TC nº 72.005.139/95*93

Consulta - Prefeito - Complexo Viário Ayrton Senna - obras complementares - possibilidade - necessidade justificada - relação entre o objeto do ajuste e a alteração pretendida - contrato vigente - observância do limite de 25% - aplicabilidade à espécie da Lei 8248/75 - consulta conhecida - resposta positiva - Lei 9167/80, art. 29 e art. 30 e §§ - Lei 8248/75, art. 44, I, § 1º, com a redação da Lei 9404/91.

VOTO

No ofício que constitui fls. 3/7 do presente processo, S.Exª o Senhor Prefeito do Município de São Paulo endereça a este Tribunal **consulta** sobre a possibilidade de ser aditado o contrato nº 5/87, firmado entre a Empresa Municipal de Urbanização - EMURB - e a Companhia Brasileira de Projetos e Obras - C.B.P.O.-, visando a ensejar a concretização de obras complementares no complexo viário objeto do citado ajuste (Túnel ao longo das Avenidas Juscelino Kubitschek e Antonio Joaquim de Moura Andrade), obras essas que representam uma reformulação e atualização do projeto inicialmente concebido.

A consulta, apresentada de conformidade com as disposições da Lei Municipal nº 9.167, de 3 de dezembro de 1980, e do Regimento Interno do Tribunal, foi instruída com as peças e documentação de fls. 8/159, complementadas pelos esclarecimentos de fls. 161/170.

Nos termos da consulta, mais uma vez este Tribunal é acionado para o exame da questão pertinente à alteração unilateral dos contratos firmados pela Administração Municipal.

Seguindo a linha de raciocínio adotada na oportunidade em que nos manifestamos em casos semelhantes, iniciaremos buscando precisar qual legislação seria aplicável à questão aqui posta. Com essa finalidade, algumas considerações preliminares.

Já dispunha o antigo Código de Contabilidade Pública, em seu regulamento aprovado pelo Decreto nº 15.783/22 - artigo 745:

> ***"A concorrência pública far-se-á por meio de publicação, no Diário Oficial ou nos jornais oficiais dos Estados, de um edital expedido pela repartição que haja de firmar o contrato do fornecimento ou prestação de serviços e no qual deverão ser***

indicados: " - (segue-se um elenco de exigências para cumprimento dos interessados no certame).

Assim, para a deflagração de um processo seletivo - gênero licitação e espécies concorrência, tomada de preço e convite, para o caso em comento - são estabelecidas determinadas regras na peça convocatória, a fim de que todos os interessados possam elaborar suas propostas e se candidatar à execução do futuro contrato. Essas regras, após publicado o aviso concorrencial, permanecem válidas e inalteradas durante todo o transcurso do procedimento licitatório, ressalvando-se, todavia, os casos de modificações decorrentes de decisões do próprio órgão incumbido do certame, quer por provocação externa - casos de recurso de eventuais licitantes - quer por deliberação da comissão processante, quando esta reconhece a necessidade de se introduzir alguma exigência ou suprimir uma outra.

As regras a que nos referimos são normas impostas a todos os que pretendem participar do processo instaurado, continuam a reger o procedimento e se projetam para o futuro contrato a ser firmado pelo proponente vencedor, adjudicatário do objeto pretendido.

Como essas regras são fixadas em atendimento às disposições legais vigentes à época em que a licitação é iniciada, óbvia será a conclusão no sentido de que a lei reguladora do contrato é a mesma que presidiu o procedimento seletivo.

Essa assertiva, parece-nos, data venia, inquestionável, vez que iniciada a execução contratual, geralmente consubstanciada com a expedição da chamada ordem de início, difícil, até mesmo impossível se nos permitem o termo, admitir-se que as regras básicas, que estruturaram todo o contrato e que vão dar vida à execução deste, sejam modificadas por imposições que não sejam ditadas pelo interesse público. Com vistas a esse mesmo interesse público, o próprio diploma legal reitor do procedimento e, conseqüentemente, do contrato, oferece os mecanismos que possibilitam as alterações ditadas por esse superior interesse.

Estão, por conseqüência, os interessados em contratar com a Administração obrigados a aceitar as modificações, desde que aceitem as disposições estatuídas nas peças convocatórias que irão gerar os contratos, pois sabem eles, quando comparecem às disputas, que, ao se tornarem adjudicatários, as cláusulas contratuais serão rigorosamente fixadas de conformidade com o que a lei prevê e que foi inserido no instrumento correspondente à convocação (edital).

Como resultado da observância dessas normas, temos a correta, normal e efetiva realização do empreendimento objeto da licitação e, evidentemente, do contrato desta oriundo.

Já aqui podemos dizer, com segurança, que a lei disciplinadora de toda a execução contratual - compreendida nesta toda a gama de providências que assegurem a concretização do correspondente objeto e o atendimento do interesse público que se visa na atividade da Administração - é a que regeu todo o processo seletivo e fixou, nunca é demais ressaltar, os direitos e obrigações das partes contratantes.

Neste ponto, permitimo-nos, sempre tendo em vista fundamentar o que vimos afirmando - na tentativa de espancar dúvidas quanto à legislação a ser aplicável no deslinde do problema -, tecer alguns comentários sobre normas gerais e normas específicas, aquelas aplicáveis aos entes federados e estas asseguradoras da autonomia desses mesmos entes. Como já dissemos em outra oportunidade, este relatório não seria a peça adequada para uma análise aprofundada da tormentosa questão. Sem embargo, rápidas pinceladas poderão, com a devida vênia, servir de subsídio para o devido enfoque do problema.

Os municípios, principalmente os das capitais, no desenvolvimento de suas atribuições, encontram, com certa freqüência, incontáveis obstáculos para a implementação de seus planos de obras e serviços, visto que determinados problemas, inerentes à execução de empreendimentos de grande porte (obras viárias, canalizações de córregos, etc.), são de difícil e, até mesmo, impossível solução, em face do que estabelece a legislação federal disciplinadora das licitações e contratos.

Em virtude dessa problemática, comum a todas as grandes cidades brasileiras, entendemos que, no que diz respeito aos Estados e Municípios - com ênfase para a realização de obras e melhoramentos públicos -, não se pode disciplinar, mediante leis editadas no âmbito da União, alguns aspectos que são específicos desses entes.

Dentro desse contexto, sem embargo do respeito que nos merecem os defensores de posição contrária, não concordamos e não podemos aceitar que se possa exigir o cumprimento, por parte da Administração de uma cidade como São Paulo, de normas ditadas pela legislação federal - ressaltamos que apenas no que diz com certos aspectos - no campo de execução de obras públicas, pois sabemos que não se deve considerar como norma geral aquela que interfere com as peculiaridades de uma metrópole como a nossa capital.

Um perfunctório exame da legislação do Município de São Paulo - atual e pretérita -, versando sobre licitações e contratos, irá informar que o legislador municipal dedicou especial atenção às disposições relacionadas com a busca de soluções para problemas específicos da cidade, das quais destacaremos as que dizem respeito ao estágio de projeto para instauração do procedimento licitatório, e à sistemática de alterações contratuais, visando à flexibilidade dos ajustes, quer quanto aos quantitativos de serviços, quer no referente a modificações do objeto do ajuste, observado, obviamente, o escopo inicial, sempre tendo em vista o interesse público que deve presidir os cometimentos objetivados. São, em rápida abordagem, assuntos relativos ao peculiar interesse do Município e que mais se evidenciam nesta cidade, tão carente, ainda hoje, de um adequado planejamento para atender à demanda sempre crescente de obras e melhoramentos públicos.

Ainda com relação ao assunto enfocado, entendemos oportuno fazer referência ao parecer exarado pela Assessora deste Tribunal - Dra. Nodette Mameri Peano- no T.C. nº 72.003.841.94*03, no qual, com muita propriedade, acentua:

> ***"1- A norma geral tem abrangência nacional, ou seja, o seu comando alcança as ordens locais e a ordem federal.***
> ***2- Considerando que no ordenamento brasileiro não há hierarquia de uma sobre outra unidade da Federação, e sim maior ou menor abrangência de***

sua competência normativa própria; considerando que uma lei de "caráter nacional" é da mesma hierarquia de uma lei ordinária, a identificação de uma norma geral só ocorrerá pelo exame de seu conteúdo. Assim, as normas gerais serão aquelas que instrumentalizam os princípios constitucionais. Sua validade será extraída de um princípio constitucional expresso ou decorrerá, de modo implícito, de todo o sistema jurídico.

3- As normas gerais são caracterizadas como normas de leis, no ensinamento de José Afonso da Silva. "São produzidas pelo legislador federal nas hipóteses constitucionalmente previstas, que traçam princípios, diretrizes, quadros, à atuação legislativa da União, Estados e Municípios." Não podem, portanto, descer a pormenores, detalhes. Todavia, é possível à norma conter certas minúcias, desde que necessárias ao atendimento do preceito constitucional que a fundamenta. Exemplificando: não pode o tratamento diversificado local das licitações e contratos administrativos ferir o princípio constitucional da igualdade.

4- A norma geral, por sua vez, não pode excluir, nem dificultar o exercício da competência suplementar das ordens federais. A competência para legislar sobre licitação e contratos é concorrente, de forma a permitir tratamentos diversificados para atender a peculiaridades locais e necessidades coletivas diferenciadas, desde que respeitado o preceito fundamental desenvolvido pela norma geral.

Na verdade, há enorme dificuldade em delimitar as normas gerais de Direito Administrativo. Até porque, como afirma Geraldo Ataliba, a matéria administrativa representa o mais eminente instrumento da autonomia das ordens federadas, de tal sorte que, em seu dizer, "quem não dispõe dos seus próprios instrumentos administrativos jamais se poderia considerar autônomo".

"Desta forma, a norma geral deve conter-se no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos constitucionais, ou à garantia desse cumprimento, deixando o necessário espaço para que, por sua vez, surjam normas locais que diretamente apliquem seus comandos, sem desrespeitá-los. (Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos - Alice Gonzales Borges pg. 44).

> ***Assim, a União pode, somente, estabelecer uma moldura dos princípios informadores da licitação e dos contratos, expedir comandos genéricos, sem invadir a competência constitucional dos Estados e Municípios.***
> ***Entre as normas gerais propriamente ditas, expressas na Lei Federal nº 8.666/93, cabe destacar as que enunciam ou desenvolvem os princípios constitucionais e próprios do procedimento licitatório, a igualdade dos concorrentes, as modalidades de licitação, as fases do procedimento, a onerosidade das contratações administrativas, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente ajustado, a universalidade da licitação, a liberdade de competição, o regime jurídico dos contratos administrativos e a garantia dos direitos dos administrados.".***

Isto posto, tendo oferecido e justificado nosso posicionamento com relação à legislação a ser observada no deslinde da questão objeto da consulta e após efetuarmos ligeira incursão no terreno polêmico das normas gerais, com a precípua finalidade de procurar elidir eventuais questionamentos, passamos agora ao exame do fulcro da indagação formulada pela origem, qual seja a possibilidade de se alterar o contrato para a realização das obras em complementação ao objeto inicial.

Os contratos administrativos se caracterizam, entre outros elementos informadores, pela prerrogativa que tem a Administração Pública de modificá-los unilateralmente, em razão das denominadas cláusulas exorbitantes.

Hely Lopes Meirelles em sua magistral obra "Licitações e Contratos Administrativos" - 9ª Edição, São Paulo, Ed. R.T., 1990, pag. 179- ensina:

> ***"Da sua característica essencial, consubstanciada na participação da Administração com supremacia do poder, resultam para o contrato administrativo certas peculiaridades que os contratos comuns, sujeitos às normas de direito privado não ostentam. Tais peculiaridades constituem genericamente as chamadas cláusulas exorbitantes, explícitas ou implícitas em todo contrato administrativo".***

O escólio do Professor José Roberto Dromi (La Licitación pública- Astrea, Buenos Aires,1977,págs.51/52) também é oportuno:

> ***Cláusulas Exorbitantes Del Derecho Común.- La cláusula exorbitante, desde luego, es una cláusula "derogatoria" del derecho común; no es posible en los contratos privados porque rompe com el principio esencial de la igualdad de los***

contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil.
En otros términos, son aquellas cláusulas "inusuales" en el Derecho Privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían "ilícitas", por exceder del ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público. Para aclarar más el concepto, diremos que por cláusula exorbitante se entiende aquéllas que están fuera de la órbita normal del derecho de propiedad, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas a la luz de las normas privatísticas. Estas estipulaciones tienen por objeto, com ya indicamos, generar a las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles o comerciales.

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 das soluções que o já mencionado interesse público exige.

Neste passo, colocada a premissa relativa à legislação aplicável e acenada a possibilidade da alteração em consonância com a doutrina, passamos agora a resposta objetiva ao item da consulta, no que tange ao enquadramento do fato concreto à lei reitora do contrato, observando que os entendimentos da Assessoria deste Gabinete, da P.F.M. e de S-D.G., consubstanciados nas manifestações de fls. 171, 172/175, e 177/178, são favoráveis à medida em análise, a primeira com fundamento na legislação federal e as duas últimas com supedâneo na legislação municipal.

A nosso ver, a concretização do que se pretende com o acréscimo de que trata a consulta, não desnatura o objeto do contrato inicial, posto que, além da compatibilização existente entre esse objeto e as obras a serem acrescidas, é de se ressaltar, atentando para as peças e demais elementos informativos trazidos aos autos, que os trabalhos referentes a esse acréscimo representam uma alternativa para a solução dos entraves de natureza técnica, posteriormente verificados, ensejando, destarte, a completa realização do escopo daquele contrato.

Assim sendo e à vista dos esclarecimentos oferecidos pela Origem - contrato ainda vigente, íntimo relacionamento entre o objeto do ajuste e a pretendida alteração, acréscimo ao objeto contratual em percentual inferior ao limite de 25% - , parece-nos não restar dúvida sobre a possibilidade de se formalizar o aditamento nos termos em que foi formulada a consulta, uma vez que a medida está amparada, quer no que pertine ao percentual de alteração do objeto (artigo 44, § 1º da Lei Municipal nº 8248/75 - redação de acordo com a Lei Municipal nº 9404/81), - ponto nuclear da indagação - quer no que diz com futuros aumentos de quantidades e serviços extraordinários que, eventualmente, se tornarem necessários (artigo 44, § 2º do mesmo diploma).

É o nosso VOTO.

PAULO PLANET BUARQUE
Conselheiro

PARECER

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.005.139/95*93, incluídos em pauta, na presente sessão, pelo Conselheiro 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, em conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante deste, conhecer da matéria como consulta, por regimental, e, no mérito, responder afirmativamente à indagação inicial, no sentido de que é possível a formalização do aditamento, nos termos em que foi formulada a consulta, uma vez que a medida está amparada no artigo 44, § 1º da Lei Municipal nºº 8.248/75, com a redação dada pela Lei Municipal nº 9.404/81, no que respeita ao percentual de alteração do objeto, bem assim no artigo 44, § 2º do mesmo diploma legal, no que tange a futuros aumentos de quantidades e serviços extraordinários que, eventualmente, se tornarem necessários.

Participaram do julgamento os Conselheiros WALTER ABRAHÃO – Revisor, ANTONIO CARLOS CARUSO e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de dezembro de 1995.

FRANCISCO GIMENEZ
Presidente

PLANET BUARQUE
Relator