JURISPRUDÊNCIA

TC 72.004.208.86-88

Construção túnel duplo, viaduto e sistema viário integrantes ao mini-anel viário da cidade - Termos de Aditamento - acréscimo contratual de 25% - reassentamento de famílias - aditamentos regulares (m.v.) (vencido o Cons. Roberto Braguim, que considerava irregulares os respectivos aditamentos).

V O T O E M S E P A R A D O

Trata-se do julgamento dos Termos Aditivos nºs 13/90 (referente à consolidação e adequação contratual), 14/93 e 19/94 (prorrogação de prazo), 15/93, 16 e 17/94, 18 e 21/95, 23 a 29/96 e 30/97 (modificações do valor contratual), 18/94 (conversão para Real), 20/95 (aprovação de preços extracontratuais), 22/95 (adequação/ forma /reajuste), relacionados a fls. 1417 dos autos, celebrados pela EMURB com a Construtora Andrade Gutierrez S.A., para a execução de obras integrantes do Mini-Anel Viário da Cidade de São Paulo.

Apenas dois desses instrumentos foram questionados pelos órgãos técnicos: o de nº 21/95 e nº 23/96.

O primeiro T.A. 21/95 de 20/07/95 aditou, ao Contrato nº 2/Emurb/87, as obras referentes ao Complexo Viário Sacomã.

Segundo a A.T. Engenharia, sua lavratura foi precedida por consulta formulada ao Plenário deste Tribunal, que respondeu "ser possível a concretização do aditamento" com fulcro no disposto nos §§ 1º e 2ºdo art. 44 da Lei vigente à época da celebração do ajuste, no caso, a Lei Municipal 8.248/75, com as modificações impostas pela Lei Municipal 9404/81, conforme acórdãos publicados nos DOM s. de 29/06/95 e 28/09/95.

Observou, contudo, o mesmo órgão técnico:

- o valor atribuído àquela alteração "representa 34,37% do valor inicialmente pactuado", extrapolando o limite máximo legalmente fixado e contrariando condição básica imposta pelo primeiro acórdão exarado na consulta;

- quanto à nova redação do questionado § 1º do art. 44, pelo qual os 25% incidem sobre o objeto contratado e não mais sobre o valor inicial atualizado, referem-se ao "valor monetário do objeto", pois de outra forma seria impossível a medição de tais percentuais objetivamente (fls.1140–verso).

Juntou jurisprudência desta Corte sobre o assunto.

A A.T. Jurídica acompanhou as conclusões da Engenharia, por seus próprios fundamentos.

AUD-II constatou um acréscimo contratual de " 127,22% em relação ao valor original revisado" até a edição do Termo Aditivo nº 30/97, de 31/01/97.

Para a Engenharia, tal percentual é de 193,46% sobre o valor original do Contrato 2/87.

No que tange aos acréscimos posteriores ao T.A. 23/96, decorrem das obras e serviços relativos ao Complexo Sacomã, e quanto ao reassentamento de famílias, implica alteração do objeto ajustado, não se enquadrando no § 2º do art. 44, com a redação dada pela Lei Municipal 9404/81.

A Sra. Subchefe da A.T. Jurídica, discordando de sua assessoria, opinou pela regularidade dos Termos Aditivos 24 a 30/96, que tratam de acréscimos e decorrem do T.A. 21/96. No tocante ao Termo nº 23/96, por tratar de serviços extraordinários indispensáveis à concretização do objeto avençado, representando, seu acréscimo, "valor pequeno em relação ao valor global do contrato", e diante da informação de AUD sobre a existência de precedente nesta Corte sobre a matéria, concluiu pela regularidade do aditivo.

Ante a divergência técnica, a Procuradoria da Fazenda oficiou a Origem para apresentar justificativas sobre os procedimentos por ela adotados, as quais, no entanto, não lograram modificar os posicionamentos anteriores.

Contrariamente, o Órgão Fazendário acolheu as razões da Emurb, ressaltando que o T.A. 21/95 se respaldou no parecer da consulta formulada a esta Casa, nos autos do TC 2.633.95-23, salientando:

> "De fato, almejasse a Corte limitar a extensão do aditivo aos 25% do Contrato Original só restaria aos Nobres Conselheiros terem respondido negativamente à consulta, determinando que se abrisse nova licitação, pois seria impossível a execução da obra nestas condições".
>
> "Portanto, sem embargo de outras considerações de ordem técnica ou mesmo do chamado interesse público em continuar a obra, 'data venia', é possível, a partir de decisão dessa E. Corte, entender que os atos praticados pela Administração foram regulares, podendo ser acolhidos pelos Nobres Conselheiros."

No tocante ao T.A. 23/96, a P.F.M. acompanhou o posicionamento da Subchefia da AT-Jurídica, não só por já haver precedentes (TC 5.003.86-00), mas também por concordar ser impossível a conclusão do objeto principal do contrato sem a remoção dos favelados.

Concluindo pelo acolhimento de todos os aditivos examinados, o Órgão Fazendário fundamentou:

"...forçoso reconhecer que o próprio interesse público poderia ser invocado como lastro para fundamentar os aditamentos havidos, pois era da conveniência da Administração e da Urbe, que as obras não parassem, completando-se o chamado mini-anel viário.

Ao cabo, importante consignar que todo o complexo já foi feito, estando em pleno uso por parte da população, donde se conclui que o Contrato e seus Aditivos se exauriram, tendo sido pago o preço pela Administração, em face da entrega do objeto.

Por fim, registre-se que não há notícia de dolo, má-fé ou prejuízo ao erário, em face dos atos de gestão praticados" (fls. 1565).

No mesmo sentido, SDG, observando que a AT-Engenharia e Jurídica, em suas manifestações contrárias ao acolhimento do Aditivo 21/95, "deixaram de considerar a complementação efetivada no parecer desta Corte" na consulta mencionada. Daí sustentarem, equivocadamente, não ter este Tribunal admitido, no caso, acréscimo superior a 25% do objeto do contrato. O acórdão posteriormente publicado no D.O.M. de 28/09/95 esclareceu a questão em todos os seus termos.

Destacou, por fim, que, tendo em vista o efeito vinculante do parecer exarado na consulta, conforme art. 30 da Lei Orgânica deste Tribunal, nada mais há a discutir.

Quanto ao TA nº 23/96, da mesma forma, opinou SDG por sua regularidade pois a proteção a pessoas desabrigadas compreende-se no interesse público. Ademais, em sendo a medida indispensável à execução da obra, abrigava-se em seu objeto.

Reportou-se, à decisão da tese em caso análogo (TC 5.003.86-00).

Acompanhando as conclusões de órgãos técnicos desta Corte e da PFM, o Ilustre Relator Dr. Eurípedes Sales julgou regulares todos os Termos Aditivos.

Eis a síntese do processado.

Não obstante em julgamento outros termos de aditamento, centrarei meu V O T O à análise de dois termos aditivos relativamente aos aspectos questionados pela Engenharia, e que, a meu ver, requerem aclaramento.

O TA nº 21/95, conforme relatado, trata de acréscimos de obras referentes ao Complexo Viário Sacomã, com a conseqüente alteração do valor contratual.

Nos termos dos pareceres proferidos por este Tribunal na consulta formulada nos autos do TC 2.633.95-23, restou assentado ser possível a concretização do aditamento, com base no disposto no art. 44, §§ 1º e 2º, da Lei Municipal nº 8.248/75, com a redação dada pela Lei Municipal nº 9.404/81.

De acordo com os citados dispositivos, os contratos podem ser alterados, unilateralmente, até o limite de 25% de seu objeto e em percentuais superiores a esse, no caso de alterações de quantidades e serviços extraordinários, ditados por necessidade de ordem técnica e indispensáveis à concretização do objeto ajustado, hipóteses essas devidamente justificadas e mantido o objeto.

Vigia, à época da celebração do contrato, o Decreto Lei Federal nº 2.300/86 que, no art. 55, estabelecia disciplina semelhante à da citada Lei Municipal.

Por força do referido dispositivo, os acréscimos superiores a 25% do valor do contrato, poderiam ser acatados, se mantido o objeto e as condições avençadas.

Com efeito, os acréscimos contratuais dizem respeito ao tema da mutabilidade do contrato, constituindo matéria pacífica entre nós, a faculdade de a Administração Pública alterar unilateralmente os ajustes administrativos firmados com os particulares.

A lei qualificou os parâmetros dentro dos quais é permitida a alteração unilateral, ou seja, 25% do objeto para os acréscimos e supressões, e acima desse limite, alterações de quantidades e serviços extraordinários, ditados por necessidade de ordem técnica e indispensáveis à concretização do objeto do contrato, medidas essas, portanto, respectivamente, de caráter quantitativo e qualitativo.

A doutrina, analisando o tema da alterabilidade dos contratos administrativos em face do D.L. 2300/86, sempre sustentou a possibilidade de superação dos limites previstos pela lei, quando, para cumprimento do objeto contratual, fossem necessários trabalhos ou serviços indispensáveis excedentes do previsto para a conclusão do objeto contratual.

No caso dos autos, conforme bem assinalado pela PFM e SDG, a alteração contratual objetivou a reformulação do projeto básico da obra denominada "Mini Anel Viário" de modo a compatibilizá-la à demanda que se fazia dela necessária à época, inclusive com impacto de elevada gravidade no tráfego da cidade.

Como se vê, as alterações supervenientes e imprevisíveis alicerçaram-se no atendimento dos interesses públicos primários que "são os interesses da coletividade como um todo", conforme lição do preclaro Celso Antonio Bandeira de Mello, reproduzindo ensinamento da doutrina italiana.

Igual entendimento já foi perfilhado por esta Corte, por ocasião de consulta formulada pelo Executivo quanto à aplicabilidade da Lei nº 10.544/88, que revogou a Lei nº 8.248/75, especificamente o § 2º do art. 81, permissivo explícito para acréscimos de quantidades e serviços extraordinários ditados por necessidades de ordem técnica e indispensáveis à concretização do objeto contratual em percentuais superiores aos 25% previstos no § 1º do referido artigo, devidamente justificados e mantido o objeto contratual (TC 2633.95-23 – DOM 29.06.95).

Consigno, ainda, que, mesmo em se analisando a hipótese vertente à luz da Lei nº 8.666/93, chega-se à mesma conclusão.

Em outras palavras: as modificações qualitativas do objeto contratual não têm proporção ou limites prefixados, nos termos da previsão contida na alínea "a" do inciso I do art. 65 do Estatuto Federal.

Marçal Justen Filho, ao analisar essa questão, também encampa a tese de os limites mencionados nos §§ 1º e 2º do art. 65 não se reportarem à hipótese de alterações

qualitativas do objeto contratual, pelo que podem ser excedidos nos casos da alínea "a" do inciso I (ILC ag. 97, nº 42, pg. 105).

Mesmo em se tratando de alterações de quantitativos, previstas na alínea "b", inciso I, do art. 65 da Lei nº 8.666/93, ainda assim enfatiza a doutrina ser possível, em situações especialíssimas, a ultrapassagem do limite legalmente fixado.

Trago à colação, ensinamento sempre esclarecedor de Celso Antonio Bandeira de Mello quando aduz:

> *"Em conclusão: desde que seja demandado para atender ao interesse público primário, respeitado o objeto contratual, os limites de 25% ou 50%, a que se reportam os §§ 1º e 2º do art. 65 a Lei nº 8.666/93 podem ser excedidos tanto nos casos de 'sujeições imprevistas', quanto naqueles em que, por força de 'eventos supervenientes imprevisíveis' ou de falhas do projeto inicial ou de suas 'especificações', seja preciso modificá-lo para eficaz atendimento do escopo contratual, mediante correção dos quantitativos, complementação de obras ou alteração das soluções técnicas, sem o que se frustrariam ou restariam insatisfatoriamente atendidas as necessidades que o objeto contratual se propunha a suprir"*(Revista Interesse Público nº 8/2000-pg 31).

A meu ver, entendo, em suma, sob qualquer prisma jurídico-legal com que se examine a questão, a conclusão alcançada será equivalente, ou seja, os acréscimos contratuais inseridos no TA 21/95 estão em conformidade com a lei, e, portanto, regulares.

No tocante ao TA nº 23/96, que incluiu serviços de reassentamento de famílias não previstos no contrato original, a hipótese não está abrangida no objeto da consulta inicialmente referida.

Entendo a esse respeito, como aliás esta Corte já se pronunciou em caso análogo, que se trata de serviços extraordinários indispensáveis à concretização do objeto contratual, não sendo considerados, pela própria lei de regência do contrato, modificação do objeto contratual (§ 5º do art. 44 da Lei nº 8.248/75, com a redação conferida pela Lei nº 9.404/81).

Não se está a cogitar de nenhuma obra nova, incluída no termo de aditamento. O que se tem é apenas o acréscimo de serviços necessários à consecução da mesma obra, pois, conforme bem apontado pela PFM, sem a remoção dos favelados, seria impossível a conclusão do objeto principal do contrato.

Por óbvio, tais acréscimos implicam a correspondente complementação ou reforço do valor contratual, por envolverem maiores encargos pelo contratado, não previstos inicialmente, em inteira consonância com a garantia constitucional estabelecida no inc. XXI do art. 37 da CF.

Por fim, tendo o objeto contratual já sido entregue e pago o preço pela Administração, estando em pleno uso por parte da população, bem concluiu o Órgão Fazendário que o contrato e seus aditivos se exauriram.

Com efeito, na esteira de SDG e PFM, ACOMPANHO O VOTO DO ILUSTRE RELATOR EURÍPEDES SALES, julgando regulares os termos de aditamento.

São Paulo, 04 de abril de 2001.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

V O T O E M S E P A R A D O

Destaco na minha apreciação da matéria em exame o TA 21/95 e o TA 23/96, relativos ao contrato nº 02/87, celebrado pela Empresa Municipal de Urbanização - EMURB e a Construtora Andrade Gutierrez S.A., tendo por objeto obras integrantes do Mini-Anel Viário da Cidade de São Paulo. Até porque os aditivos anteriores ao 21/95 já alcançaram apreciação deste Tribunal e os posteriores, elencados às fls. 1417, dele decorreem.

O primeiro, TA 21/95, porque firmado depois de transcorridos 5 (cinco) anos do contrato, lavrado em 5.03.87, e porque amplia seu objeto em acréscimo superior a 25% (vinte e cinco por cento) a ele incorporando obra não prevista inicialmente. O segundo, TA 23/96, porque igualmente traz para o ajuste serviço estranho a seu objeto, consistente na remoção e reassentamento de 250 famílias instaladas no local da obra.

Em que pesem os argumentos de que o acréscimo quantitativo, previsto no TA 21/95 e consistente na construção de um viaduto no Trecho IV (ver manifestação da Engenharia as fls. 1139/1141), se justificaria pela necessidade de adequação da obra em seu todo, às novas demandas do sistema viário, emergentes e ampliadas no lapso de tempo compreendido entre a data do contato original e a data do aditivo, não me convenço da regularidade de tal providência. E isto por ser inadmissível que o planejamento que serviu de supedâneo a obra de tal vulto, objeto da contratação original, tenha se tornado obsoleto no próprio transcurso de sua execução. E se tal obsolescência excepcionalmente tenha ocorrido, maior razão ainda se faria presente para novo planejamento e para cuidar-se da obra nova.

Nem entendo por outro lado que consulta adredemente formulada perante este Egrégio Tribunal prejudique a conclusão acima deduzida. Em sede de consulta o Tribunal manifesta-se em tese, permanecendo, no caso concreto, a responsabilidade da Origem.

Igualmente irregular se me afigura o Aditivo 23/96, concernente à remoção e reassentamento de 250 famílias, consistindo-se, inegavelmente, providência estranha ao objeto do contrato.

Irregulares os Aditivos 21/95 e 23/96, restam eivados dos mesmos vícios todos os demais, na medida em que lhes são decorrentes.

Voto, portanto, pela irregularidade de todos os Termos Aditivos, a partir do mencionado TA 21/95, arrolados às fls. 1417, aplicando-se ao ordenador da despesa a multa de R$ 253,58 (duzentos e cinqüenta e três reais e cinqüenta e oito centavos), com fundamento

no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal nº 9.167, de 03.12.80, combinado com o Artigo 133 do Regimento Interno desta Corte, remetendo-se, ainda, cópias à E. Câmara Municipal e ao Ministério Público, para o que for cabível.

É o meu voto.

TCM, 04 de abril de 2.001.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.004.208.86-88, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO - Revisor, após vista que lhe fora concedida na 1.964ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro EURÍPEDES SALES - Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelo voto do Conselheiro EURÍPEDES SALES - Relator, bem assim pelos votos dos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Revisor e ROBERTO BRAGUIM, apresentados em separado, como também pelo voto da Conselheira Interina MARIANA P. A. Q. BARBOSA, em considerar regulares os Termos Aditivos 13/90, 14/93, 15/93, 16/94, 17/94, 18/94, 19/94, 18/95 e 20/95.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES - Relator, ANTONIO CARLOS CARUSO - Revisor e da Conselheira Interina MARIANA P. A. Q. BARBOSA, pela regularidade dos Termos Aditivos 21/95, 22/95, 23/96, 24/96, 25/96, 26/96, 27/96, 28/96, 29/96 e 30/97.

Vencido, em parte, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, nos termos do voto apresentado em separado.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Revisor, ROBERTO BRAGUIM e a Conselheira Interina MARIANA P. A. Q. BARBOSA.

Ausente, nesta sessão, o Conselheiro EURÍPEDES SALES - Relator, por motivo de saúde.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 04 de abril de 2001.

EDSON SIMÕES

Presidente

EURÍPEDES SALES
Relator, com voto na 1.964ª S.O.