

**PARECER/CONSULTA TC-002/2009**

DOE 16.3.2009, p. 19.

**PROCESSO** - TC-3841/2008

**INTERESSADO** - PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA

**ASSUNTO** - CONSULTA

**EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ARTIGO 65, §1º, DA LEI Nº 8.666/93 - DEVE-SE OSBERVAR O LIMITE DE ATÉ 25% PARA REFORMA DE PRAÇAS, ORLAS, SISTEMA VIÁRIO E OUTRAS OBRAS - OBRIGATORIEDADE DE EVIDENCIAR O MOTIVO QUE JUSTIFIQUE SER A ALTERAÇÃO DO CONTRATO A SOLUÇÃO MAIS ADEQUADA - ARTIGO 65, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93.**

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-3841/2008, em que o Prefeito Municipal de Vitória, Sr. João Carlos Coser, formula consulta a este Tribunal, nos seguintes termos:

- 1. Qual a conceituação legal utilizada por esse Egrégio Tribunal, para interpretação das palavras: "reforma, edifício e equipamentos" tendo como parâmetro a interpretação conjugada e harmoniosa dos conceitos lingüísticos, da definição técnica de engenharia adotada pela ABNT arrimada com o §5º dos Art. 2º da Lei nº 9.785/99, e sua interface com o §1º do Artigo 65 da Lei nº 8.666/93?*
- 2. Há possibilidade da Administração Pública, dar entendimento elastério na aplicação do §1º do artigo 65 da Lei 8.666/93, utilizando*

*a conceituação utilizada pelos técnicos de Engenharia/Arquitetura (ABNT/NBR 9050/04) e do conceito expressamente consignado no §5º do Art. 2º da Lei nº 9.785/99, aplicando o percentual de 50% (cinquenta por cento) para reforma de praças, orlas, sistema viário e outras obras, conceitualmente diferente da expressão utilizada pelo legislador de "reformas de edifícios e equipamentos"?*

Considerando que é da competência deste Tribunal decidir sobre consulta que lhe seja formulada na forma estabelecida pelo Regimento Interno, conforme artigo 1º, inciso XVII, da Lei Complementar nº 32/93.

**RESOLVEM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e dois de janeiro de dois mil e nove, por unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Dailson Laranja, preliminarmente, conhecer da consulta, para, no mérito, respondê-la nos termos da Instrução Técnica nº 13/2008, da 8ª Controladoria Técnica, firmada pela Controladora de Recursos Públicos, Srª. Maria Clara Seabra de Mello Costa, abaixo transcrita:

*I.DO RELATÓRIO* *Tratam os autos de Consulta proveniente da Prefeitura de Vitória, formulada pelo Sr. João Carlos Coser, Exmo. Prefeito daquele Município, acerca de conceituações legais e técnicas de expressões afetas à aplicação da parte final do §1º, do artigo 65, da Lei n.º 8.666/93, especificamente no que concerne ao limite percentual admitido para acréscimo contratual de reformas de edifícios e de equipamentos. Inicialmente, o Consulente propôs, diante das considerações por ele firmadas, três questionamentos acerca dos quais esta Controladoria pronunciou-se por meio da Instrução nº 217/2008 (fls. 07/08). Contudo, antes que o feito findasse a tramitação regimental, houve o aditamento dos quesitos formulados, tendo o Consulente acrescentado à sua argumentação novos contornos hipotéticos e fundamentos legais e regulamentares (fls. 12/28). Ademais, ao reformular duas das indagações antes trazidas, excluiu do rol de dúvidas suscitadas a terceira e última questão, diante do que se responderá à presente Consulta nos limites ora aduzidos. Vejamos: 1 – qual a conceituação legal utilizada por esse Egrégio Tribunal, para interpretação das palavras: "reforma, edifício e equipamentos" tendo como parâmetro a*

*interpretação conjugada e harmoniosa dos conceitos lingüísticos, da definição técnica de engenharia adotada pela ABNT arrimada com o § 5º dos Art. 2º da Lei nº 9.785, de 1999, e sua interface com o § 1º do Artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993; 2 – há possibilidade da Administração Pública, dar entendimento elástico na aplicação do § 1º do artigo 65 da Lei 8.666, de 1993, utilizando a conceituação utilizada pelos técnicos de Engenharia/Arquitetura (ABNT/NBR 9050/04) e do conceito expressamente consignado no § 5º do Art. 2º da Lei nº 9.785, de 1999, aplicando o percentual de 50% (cinquenta por cento) para reforma de praças, orlas, sistema viário e outras obras, conceitualmente diferente da expressão utilizada pelo legislador de "reformas de edifícios e equipamentos".*

**II. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE** Em análise preliminar, verifica-se o atendimento aos requisitos impostos para o conhecimento da presente Consulta, especificamente aqueles delineados no art. 1º, inciso XVII, da Lei Complementar nº 32/1993 (Lei Orgânica do TCEES) e nos artigos 95, inciso II e 96, do Regimento Interno deste Tribunal (Resolução TC nº 182/2002).

**III. DO MÉRITO** Os questionamentos versam sobre a interpretação dada às expressões reforma, edifício e equipamento presentes no artigo 65, §1º, da Lei nº 8.666/93, o qual passaremos a transcrever: Art. 65. omissis. §1º. 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 valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (g.n.) O dispositivo trata dos limites da alteração contratual a que está obrigado o contratado, indicando a superposição do interesse público sobre o do particular e revelando uma das peculiaridades do Direito Administrativo. De acordo com o preceptivo legal, os acréscimos ou supressões podem ocorrer, via de regra, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) e, apenas em se tratando de reforma de edifício ou de equipamento, em até 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. Antes de buscarmos a compreensão dos termos mencionados, insta frisar que a alteração contratual não se traduz em mera discricionariedade administrativa, devendo a Administração evidenciar o motivo justificador e demonstrar ser esta a solução mais adequada (art. 65, caput<sup>1</sup>), pois a imutabilidade do contrato é a regra geral. Assim, no dizer de Marçal Justen Filho, deve-se ressaltar que: Como princípio geral, não se admite a modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia.<sup>2</sup> Feita a ressalva, deve-se atentar que a Lei nº 8.666/93

<sup>1</sup> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, **com as devidas justificativas**, [...]. (g.n.)

<sup>2</sup> **JUSTEN FILHO, Marçal.** Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 525.

*não cuidou de trazer a definição pretendida pelo Consulente, da mesma forma que a doutrina não se prestou a suprir tal lacuna, resultando na problemática em se aplicar de maneira segura a regra excepcional de acréscimo contratual em até 50%, admitida somente para contratos cujo objeto seja a reforma de edifício ou de equipamento. Ciente da omissão, indaga-se sobre a possibilidade de ser utilizado o conceito consignado no §5º, do artigo 2º, da Lei nº 9.785/99 que assim prelecionou ao alterar a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79): Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes. [...] §5º. Consideram-se infra-estrutura básica os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável, e de energia elétrica pública e domiciliar e as vias de circulação pavimentadas ou não. Em princípio, cumpre observar que as alterações promovidas pelo diploma legal invocado pelo Consulente encontram-se revogadas desde janeiro de 2007, quando foi publicada a Lei nº 11.445/2007, a qual conferiu ao §5º, do art. 2º, da Lei 6.766/79 nova redação: Art. 2º. Omissis. [...] §5º. A infra-estrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação. Dessa forma, embora a Consulta verse sobre dispositivo legal já revogado, entende-se possível o enfrentamento de seus termos em face da nova redação trazida pela legislação posterior. Além dos termos referidos, acrescenta-se à hipótese apresentada, normatização técnica expedida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), tombada sob o número 9.050/2004, em cujo item 3.17 traz a definição para equipamento urbano que se segue: 3.17 equipamento urbano: Todos os bens públicos e privados, de utilizada pública, destinados à prestação de serviços necessários ao funcionamento da cidade, implantados mediante autorização do poder público, em espaços públicos e privados. Nos termos propostos, questiona-se sobre a possibilidade jurídica de se aplicar a exemplificação legal do que seriam "equipamentos urbanos", feita pelo art. 2º, §5º, da Lei de Parcelamento do Solo Urbano e, ainda, a conceituação técnica presente na ABNT/NBR 9.050/2004, à hipótese excepcional de acréscimo contratual em até 50%, prevista no art. 65, §1º, da Lei 8.666/93. Nos termos consignados, cabe-nos verificar se seria viável aditar, em até 50%, o contrato para reforma de praças, orlas, sistema viário e outras obras, averiguando-se se tais hipóteses poderiam ser enquadradas como equipamentos para fins de aplicação do §1º, do artigo 65, da Lei de Licitações. Especificamente sobre o caso descrito, fazem-se oportunos os dizeres de Hely Lopes Meirelles<sup>3</sup> que, ao comentar o*

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 14 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 55.

*conceito de obras públicas, ainda que de maneira discreta e em remissão feita por meio de nota de rodapé, assim lecionou: 7. O conceito de obra pública – já escrevemos em trabalho anterior – não encontrou, ainda, sua fórmula definitiva, mas nele se enquadram todas as construções da Administração centralizada ou descentralizada, executadas por suas repartições ou funcionários, ou cometidas à execução de particulares através de contratos administrativos. [...] A obra pública pode ser classificada em quatro modalidades de empreendimentos, a saber: equipamento urbano (ruas, praças, estádios, monumentos; calçamento e canalizações; redes de energia elétrica e de comunicação; viadutos, túneis, "metrô" e demais melhoramentos próprios das cidades); equipamento administrativo (instalações e aparelhamento para o serviço administrativo interno em geral); empreendimentos de utilidade pública (ferrovias, rodovias, pontes, portos, aeroportos, canais, obras de saneamento, represas usinas hidrelétricas ou atômicas e demais construções de interesse coletivo); edifícios públicos (sedes de governo, repartições públicas, escolas, hospitais, presídios etc.) Todas essas obras devem ser precedidas de projeto e especificações dentro das normas técnicas adequadas. (destaques do original) Da lição extrai-se que equipamentos urbanos como praças, ruas, calçamento e demais melhoramentos próprios das cidades, são considerados, para fins de aplicação da Lei de Licitações, como obras públicas, e não como espécies de equipamentos a que faz menção a parte final do §1º, do seu artigo 65, como adiante melhor se demonstrará. Ademais, a conceituação atribuída pela ABNT, segundo a qual a expressão equipamento urbano seriam todos os bens públicos e privados, de utilização pública é excessivamente ampla e nos impele a buscar, no regramento do Direito Civil, argumento jurídico que, de imediato, impediria a aplicação de tal conceito à fórmula do art. 65, §1º, parte final, da Lei de Licitações. Nos termos do Código Civil Brasileiro, são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, sendo particulares todos os demais, seja qual for a pessoa a que pertençam (artigo 98). Não se podendo olvidar que o raciocínio que aqui se pretende consolidar deve ser de cunho jurídico, nos termos esposados pela norma técnica referida e interpretados à luz do Código Civil, não há como conferir a interpretação ampliativa do item 3.17, da ABNT/NBR 9.050/04 à expressão equipamento citada pelo art. 65, §1º. Caso contrário, a reforma de quaisquer bens, desde que destinados à prestação de serviços necessários ao funcionamento da cidade e implantados mediante autorização do poder público em espaços públicos e privados, seria passível de aditamento em até 50% (cinquenta por cento), conjectura que não coaduna com o caráter de exceção do permissivo legal. Ademais, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), sociedade civil sem fins lucrativos, tem como objetivo, dentre outros, a elaboração de normas técnicas e o*

*fomento de seu uso nos campos científico, técnico, industrial, comercial, agrícola, de serviços e outros correlatos<sup>4</sup>, não sendo afeto às suas atribuições adentrar nos meandros do mundo jurídico. Nesse sentido, o contrato administrativo que tenha por objeto a reforma de praças, orlas, sistema viário e outras obras, por ocasião de seus acréscimos deve observar o limite de 25% (vinte e cinco por cento) para obras, conforme regra traçada na parte primeira do art. 65, §1º, da Lei 8.666. A regra extraordinária trazida pelo dispositivo, segundo a qual é aceito o limite de 50% (cinquenta por cento) para acréscimos contratuais, dirige-se tão somente à reforma de edifícios e à de equipamentos que, embora enquadradas nos conceitos de obra e serviços delineados pelos incisos I e II, do art. 6º, da Lei 8.666/93<sup>5</sup>, fogem à regra geral de acréscimo em até 25%. No que tange especificamente à reforma de edifícios, pode-se ainda acrescentar os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles<sup>6</sup>, segundo os quais: Reforma é a obra de melhoramento nas construções, sem aumentar sua área ou capacidade. A reforma caracteriza-se pela colocação de seu objeto em condições normais de utilização ou funcionamento, sem ampliar as medidas originais de seus elementos. [...] A Lei 8.666, de 1993, acrescentou ao conceito de obra as figuras de fabricação e recuperação. A primeira pressupõe algum processo industrializado de produção de bens móveis, que devem servir à execução da obra, como pré-moldados, por exemplo (para pontes, edifícios etc.). A segunda [recuperação] não deixa de ser uma espécie de reforma, sendo desnecessária sua inclusão. Fica difícil, inclusive, caracterizar o que seja recuperação e o que seja reparação, considerada esta como serviço. Todas essas realizações são consideradas obras, e não serviços, só podendo ser licitadas com projeto básico (art. 7º) e executadas com projeto executivo,[...]. Em especial, convém, também, fazer a devida remissão a outro trecho de sua obra em que esclarece as diferentes concepções para construção, edificação e edifício<sup>7</sup>. Vejamos: Convém, ainda, distinguir construção de edificação: construção é o gênero, do qual edificação é espécie. Construção é toda obra imobiliária executada pelo homem para qualquer utilização; edificação é a obra destinada especificamente a habitação, trabalho, culto ou recreação; enfim, a*

<sup>4</sup> PEREIRA Jr., Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 6ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107.

<sup>5</sup> **Art. 6º.** Para fins desta Lei, considera-se:

**I** - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

**II** - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 14 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 57.

<sup>7</sup> Idem. p. 56.

*uma utilização humana pessoal. Exemplificando: uma ponte é uma construção, mas não é uma edificação; um estábulo é uma construção, e não uma edificação; uma casa é, genericamente, uma construção e, especificamente, uma edificação; uma escolar é, no gênero, uma construção e, na espécie, uma edificação. Na edificação distinguem-se, ainda, o edifício das edículas: aquele é a obra principal; estas são as obras complementares do edifício, tais como as dependências de serviço, a garagem, os depósitos e similares. Por outro lado, em se tratando de reforma de equipamentos, deve-se ter em mente outra compreensão do termo reforma, a qual Hely Lopes chamou acima de reparação, eis que o termo reforma, conforme transcrito, guarda relação apenas com as reformas em construções, ou seja, como espécie de obra, nos termos da Lei de Licitações. Cuidando-se de reforma de equipamentos, a noção que se deve observar é a que significa consertar, reparar, pôr em bom estado de conservação aquilo que já se possui<sup>8</sup>, em consonância com o inciso II, do artigo 6º, da Lei 8.666. Em relação ao termo equipamento, entende-se ter o Estatuto das Licitações buscado exprimir a idéia geral de que se trata simplesmente de todo objeto ou instrumento que sirva para equipar, prover ou abastecer algo maior, do qual é acessório ou secundário, mas não integrante. Assim, admitem-se como equipamentos, para fins de aplicação do §1º, do art. 65, da Lei 8.666/93, os seguintes itens, por exemplo: computadores; geradores de energia; elevadores; moto bombas, mangueiras, filtro separador e carretéis para aeronaves e aeródromos; etc<sup>9</sup>. Finalmente, pode-se, então afirmar que o artigo 65, em seu §1º, da Lei nº 8.666/93 estabelece como regra geral o limite de até 25% (vinte e cinco por cento) para alteração dos contratos de obras, serviços e compras, autorizando, excepcionalmente, acréscimos de até 50% quando se tratar de reforma de edifícios e de recuperação de equipamentos, sendo a primeira espécie de obra e esta de serviço, nos termos dos incisos I e II, do artigo 6º, da Lei nº 8.666/93. IV. CONCLUSÃO Por todo o exposto, opinamos pelo recebimento da presente Consulta para, no mérito, respondê-la nos seguintes termos: Para fins de aplicação da parte final do §1º, do artigo 65, da Lei nº 8.666/93, entende-se por reforma de edifício a espécie de obra pública em que se promove o melhoramento de uma edificação, isto é, de uma construção principal destinada à utilização humana pessoal, sem aumentar sua área ou capacidade e sem ampliar as medidas originais de seus elementos, caracterizando-se por colocá-la em condições normais de utilização ou funcionamento. Por reforma de equipamentos, para*

<sup>8</sup> CONSULTORIA. Questões práticas: fornecimento de equipamentos - acréscimo quantitativo acima do limite legal - impossibilidade. In **Boletim de licitações e contratos**. São Paulo, n. 6, p. 464, 2004.

<sup>9</sup> Nesse sentido pronunciou-se o Tribunal de Contas da União nos seguintes feitos: **Processo** 006.924/2004-1 (Acórdão 1820/04); **Processo** 001.919/2004-9 (Acórdão 1315/04); **Processo** 006.857/2002-0 (Acórdão 107/03); **Processo** 525.077/1995-2 (Decisão 114/99); e **Processo** 525.077/1995-2 (Acórdão 30/99).

*os mesmos fins, considera-se o serviço de reparação, conserto ou de colocação em bom estado de conservação de todo objeto ou instrumento que equipe, proveja ou abasteça estrutura maior, da qual seja acessório ou secundário, mas não integrante, e que já se possua. Assim, o artigo 65, em seu §1º, da Lei nº 8.666/93 estabelece como regra geral o limite de até 25% (vinte e cinco por cento) para alteração dos contratos de obras, serviços e compras e autoriza, excepcionalmente, acréscimos de até 50% quando se tratar de reforma de edifícios e de recuperação de equipamentos, sendo a primeira espécie de obra e esta de serviço, nos termos dos incisos I e II, do artigo 6º, da Lei nº 8.666/93. Em qualquer caso, a alteração contratual não se traduz em mera discricionariedade administrativa, devendo a Administração, nos termos do caput, do artigo 65, do Estatuto de Licitações, evidenciar o motivo que a justifique e demonstrar ser esta a solução mais adequada, pois a imutabilidade do contrato é a regra geral. Respeitosamente, esta é a nossa manifestação.*

Seguem, em anexo, o Parecer nº 38/2009, da ilustrada Procuradoria de Justiça de Contas, e o voto do Relator.

Presentes à sessão plenária da apreciação os Srs. Conselheiros Marcos Miranda Madureira, Presidente, Dailson Laranja, Relator, Enivaldo Euzébio dos Anjos, o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva e o Conselheiro convocado João Luiz Cotta Lovatti. Presente, ainda, a Dr<sup>a</sup> Jucélia Marchiori, Promotora de Justiça em substituição ao Procurador do Ministério Público junto a este Tribunal.

Sala das Sessões, 22 de janeiro de 2009.

**CONSELHEIRO MARCOS MIRANDA MADUREIRA**

**Presidente**

CONSELHEIRO DAILSON LARANJA

**Relator**

CONSELHEIRO ENIVALDO EUZÉBIO DOS ANJOS

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

CONSELHEIRO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI

DR<sup>a</sup> JUCÉLIA MARCHIORI

**Promotora de Justiça em substituição ao Procurador**

Lido na sessão do dia:

PAULO CÉSAR ROCHA MALTA

**Secretário-Geral das Sessões**

**Este texto não substitui o publicado no DOE 16.3.2009**