JURISPRUDÊNCIA

TC 72.002.678.97-23

Solicitação de Pronunciamento Jurídico - AUD - Termos de Aditamento - inclusão de novos serviços - necessidade de fazer constar o valor total, o novo valor estimado contratual, acompanhado do respectivo orçamento e do cronograma físico-financeiro atualizado - conclusão comunicada aos órgãos técnicos e aos Secretários Municipais.

Senhor Assessor Chefe

O Sr. Diretor DT III encaminha, pela inicial, consulta acerca dos Termos de Aditamento que têm por objeto a aprovação de serviços extracontratuais. Indaga, a esse respeito, quanto à necessidade por parte da origem em fazer constar no referido termo aditivo, o valor total referente a inclusão dos novos serviços / materiais, novo valor estimativo contratual acompanhado do respectivo orçamento e do cronograma físico-financeiro, tendo em vista que normalmente a origem não vem apresentando esses elementos.

A questão colocada ao exame desta AT, tem, via de regra, sua prática configurada nos contratos de obras e serviços, sob o regime de execução indireta, na modalidade de empreitada por preço unitário.

Ora, a realização de licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços, pressupõe o preenchimento de alguns requisitos legais, previsto no § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.666/93, quais sejam:

> *"Art. 7º -* .....
> .....
> *§ 2º - As obras e serviços somente poderão ser licitadas quando:*
> *I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;*
> *II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição em todos os seus custos unitários;*
> *III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;*

IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso".

A existência de projeto básico é, portanto, pressuposto para a deflagração de toda licitação para obras e serviços. A lei de licitações, ao definir o projeto básico, no inciso IX do artigo 6º, diz que é o "conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilidade a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (...).

O objeto da licitação, obra ou serviço, deve vir, pois, perfeitamente definido e caracterizado no projeto básico, como condição de legitimidade da licitação.

E, a conduta legal determinada para a definição do objeto da licitação, vale, por conseqüência lógica ao objeto do contrato. O objeto do contrato administrativo, sempre vinculado aos termos do edital, é o núcleo do ajuste, e como tal deve estar perfeitamente caracterizado.

Por sua vez, a plena e completa delimitação do objeto contratual implica a determinação de seus quantitativos. É o que diz a Lei nº 8.666/93, no § 4º do art. 7º e o "caput" do art. 8º, in verbis:

"Art. 7º - .....

.....

§ 4º - É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondem às previsões reais do projeto básico e executivo.

.....

Art. 8º - A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final, e considerados os prazos de sua execução".

Assim, a par da adequada definição do objeto contratado, deverão estar previstos na licitação e no contrato todos os quantitativos a serem executados.

Ao analisar o disposto no § 4º do art. 7º acima transcrito, Marçal Justen Filho, com a lucidez de sempre, mostra que:

"O projeto deverá obrigatoriamente estimar as quantidades a serem adquiridas. O ato convocatório deverá ater-se fielmente ao projeto. Haverá casos onde inexistirão condições técnico-científicas para definir as quantidades.

> *Ainda nessas hipóteses, será proibida a licitação de quantidades indefinidas. Deverá promover-se uma estimativa dentro dos limites que a técnica permita".*
> (Comentários à Lei de Licitações, 4º ed. Aide Ed., pg 61)

Fora dessas premissas, sem o suficiente grau de precisão do objeto e seus quantitativos, o contrato de obra pública se afastará do campo da legitimidade, provocando a sua invalidade.

E, nessa linha, o que vem expressamente estatuído para o ato convocatório, aplica-se ao contrato e aos seus termos aditivos, conforme, inclusive, o disposto no artigo 41 da Lei nº 8.666/93, que estabelece o princípio da vinculação ao edital. Os requisitos de conteúdo e de forma inerentes aos contratos administrativos se estendem dentro dos mesmos contornos e parâmetros aos seus aditamentos.

De outra sorte, o que caracteriza o contrato administrativo e o separa dos demais contratos é a sua submissão ao regime de direito público, derrogatório e exorbitante do direito comum. A Administração ocupa posição de supremacia em relação ao particular e as cláusulas exorbitantes são a sua característica essencial.

Daí decorre o princípio da mutabilidade dos contratos administrativos e que confere à Administração o poder de alterar unilateralmente o contrato.

Nesse sentido, há situações imprevistas que podem autorizar a modificação do projeto ou os acréscimos ou supressões de seu objeto, necessários à satisfação do interesse público, a fim de viabilizar a execução do objeto originalmente contratado.

A alteração do escopo dos serviços ou das obras é possível, pois, desde que seja imprescindível ao pleno atingimento dos fins buscados pelo objeto contratual.

A alteração do contrato administrativo vem previsto no art. 65 da Lei nº 8.666/93 e pode acontecer unilateralmente pela Administração, nas hipóteses das letras "a" e "b" do inciso I do art. 65.

O acréscimo de serviços ou obras não previstos inicialmente, mas estritamente necessários à realização do objeto do contrato, deverá ser efetivado, portanto, dentro dos limites fixados na lei, em especial o estabelecido no § 1º do artigo 65, que limita os acréscimos ou supressões às obras ou serviços a 25% do valor contratual.

Da mesma forma, pode sobrevir, ainda, a indispensabilidade de registro de preços extracontratuais, quando evidenciada, na execução do contrato, algumas necessidades não previstas no projeto básico, tais como característica do solo, movimentação de terra, etc.

Essa possibilidade, de aprovação de preços extracontratuais tem, também, previsão legal, a teor do § 3º do artigo 65, mas sempre respeitados os limites fixados no § 1º do mesmo dispositivo. Diz o citado § 3º do art. 65:

> *"Art. 65 - .....*
> *.....*
> *§ 3º - Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.*

Como se pode verificar, de todo o exposto, a faculdade de alteração dos contratos pela Administração Pública não é livre. O registro de preços extracontratuais depende de acordo das partes e poderá ser realizado mediante Termo Aditivo que fixe a quantidade dos serviços necessários à complementação do objeto contratado.

A Administração, ao registrar os preços extracontratuais, deve fazê-lo pelos meios juridicamente idôneos. Toda alteração feita na forma de aditamento deverá seguir as regras legais, inclusive as que impõem o equilíbrio das posições jurídicas das partes.

Nesse sentido, é vedado ao administrador celebrar contratos ou Termos Aditivos de conformação jurídica indefinida, pois do contrário haveria violação frontal aos princípios da legalidade e da publicidade, que a Constituição expressamente contempla.

A aprovação de preços extracontratuais tem, via de regra, reflexos financeiros e orçamentários, de tal sorte que a alteração contratual deverá ser previamente justificada, quantificada, com indicação do novo valor contratual, em decorrência dos acréscimos que irão resultar pela inclusão dos novos serviços.

Qualquer alteração contratual deve se operar, pois, dentro das normas que lhe assegurem regularidade formal e eficácia. Veja-se a doutrina de Carlos Ari Sundfeld:

> *"Para a validade do contrato impõe-se a perfeita determinação de seu conteúdo, nos seus múltiplos aspectos. Daí a invalidade de avenças, não raras em nossa realidade administrativa, em que o contratado se obrigue a realizar prestações a serem determinadas futuramente, por um preço a ser ajustado, nos prazos a serem definidos, etc.; falta, aí, um grau ótimo de determinação do conteúdo do contrato, que a lei exige como condição de sua legitimidade".*
> (Licitação e Contrato Administrativo, 2ª ed., Malheiros, pg. 221)

Afora esses aspectos, importante observar, ademais, que qualquer modificação contratual com essa finalidade requer, nos termos do inciso II e

III, do § 2º do art. 7º, a demonstração de seu impacto orçamentário, com vistas à determinação do novo valor contratual e à viabilização de seu controle pelos órgãos competentes.

Com efeito, o impacto orçamentário e a previsão de recursos para fazer frente a qualquer aditamento contratual são instrumentos imprescindíveis à realização das normas constitucionais voltadas para o controle externo dos atos administrativos, em todas as suas vertentes (jurisdicional, parlamentar e popular). Assim, para o exercício eficaz do controle externo a cargo do Tribunal de Contas, essas questões devem ser postas com clareza, de forma exatamente a viabilizar a tarefa constitucionalmente consignada.

Nessas condições, diante da questão formulada inicialmente, manifesto-me no sentido de que as alterações contratuais para aprovação de serviços extracontratuais, decorrentes de contratação para execução de obra ou reforma, devem vir obrigatoriamente acompanhadas da planilha de orçamento (preço unitário e quantitativo), como também do novo cronograma físico-financeiro, de maneira a demonstrar o impacto da despesa no valor inicial do contrato.

À consideração de V.Sa.

São Paulo, 09 de maio de 1997.

Eveni Longo
Assessora Técnica

A
S.F.C.
Senhor Secretário

Faço minhas, as considerações expendidas pela D. Assessora Eveni Longo, às fls. 05/11.

Como soe acontecer nos trabalhos assinados pela competente advogada, restaram explicitadas, de modo percuciente, todas as questões propostas na peça vestibular.

São Paulo, 16 de maio de 1997.

Murilo Magalhães Castro
Assessor Chefe

Senhor Presidente

O Departamento de Auditoria I, atendendo a proposta da Divisão Técnica I, consultou a Assessoria Jurídica sobre a necessidade de constar dos Termos Aditivos, a inclusão de novos serviços e materiais, o valor total dos mesmos, o novo valor estimativo do contrato, acompanhado do respectivo orçamento e do cronograma físico-financeiro atualizado.

O bem elaborado parecer da Dra. Eveni Longo (fls. 05/11) acompanhado pela Chefia da A.T., esclareceu, devidamente, a questão, concluindo no sentido de que "... as alterações contratuais para aprovação de serviços extracontratuais, decorrentes de contratação para execução de obra ou reforma, devem vir obrigatoriamente acompanhadas da planilha de orçamento (preço unitário e quantitativo), como também do novo cronograma físico-financeiro, de maneira a demonstrar o impacto da despesa no valor inicial do contrato."

Transmitida tal orientação a todos os técnicos das Divisões Técnicas I, II e III, a fim de se nortearem na análise de casos futuros, vem o Sr. Secretário da Fiscalização e Controle propor que seja dada ciência de seu teor a todas as Secretarias Municipais, ou seja, às responsáveis pela lavratura dos referidos Termos de Aditamento Contratual.

Entendo, por igual, não só pertinente, como necessário, seja dada ciência de seu teor aos órgãos da Administração, considerando que tal parecer norteará a atuação dos nossos técnicos.

Assim sendo, sugiro a Vossa Excelência o encaminhamento de Ofícios a todos os Srs. Secretários Municipais, acompanhado de cópia do referido parecer, a fim de que possam transmiti-lo às Administrações Regionais, Departamentos, Superintendências e demais Divisões que integrem suas estruturas.

São Paulo, 06 de março de 1.998

JOÃO ALBERTO GUEDES
Secretário-Diretor Geral

"S-D.G."

Tendo em vista os elementos constantes dos autos, autorizo a expedição dos Ofícios, tal como proposto por essa S-D.G.

São Paulo, 06 de março de 1.998

WALTER ABRAHÃO
Presidente