

Procedência: Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais

Interessado: Chefe da Divisão de Contencioso do Interior

Número: 14.594

Data: 26 de janeiro de 2006

Ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO PÚBLICA – ALTERAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO – LIMITES – MOTIVAÇÃO TÉCNICA – OMISSÃO DO PROJETO BÁSICO ORIGINAL – OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA DOS LICITANTES – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MENOR PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO – INCÚRIA ADMINISTRATIVA – RESPONSABILIDADES – POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ALTERAÇÃO CONTRATUAL ENGENDRADA

RELATÓRIO

Vem a esta Advocacia-Geral do Estado, por meio do Ofício PJU/DCI/018/2006, pedido de exame e emissão de parecer a respeito de pretendido aditamento do contrato administrativo PJU-22.058/05 firmado pelo DER/MG e a empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, cujo objeto consiste na execução dos serviços e obras de cobertura do Ribeirão Arrudas, no segmento compreendido entre a Alameda Ezequiel Dias e o complexo de Viadutos da Lagoinha.

2. O fundamento que se apresenta para a concretização do aditamento baseia-se, sobretudo, na razão de que foi constatada a necessidade de adoção de novas técnicas de engenharia, decorrentes da NBR-6118, de 2004, a qual não foi considerada quando da elaboração do projeto básico fornecido pelo

Município de Belo Horizonte ao DER/MG, nos termos do convênio celebrado pelas partes em destaque, datado de 24 de maio de 2005.

3. Submetida à questão ao exame da Procuradoria do DER/MG, por meio de notas jurídicas, exaradas pela ilustre Procuradora do Estado Dra. Éster Virgínia Santos, foi constatada irregularidade no processo licitatório, qual seja, a não elaboração correta do projeto básico, eis que se omitiu sobre as novas técnicas de engenharia contempladas na NBR-6118, de 2004, o que, por não ser um fato superveniente à licitação pública, contaminou a mesma e por consequência o contrato entabulado, nulidade esta, ao sentir da d. parecerista, não passível de convalidação.

4. Examinada a questão, opina-se.

PARECER

5. Com efeito, é sabido que para a deflagração de uma licitação pública como a realizada na questão em exame, pressupõe-se a elaboração prévia do projeto básico, nos precisos termos do art. 7º, inciso I e § 2º, inciso I, da Lei federal n.º 8.666, de 1993. Sobre tal instrumento jurídico, expõe MARÇAL JUSTEN FILHO:

“O conteúdo do projeto básico dependerá da natureza do objeto a ser licitado. Deverá ser tanto mais complexo e minucioso na medida em que assim o exija o objeto da futura contratação” (in, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., Dialética, p. 98).

6. No caso em apreço, tem-se que, em virtude de convênio firmado entre as partes interessadas, coube ao Município de Belo Horizonte a elaboração do projeto básico e sua remessa ao DER/MG, a quem se atribuiu à realização da licitação pública.

7. Conforme se depreende do expediente, verifica-se que foi utilizado, então, um estudo técnico elaborado pela SUDECAP nos idos de 1994, o qual se consubstanciou no projeto básico da licitação pública deflagrada, sem que o DER/MG e os licitantes, porquanto no ponto em destaque não houve impugnação do Edital, se atentassem para a necessidade de se prever as técnicas de engenharia constantes da NBR-6118, de 2004.

8. No entanto, tem-se que, a essa altura, já entabulado o contrato administrativo e no momento de sua execução, o Município de Belo

Horizonte detectou a necessidade de se incorporar, para o sucesso do empreendimento, as técnicas de engenharia contempladas na citada NBR-6118, de 2004, dentre outras alterações mencionadas no parecer técnico n.º 67, de 2005, constante do expediente.

9. As alterações técnicas na execução da obra licitada justificam-se, ante o parecer técnico aludido, em virtude de que, ao persistir na execução conforme o projeto básico original, os riscos para o interesse público são significativos.

10. Sob a ótica jurídica, a questão é de fato sensível como se afere das notas jurídicas já exaradas pela Procuradoria do DER/MG, as quais, em apertada síntese, se apóiam no entendimento segundo o qual alterações do projeto básico são limitadas, só se justificando aquelas decorrentes de fatos supervenientes, o que não seria a hipótese do caso concreto.

11. Não obstante, temos que o foco da questão em debate deverá perquirir a respeito do menor prejuízo ao interesse público, tendo em vista, naturalmente, o rol de princípios jurídicos que regem o atuar da Administração Pública.

12. Para tanto, de se considerar, o que nos parece relevante, o fato de que o aproveitamento de estudo técnico realizado nos idos de 1994 para se consubstanciar o projeto básico que permitiu a deflagração da licitação pública encetada, ao omitir sobre as técnicas de engenharia mais apropriadas para o empreendimento em apreço, não foi impugnado, a tempo e modo, pelos licitantes.

13. Significa dizer que todos os licitantes, ao apresentarem suas ofertas, consideraram os parâmetros estabelecidos, os quais, igualmente, foram observados pelo DER/MG ao tempo do julgamento das propostas comerciais, em atenção aos princípios jurídicos que disciplinam a licitação pública, com o que não nos parece ter havido ofensa à isonomia, a qual restou assegurada aos partícipes do certame instaurado.

14. De outro lado, embora a razão fundamental que está a ensejar a alteração do contrato administrativo é a nova técnica de engenharia estabelecida por NBR anterior à deflagração da licitação pública, tem-se que, o intérprete há de ponderar a respeito do menor prejuízo ao interesse público.

15. Além do que, em que pese questionável, o próprio DER/MG confessa o seu prévio desconhecimento de que a obra em questão deveria observar as

normas da NBR-6118, de 2004, porquanto tal detalhamento dependeria da elaboração do projeto executivo, o qual pode ser postergado (art. 7º, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 1993). Sobre o aspecto da necessidade de que a alteração contratual se fundamente ou não em fato superveniente à licitação pública, já assinalou, doutrinariamente, o Prof. ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL:

“A modificação do projeto pode acarretar extensões contratuais independentemente de o fato motivador ser superveniente ou de conhecimento superveniente” (in, Ato Administrativo, licitações e contratos administrativos, Malheiros, 1995, p. 128).

16. No caso em apreço, como dito no item 13, não se verificou, ante a omissão da referência no projeto básico original das técnicas de engenharia contempladas na NBR-6118, de 2004, qualquer prejuízo ao princípio da isonomia entre os licitantes, com a respeitosa *venia* dos que pensam em contrário.

17. Entretanto, constatada, ao tempo da execução do contrato, tecnicamente, a necessidade de alteração qualitativa e quantitativa do objeto, em prol do interesse público prevalecente, o que redundará, ainda que em pequena monta, tendo em vista o montante global da contratação, a redução do desembolso a cargo do erário, admite-se, excepcionalmente, a alteração pretendida, em que pese, reitere-se, à incúria administrativa. A propósito, o Desembargador fluminense JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, ao analisar questão idêntica à presente, apostilou:

“Decorrente embora de incúria administrativa, a necessidade da modificação deverá ser atendida, promovendo-se as alterações correspondentes no contrato, para que não sofra o interesse público” (in, Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 5ª ed., Renovar, p. 648).

18. Entrementes, há de se ponderar, outrossim, que a incúria administrativa detectada na espécie, qual seja, omissão de se prever no projeto básico a NBR-6118, de 2004, anterior à licitação pública deflagrada, não exime de responsabilidades os eventuais servidores públicos envolvidos. Na mesma obra acima destacada, com propriedade, destaca o eminente Professor:

“Porém, estará a Administração no dever de apurar responsabilidades, inclusive para investigar se os erros de projeto, especificação ou quantificação não terão sido de indústria, no

propósito de favorecer ou afastar fornecedores ou empreiteiras” (in, *op. cit.* p.648).

19. Destaque-se, ademais, que a pretendida alteração do contrato administrativo em curso, admitida excepcionalmente na espécie, pode-se configurar tanto sob o aspecto qualitativo quanto sob o aspecto quantitativo, mas sem que se desnature o objeto contratual em si, ou seja, não se poderá admitir que a alteração enseje realização de obra distinta da licitada, o que não nos parece ser a situação fática sob cogitação. ADILSON ABREU DALLARI, com sapiência, adverte:

“Ninguém contesta que o objeto da contratação pode e deve sofrer adaptações, desde que não seja desnaturado, desde que não se altere a essência do contrato e desde que não se mude o objeto em si mesmo” (in, Aspectos Jurídicos da Licitações, 4ª ed., Saraiva, p. 94).

20. Mais adiante, o citado Professor paulista, em tom de provocação, como que refletindo sobre a questão fática aqui enfrentada, indaga ao mesmo tempo em que formula a resposta apropriada a solução da controvérsia:

“A pergunta que cabe fazer é a seguinte: e se a necessidade de alteração for motivada por algo ocorrido durante o curso da licitação ? Contrata-se aquilo que estava na minuta do contrato e/ou do projeto básico, para, em seguida, promover-se a alteração do contrato ? Ou pode-se contratar já, diretamente, de acordo com a alteração necessária ?

A resposta é dada pelo mais simples e elementar bom-senso: desde que não se altere (modificando completamente) o objeto do contrato, as adaptações devem ser feitas de imediato, mantidas as condições da proposta vencedora, com as decorrentes e correspondentes alterações.

Em resumo, não se pode licitar uma coisa e contratar outra coisa diferente, mas nada impede que o contrato se referia à mesma coisa licitada, mas com alterações ou adaptações destinadas à plena satisfação do interesse público” (in, *op. cit.* pp. 95/96).

21. Ora, na situação fática aqui enfrentada pelo que se depreende das ponderações técnicas que motivam a necessidade de alteração do contrato administrativo em curso, de natureza qualitativa e quantitativa, não se percebe a ocorrência de alteração da substância do objeto em si mesmo, mas, ao contrário, a adoção de novas técnicas de engenharia, as quais, ao serem adotadas, realizará de maneira eficiente o interesse público perseguido.

CONCLUSÃO

Do que vem de ser exposto, opina-se, ante a motivação administrativa de adoção, em prol do interesse público, de novas técnicas de engenharia, sem que isto importe em alteração em si do objeto licitado, mas, tão-somente, modificações de ordem qualitativa e quantitativa, com reflexo favorável para o erário e tendo em vista o princípio do menor prejuízo ao interesse público, pela possibilidade jurídica da alteração objurgada, o que não obsta que a Administração Pública apure eventuais responsabilidades dos servidores públicos envolvidos, relativamente à elaboração e exame do projeto básico original.

É como se submete à elevada apreciação superior.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2006.

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Consultor Jurídico-Chefe Substituto
Masp. 598.222-8
OAB/MG-62.597