cumprir durante o decorrer do contrato – , qualquer alteração porventura necessária e decorrente de fato superveniente deverá, se autorizada, ser formalizada dentro das regras estatuídas na legislação reitora do procedimento licitatório e, conseqüentemente, do contrato a ser modificado.

Decorre, então, que a correta e normal concretização do objeto contratual está, inexoravelmente, vinculada à rigorosa observância à lei que regeu a licitação.

Já neste lanço, parece-nos estar, data venia, evidenciado que todos os atos que integram a execução contratual, ressalto todas as providências asseguradoras da consecução

do fim em vista – atendimento do superior interesse público com a perfeita concretização do objeto da avença – devem se efetivar tendo em vista o respeito à lei que presidiu o procedimento concorrencial, onde foram estabelecidos os direitos e obrigações das partes contratantes.

A seguir, vamos tecer, visando à instrução do assunto, algumas considerações sobre contratos administrativos.

Inicialmente, faremos uma ligeira incursão na doutrina.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu livro "Curso de Direito Administrativo" – 5ª ed., São Paulo, 1994, pág. 324/325:

> *"... os traços peculiares ao regime do "contrato administrativo" giram em torno da supremacia de uma das partes, que, a seu turno, procede da prevalência do interesse público sobre interesses particulares. Esta supremacia vai expressar-se tanto na possibilidade de instabilizar a relação, segundo os termos já apontados, quanto na autoridade do contratante público. Esta autoridade se manifesta pela presunção de ligitimidade de seus atos, pelo amplo controle e fiscalização da execução do contrato, pela possibilidade de impor sanções ao contratante privado.*
>
> .....
>
> *Estes traços são havidos como necessários para garantir a regular satisfação do interesse público substanciado no contrato. É bem de ver que as particularidades de cada qual especificam-se, ademais, nas cláusulas "exorbitantes" que porventura contenham."*

A propósito do assunto, nos parece oportuno trazer à colação o ensinamento de Diogenes Gasparini, em seu livro "Direito Administrativo", 2ª ed., São Paulo, 1992, pág. 396:

> *"Nos contratos administrativos reconhecem-se, doutrinariamente, a favor da Administração Pública contratante, certas prerrogativas, a exemplo de:*
> *a) modificar a execução do contrato a cargo do contratante particular;*
> *b) acompanhar a execução do contrato;*
> *c) impor sanções previamente estipuladas;*
> *d) rescindir, por mérito ou legalidade, o contrato.*
> *Tais privilégios consubstanciam as cláusulas exorbitantes. Estas são, segundo Vedel, as não-comuns ao contrato de Direito Privado porque nulas (desigualam as partes) ou impróprias (poder de fiscalização e de impor sanções) para essa espécie de ajuste".*

De mencionar, ainda, José Cretella Júnior, que, em sua obra "Das Licitações Públicas", 8ª ed., pág. 108) leciona:

> *"A expressão cláusula exorbitante do direito comum ou, de modo resumido, cláusula exorbitante, de aparente clareza, é motivo de grandes controvérsias no mundo administrativo, a partir do próprio Conselho de Estado francês, que lhe deu origem e a introduziu no âmbito do Direito Público.*
> *Fundamental é a teoria da cláusula exorbitante, porque permite estabelecer a diferença nítida entre os contratos administrativos e os contratos de Direito Privado da Administração (ou de direito comum), ou seja, os primeiros abrigando cláusulas especiais, que refogem às regras do Direito Civil, configurando regime jurídico especial de Direito Público.*
> *Em pronunciamentos posteriores, os tribunais franceses decidiram que as mencionadas cláusulas são estipulações, que têm por finalidade conferir às partes direitos ou onerá-las com obrigações, diferentes, por sua natureza, daquelas que são suscetíveis de serem livremente consentidas por quem quer que contrate sob império das leis civis e comercial (cf. Vedel, Droit Administratif, 5ª ed, 1973, p.233), ou ainda, que diferem, pela natureza, daquelas que podem ser inscritas num contrato análogo de Direito Civil (Vedel, Droit Administratif, 5ª ed, 1973, p.233). Desse modo, são exorbitantes do direito comum as denominadas cláusulas "penais", cláusulas que prevêem o direito de rescisão unilateral em proveito do Estado, o poder que tem o Estado de baixar instruções, de expedir regulamentos, baseado no denominado poder regulamentar estatal."*

Do ensinamento dos consagrados mestres, conclui-se que tais cláusulas exorbitantes constam dos ajustes administrativos como imposição do interesse público, que prevalece incontestável nessas avenças em que a Administração busca o bem comum, sem estar amarrada às lindes inerentes às estipulações de natureza privada. Livre dessas limitações, pode a Administração perseguir seus objetivos com a adoção de soluções que o interesse público impõe.

Isto posto, tendo colocado a nossa posição no tocante à lei a ser obedecida e à possibilidade da alteração unilateral do contrato, passamos ao exame da indagação apresentada pela origem, qual seja a possibilidade de se alterar o contrato para a realização de obras em complementação ao objeto inicial.

Como observação inicial, queremos deixar consignado que, nesta manifestação, pretendemos dar um enfoque inovador à matéria versada na consulta submetida a este Tribunal, pois especial ênfase será dispensada a dois pontos importantíssimos para se alcançar o objetivo a que nos propusemos.

Segundo nos foi possível verificar, atentando para os elementos informativos constantes dos atos, o problema aqui posto deve ser enfrentado em face de dois dispositivos contidos na legislação reitora do ajuste, qual seja a Lei Municipal nº 8.248/75 e alterações nela introduzidas pela Lei nº 9.404/81.

Vejamos o que dizem os mencionados dispositivos.

O parágrafo 1º do artigo 44 daquele diploma determina que:

> *"o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto do contrato; e, no caso particular de reformas de edifícios, até o limite de 50% (cinqüenta por cento) do objeto do contrato para os acréscimos, excluída, sempre, desse cálculo, a parcela de eventual reajuste."*

Já o parágrafo 2º, ao fixar percentuais superiores, deixa expresso que o objeto do contrato deve ser mantido.

A redação deste último parágrafo é a seguinte:

> "o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, as alterações de quantidades e serviços extraordinários, ditadas por necessidade de ordem técnica e indispensáveis à concretização do objeto do contrato, em percentuais superiores aos previstos no parágrafo 1º, devidamente justificadas, mantido o objeto do contrato." (grifamos)

Debruçando-nos sobre o que vem previsto no parágrafo segundo, procuraremos interpretá-lo dando ênfase aos aspectos que, ao nosso ver, mais intimamente se relacionam com a espécie em exame.

Assim é que, no tocante à indispensabilidade da alteração, entendemos que as manifestações técnicas ofertadas nas peças que acompanham a consulta, pela Companhia de Engenharia de Tráfego - CET - , são altamente esclarecedoras.

Sem embargo, há que se verificar se tal indispensabilidade se torna efetiva no concernente à concretização do objeto. Para tanto, parece-nos que este objeto deve ser, na análise do problema em comento, considerado como uma obra viária cuja finalidade precípua seria propiciar uma alternativa, de irrefutável necessidade, para o tráfego da região, finalidade última que somente seria alcançada mediante o desemboque da via em uma outra importante via de tráfego (ligação com a Imigrantes).

Está, em decorrência, colocado neste trecho de nossa manifestação, um ponto nuclear, o que nos permite abordar um outro também fundamental para o deslinde que buscamos.

Há ou não, caso se concretize a alteração cogitada, modificação do objeto do contrato?

Na perseguição da resposta, afloram, de pronto, dois enfoques, inexoravelmente ligados à alteração do objeto: um de natureza qualitativa e outro de natureza quantitativa.

Em nosso entendimento, no tocante ao aspecto qualitativo, a alteração do objeto apenas se perfaz quanto são incluídos cometimentos que nem superficialmente se harmonizam com o que consta do ajuste inicial, isto é, nada têm de pertinência com o que foi originalmente avençado, posto que tais encargos alteram a natureza e a qualidade do objeto.

Diversamente, no aspecto quantitativo, o acrescido é representado por cometimentos da mesma espécie, só que em quantidades expressivas.

Está, assim, colocada, dentro do exame global da questão, o problema de se saber se variações quantitativas alteram ou não o objeto do ajuste inicial.

Vamos, então, - na perseguição do nosso objetivo, qual seja o deslinde e aclaramento do assunto como posto na consulta, - saber como está o posicionamento da doutrina.

Carlos Ari Sundfeld, em "Contratos Administrativos - Acréscimo de Obras e Serviços - Alteração", RTDP, nº 2, pág. 156 - ensina:

> *"Calha, neste passo, apartar as noções de "dimensão do objeto" e de "quantidade de serviços ou obras" necessários à realização do objeto. Tome-se como exemplo um contrato para pavimentação de 100 kms de rodovia. O objeto do vínculo é identificável pela natureza da prestação (serviços de pavimentação) e por sua dimensão (em 100 kms de rodovia). Se a Administração estender a pavimentação por mais de 10 kms, estará alterando o objeto, por meio de ampliação. Se a encolher para 90 kms., também modificará o objeto, via redução.*
>
> *A execução do objeto contratual, na dimensão estabelecida, demanda certa quantidade de serviços. No exemplo cogitado, imagine-se haver sido prevista a realização de terraplanagem de 1.000 m3 para permitir a execução dos 100 kms de pavimentação. Caso a adoção de nova técnica viabilize a execução dos mesmos 100 kms de asfaltamento com o movimento de apenas 800 m3 de terra, a quantidade de serviços poderá ser diminuída (de 1.000 m3 para 800 m3), sem qualquer alteração na dimensão do objeto (que persistirá sendo de 100 kms)."*

Vê-se que o consagrado mestre perfilha a opinião de que modificações quantitativas alteram o objeto inicial.

Todavia, encontramos também posição sustentando entendimento contrário, consistente em não se considerar o objeto alterado quando ocorrem variações quantitativas desse objeto, que, porém, não o desnaturam. Em outras palavras, há acréscimo quantitativo decorrente de serviços da mesma natureza, isto é serviços que, repetimos, não desnaturam o cometimento pretendido pela Administração e que foi objeto do certame concorrencial gerador do contrato.

Entre os partidários da última posição podemos citar o Prof. Floriano P. de Azevedo Marques Neto - "Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos, o Edital: Exigências possíveis e necessárias para licitar" - Forense Universitária - pág. 96-:

> *"Vai daí para descobrirmos o objeto num contrato administrativo faz-se mister perquirir qual a finalidade (necessariamente pública) que se persegue com ele. Ou seja, diferentemente do que ocorre no Direito Civil, devemos nos deter menos nas características intrínsecas do objeto (especificações, detalhamentos etc.) e mais nas suas características extrínsecas (elementos definidores que permitem individualizar a coisa pretendida com a realização do contrato às finalidades que motivaram a contratação).*
> *Assim, quando o poder público contrata com um particular a construção de uma escola, está firmando um contrato com o objeto de adquirir um prédio, com tais e quais características e quantitativos suficientes para seu uso como local de ensino, ou seja, para a finalidade à qual se destina.*
> *Sim, porque entender por objeto de um contrato administrativo não só o desiderato qualitativo deste (construção de uma - ou mais - escola(s), reforma de prédio público específico, edificação de uma ponte no trecho x do rio y etc.) como também todas as especificações técnicas e os quantitativos que lhe acompanham, remeter-nos-ia à impossibilidade de se exercer o jus variandi nos termos do que dispõe a lei nova, em seu art. 65, I, a.*
> *Dessarte, o edital deverá trazer claramente qual o escopo pretendido pelo contrato, delimitando-o com clareza e objetividade (por exemplo, uma escola para tantos alunos, com salas de aula, auditórios etc.; ou então, um hospital para tantos leitos, ou coisa que o valha).*
> *Esse é o requisito de delimitação do objeto. As peculiaridades, os detalhes do que se quer obter ou construir, enfim, as especificações da obra ou do serviço também são necessários, mas não fazem parte do objeto do contrato, e sim do projeto deste que - como veremos mais adiante - deve ser parte integrante do edital".*

É também a opinião do Prof. Vicente Grecco Filho, no parecer que acompanha a consulta, do qual transcrevo o seguinte trecho:

> *... que o "objeto do contrato" que deve ser mantido refere-se à natureza ou tipo da obra ou do serviço contratado. Ou seja, não haverá alteração do objeto do contrato se o acréscimo for de obra ou serviço da mesma* ***natureza ou tipo*** *originalmente contratado. Assim, não seria admissível, por exemplo, em contrato de serviço de coleta de lixo se fizesse acréscimo para a construção de edifício não vinculado ao serviço. Todavia, se*

> *a obra ou o serviço acrescido é da mesma natureza ou tipo da obra ou do serviço originalmente contratados, não haverá alteração do objeto contratual e, portanto, perfeita obediência aos preceitos legais. ...*
> *Há um caso, porém, em que o contratado é obrigado a realizar obra ou serviço de natureza ou tipo diferente do contratado.* ***No caso de a obra ou serviço ser complementar e tornar-se indispensável à utilidade e eficiência do que foi contratado, porque não teria cabimento inutilizar o que foi contratado e realizado em virtude de falta de tarefa complementar, ainda que de natureza diversa.***
> ***... Há necessidade contudo, nesse caso de obras ou serviços de natureza diferente, de que sejam eles impostos pela necessidade de ordem técnica e indispensáveis à concretização do objeto."***

Expostas as duas posições doutrinárias a respeito da matéria, permitimo-nos, com a devida vênia de defensores da primeira, esposar o outro entendimento que, a nosso ver, mais se coaduna com os princípios norteadores da atividade da Administração, direcionada que é no sentido de atender ao interesse público e buscar, em decorrência, o bem comum.

Assim, podemos afirmar, dentro dessa linha de raciocínio, que para a resposta afirmativa à consulta, com supedâneo no parágrafo 2º do artigo 44 da Lei regente do ajuste, há que se justificar cumpridamente o fato - de modo a se afastar qualquer questionamento ou dúvida - de que as obras a serem acrescidas e, portanto, agregadas ao objeto inicial, são tecnicamente necessárias e de natureza imprescindível à concretização e às finalidades do objeto contratual, sem que esse acréscimo implique na desnaturação do referido objeto, no caso em estudo uma via de fundo de vale, com canalização de córrego e demais trabalhos indicados no parágrafo vestibular deste relatório.

Ao ver nosso, as justificativas trazidas aos autos, em especial as oferecidas pela Companhia de Engenharia de Tráfego - CET -, são suficientemente abonadoras e constituem, juntamente com os fundamentos jurídicos trazidos à colação, sustentação para a medida de que se cogita.

E por quê?

Porque, sem nenhuma dúvida, essa avenida tão somente cumprirá com as finalidades para as quais foi e está sendo construída, se efetivamente concluída, ou seja, se procedida a ligação que a projetou: das barrancas do Rio Pinheiros até a Imigrantes, com o que se procederá a interligação de dois extremos da metrópole, inclusive duas importantíssimas estradas, como sejam a Imigrantes e as vias Anhangüera e Bandeirantes.

O interesse público deve sempre comandar a interpretação legal.

Em face dos motivos expostos e reportando-nos, para reforçar nosso posicionamento, às razões oferecidas na parte final do parecer jurídico da consulente, somos pela resposta favorável à consulta formulada.

Se, no entanto, nossa resposta é afirmativa quanto à extensão contratual relacionada com o prolongamento da Av. Água Espraiada, até a Georges Corbusier, é negativa em relação à construção, dentro do mesmo contrato, dos pretendidos viadutos (dois) sobre o Rio Pinheiros, que acabarão por ligar a referida avenida às Marginais daquele rio e, por conseqüência, às importantes estradas que levam ao interior de São Paulo, ao Paraná, Rio Grande do Sul, como sejam a Castelo Branco, Anhangüera e Bandeirantes.

Conquanto, realmente completem as pretendidas ligações, óbvio, no caso, que o objeto contratual é outro, pressupondo, portanto, nova licitação que poderá ser levada a efeito no início do exercício de 1997, eis que essa travessia do rio, em comunicação com as marginais, estabelecerá igualmente no futuro a ligação direta entre os caminhos do mar (Anchieta e Imigrantes) e aquelas estradas já citadas, via Água Espraiada, sem necessidade de cruzar a cidade.

PAULO PLANET BUARQUE
Conselheiro

P A R E C E R

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.001.883/96*36, incluídos em pauta, na presente sessão, pelo Conselheiro PAULO PLANET BUARQUE - Relator, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 99, do Regimento Interno desta Corte.

DECIDEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, conhecer da consulta, posto que preenchidos todos os requisitos exigidos pelo artigo 29 da Lei Municipal 9.167/80 e, no mérito, de conformidade com o relatório e voto do Relator, responder:

a) afirmativamente, quanto à extensão contratual relacionada com o prolongamento da Av. Água Espraiada, até a George Corbisier;
b) negativamente, em relação à construção, dentro do mesmo contrato dos pretendidos dois viadutos sobre o rio Pinheiros, que acabarão por ligar a referida avenida às

marginais daquele rio e, por conseqüência, às importantes estradas que levam ao interior de São Paulo, ao Paraná, ao Rio Grande do Sul, uma vez que, neste caso, o objeto contratual é outro, pressupondo, portanto, nova licitação que poderá ser levada a efeito no início do exercício de 1997, eis que essa travessia do rio, em comunicação com as marginais, estabelecerá igualmente, no futuro, a ligação direta entre os caminhos do mar (Anchieta e Imigrantes) e as estradas Castelo Branco, Anhangüera e Bandeirantes, via Água Espraiada, sem necessidade de cruzar a cidade.

Participaram do julgamento os Conselheiros WALTER ABRAHÃO - Revisor, FRANCISCO MARTIN GIMENEZ e ANTONIO CARLOS CARUSO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de dezembro de 1996.

EURÍPEDES SALES
Presidente

PAULO PLANET BUARQUE
Relator

\