

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
MESTRADO EM DIREITO DA REGULAÇÃO

ANDRÉ URYN

ALTERAÇÕES QUALITATIVAS EM CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA E A TEORIA
ECONÔMICA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS: É POSSÍVEL CONSTRUIR UM
AVIÃO EM PLENO VOO?

Rio de Janeiro
2016

ANDRÉ URYN

ALTERAÇÕES QUALITATIVAS EM CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA E A TEORIA
ECONÔMICA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS: É POSSÍVEL CONSTRUIR UM
AVIÃO EM PLENO VOO?

Dissertação de mestrado apresentada à Escola
de Direito da Fundação Getulio Vargas para
obtenção do título de Mestre em Direito da
Regulação.

Orientador: Prof. Leandro Molhano.
Coorientadora: Prof. Patrícia Sampaio.

Rio de Janeiro
2016

Uryn, André

Alterações qualitativas em contratos de obra pública e a teoria econômica dos contratos incompletos: é possível construir um avião em pleno voo? / André Uryn. – 2016.
124 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

Orientador: Leandro Molhano.

Coorientadora: Patrícia Sampaio.

Inclui bibliografia.

1. Contratos administrativos. 2. Obras públicas. 3. Projetos de engenharia. I. Ribeiro, Leandro Molhano, 1971- . II. Sampaio, Patrícia. III. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDD – 341.352



ANDRÉ URYN

**ALTERAÇÕES QUALITATIVAS EM CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA E A TEORIA
ECONÔMICA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS: É POSSÍVEL CONSTRUIR UM
AVIÃO EM PLENO VOO?**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Regulação da Escola
Direito Rio para obtenção do grau de Mestre em Direito da Regulação.

Data da defesa: 02/02/2016

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA

Leandro Molhano Ribeiro
Orientador (a)

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Sérgio Antônio Silva Guerra

Gustavo Binenbojm

À Daniele, pela felicidade de todos os dias;
Aos meus avós Jayme e Sara e Samuel ז"ל e Eta ז"ל e
meus pais Gilberto e Miriam, pela herança que recebi;
À minha filha Gabriela, a quem espero tudo repassar.

AGRADECIMENTOS

A elaboração deste estudo está diretamente relacionada aos anos que passei na Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro e, portanto, inicio meus agradecimentos à equipe com quem tive a honra de trabalhar.

Thiago Araújo foi o grande incentivador para o meu ingresso no mestrado. O convívio diário na chefia da assessoria jurídica durante aquele difícil período, no qual as obras públicas renasceram no Estado após longo tempo, fez com que fosse possível superarmos os muitos desafios na nova área do Direito da Infraestrutura. Assim como li alhures, espero que a parceria e a amizade possam continuar.

Em seguida, agradeço a Rudy Tavares Ribeiro, Denis Moreira Monassa Martins e Raphael Antônio Nogueira. Agradeço a Fernando Ferreira Jr. e Bruna Espósito pelas contribuições e ajuda nas pesquisas. Não posso esquecer também de Ana Clara, Ana Luiza, Carlos Eduardo, Flávio, Flora, Vanessa, Mariana, Thales, Sérgio, Roberta, Volmer, Valéria e Maria do Carmo e ainda dos Secretários, Subsecretários e servidores.

Não posso deixar de agradecer à Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, instituição da qual tenho a honra de pertencer, especialmente à Lucia Léa Guimarães Tavares, Procuradora-Geral do Estado, pelo apoio recebido.

No segundo ano do curso, já no retorno à Procuradoria-Geral do Estado, na Procuradoria da Dívida Ativa, contei com a ajuda de Marco Antônio dos Santos Rodrigues e Filipe Bezerra de Menezes Picanço, do Procurador-Chefe Ricardo José da Rocha Silva, dos Procuradores-Assistentes Rafael Gaia Edais Pepe e Leandro Telles Pires Figueiredo, além dos servidores, a quem agradeço na pessoa de Sandra Ghelman.

Agradeço ainda ao Escritório Bocater, Camargo, Costa e Silva, Rodrigues Advogados através de seus sócios Maria Isabel do Prado Bocater, João Laudo de Camargo, Francisco da Costa e Silva e Flavio Martins Rodrigues e também à Patrícia Neves de Oliveira.

O curso do Mestrado foi uma grande experiência acadêmica e fundamental no meu desenvolvimento profissional. Sou extremamente grato à minha coorientadora Patrícia Sampaio e ao orientador Leandro Molhano, bem como aos demais professores, especialmente Sérgio Guerra, Fernando Leal e Antônio Porto, e companheiros de classe.

Por fim, agradeço à minha família.

Al tistakel ba kankan, ela be ma she iesh bó.
(Não olhe para um jarro externamente, mas para o que há no seu interior.)

RESUMO

Não é de hoje que o país assiste à descoberta de incontáveis casos de desvios de recursos públicos ou mesmo à má gestão de contratos de obra pública que ocasionam, além de grave prejuízo ao Erário, danos à sociedade, muitas vezes desprovida da utilidade que seria proporcionada pelo pactuado. Essas condutas normalmente são ensejadas por projetos de engenharia que podem ser considerados meras peças de ficção, pois não representam o esforço correto para a execução do bem que se deseja construir. A Lei nº 8.666/93 permite a licitação com base em projeto básico, o que, segundo a atual onda de pensamento brasileira, seja da doutrina, dos órgãos de controle, do Poder Legislativo e até mesmo da mídia, é, de fato, um sério problema a ser enfrentado, pois a sua contratação dá margem a aditivos, entendidos como os grandes vilões das obras públicas. Por isso, o Tribunal de Contas da União vem decidindo no sentido de fortemente restringir a possibilidade de alteração contratual e, além disso, tem capitaneado projetos no Congresso Nacional que visam praticamente à extinção da empreitada por preço unitário, espécie contratual na qual o risco do projeto, ainda sem as definições necessárias, acaba por ser assumido pela Administração contratante, responsável pela elaboração, e não pelo seu executor. Contudo, no caso de obras complexas de infraestrutura, deve-se perquirir se essa postura, que pretende acabar com a margem decisória do gestor público quanto à extensão da incompletude do projeto básico - e, portanto, do objeto do contrato -, merece ser repensada, não com vistas a possibilitar os recorrentes danos, mas no caminho de uma melhor programação das ações estatais. Isso porque nessas hipóteses, a busca por todas as informações necessárias para a confecção do projeto a ser ao final executado, no momento da elaboração do edital, ou é muito custosa ou simplesmente não é possível. Assim, seria mais eficiente a contratação integrada, prevista na Lei do Regime Diferenciado de Contratação, na qual o risco do projeto pode ser alocado ao contratado. Ocorre que, como existem restrições, nem sempre é viável esse caminho. Nessa ordem de ideias, deve-se encontrar uma solução para que o *tradicional* contrato de obra pública supere os seus graves problemas de incentivos. A proposta do presente trabalho é a introdução de um procedimento de tomada de decisão transparente, que confira segurança jurídica e amplo conhecimento da sociedade, além de livre acesso aos órgãos de controle, a partir de critérios não apenas jurídicos, mas econômicos e técnicos.

Palavras-Chave: Contrato de obra pública. Projeto básico de engenharia. Teoria econômica dos contratos incompletos. Alteração qualitativa. Aditivo. Regulação.

ABSTRACT

It is not from today that the country witnesses the discovery of countless cases of diversion of public money or even mismanagement of public works contracts, which brings forth, in addition to serious losses to the Public Treasury, damage to society, often deprived of the utility which would be provided by what was agreed. This behavior is usually caused by engineering projects which may be considered as mere works of fiction, for they do not represent the correct effort for the execution of the asset one intends to build. Law n° 8,666/93 allows for bidding processes based on a basic design building project, still incomplete, which, according to current Brazilian thought trends, from doctrine, controlling bodies, the legislative power or even the media, is in fact a serious problem to be faced, as its acceptance makes room for amendments, understood as the great villains of public works. For this reason, the Federal Court of Accounts of Brazil (TCU) has been deciding towards strongly restricting the possibility of contract amendments and, moreover, it has proposed bills before the National Congress aimed at extinguishing undertakings for unit price, a type of contract in which the project risk, still without the necessary definitions, ends up being borne by the contracting administration, in charge of its conception, not by its executor. However, in the case of complex infrastructure works, one should verify whether this stance, which seeks to put an end to the public administrator's margin of decision-making regarding project completion, and, therefore, of the contract, deserves to be rethought, not with purpose of allowing for recurring damages, but rather towards better planning of state actions. This so happens because, in these cases, the search for all data needed for preparing the project to be ultimately performed is either too expensive or simply not feasible. Thus, design-build would be more efficient, as contemplated in the Brazilian law of differentiated regime for contracting (*RDC*), in which the risks may be allocated to the contractor. However, as restrictions exist, this path is not always feasible. In this order of ideas, one should find a solution so that the traditional public works contract overcomes its serious incentive problems. The present work proposition is the regulation, to be promoted before the new infrastructure law branch, that promotes a transparent and empirical decision-making process and confers legal certainty and widespread knowledge by society, as well as free access to the controlling bodies, based not only on legal criteria as well as economic and technical.

Key words: Public works contract. Design-bid-build. Incomplete contract economic theory. Modification. Amendments. Regulation

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	DOS MOTIVOS PARA A ALTERAÇÃO QUALITATIVA DO PROJETO A PARTIR DA TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS ..	17
1.1	DOS CONTRATOS INCOMPLETOS: CARACTERÍSTICAS DAS TRANSAÇÕES E FORMAS DE GOVERNANÇA	21
2	DAS DIFERENTES ESPÉCIES DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA, DOS RISCOS E DA EVENTUAL NECESSIDADE DE SUA ALTERAÇÃO	32
2.1	DA MATRIZ DE RISCO NO SISTEMA DA LEI Nº 8.666/93	46
2.2	DAS ESPÉCIES DE RISCO DO PROJETO	50
2.2.1	Dos Requisitos para a Elaboração do Projeto Básico de Engenharia, Custos de Renegociação e comportamentos oportunistas	53
3	DO LIMITE DE ALTERAÇÃO DE VALOR DO CONTRATO DE OBRA PÚBLICA	58
3.1	DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE O LIMITE DE ALTERAÇÃO DE VALOR EM DECORRÊNCIA DA ALTERAÇÃO UNILATERAL QUALITATIVA	58
3.2	DA APLICAÇÃO DO LIMITE DE 25% PELA DOUTRINA.....	61
3.3	DA EVOLUÇÃO DO POSICIONAMENTO DO TCU SOBRE O LIMITE DE 25%	65
3.4	O LIMITE DE ALTERAÇÃO DE VALOR NO DIREITO EUROPEU	74
3.5	AS LIMITAÇÕES DO ART. 65 §§ 1º E 2º E UMA NOVA EXEGESE.....	80
4	DA NORMATIZAÇÃO DAS ALTERAÇÕES QUALITATIVAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS RELATIVOS A OBRAS DE INFRAESTRUTURA	87
4.1	CASO 1: AS NORMAS TÉCNICAS DO DNIT E A CONSTRUÇÃO DA PONTE SOBRE O CANAL DAS LARANJEIRAS EM LAGUNA – SC	90
4.2	CASO 2: OBRAS EM COMUNIDADES CARENTES	95
4.3	EXERCÍCIO DE PODER NORMATIVO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ...	99
4.4	DA NORMATIZAÇÃO DAS ALTERAÇÕES QUALITATIVAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS RELATIVOS A OBRAS DE INFRAESTRUTURA E SEUS LIMITES	104
	CONCLUSÃO	114
	REFERÊNCIAS.....	118

INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuida da alteração unilateral qualitativa promovida pela Administração Pública no projeto básico de engenharia licitado para a celebração do contrato de obra pública disciplinado pela Lei Geral de Licitações e Contratos - Lei nº 8.666/93 - após o início de sua execução, em virtude da inadequação técnica originária dos seus elementos.

O objetivo é estudar a aplicação do limite de 25% (50% para reforma) do valor inicial atualizado do contrato previsto no art. 65 §§ 1º e 2º da Lei nº 8.666/93 para a alteração, formalizada por meio da celebração de aditivo, *especialmente em relação a obras complexas de infraestrutura*, discutindo a pertinência do entendimento doutrinário e da atual tendência legislativa e do Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁻² de intensamente restringi-lo, frente aos motivos pelos quais o contrato em análise pode ser considerado incompleto.

A abordagem do tema está diretamente conectada a uma característica elementar da construção: diferentemente de um serviço, as obras, sejam públicas ou privadas, podem ser consideradas como a execução de um projeto de engenharia, definido a partir de um esforço temporário e singular que concretiza o produto físico e material desejado (MATTOS, 2010, p. 31).

¹ A referência ao Tribunal de Contas da União decorre da constatação de que esse órgão é, seguramente, aquele com maior influência sobre a atuação da Administração Pública contratante, promovendo verdadeira regulação dos contratos de obra pública, apesar de sua função, prevista no arranjo institucional da Constituição da República, de órgão de controle auxiliar do Poder Legislativo. Podemos explicar esse cenário por sete motivos: (i) quadro de pessoal especializado; (ii) a possibilidade de expedir determinações que, nos termos do art. 58, VII da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), possuem força cogente: “Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por; [...] VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal”; (iii) o fato de controlar os maiores projetos de infraestrutura do país, pois a maioria depende de verba da União; (iv) a submissão dos demais Tribunais de Contas, em razão de uma espécie de hierarquia decorrente da súmula 222 do Tribunal: “As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”; (v) a deferência quase que absoluta dos órgãos de controle interno da Administração Pública - especialmente dos pareceristas que atuam com fulcro no art. 38, p. único da Lei nº 8.666/93 - às decisões da Corte de Contas, que raramente são contestadas e judicializadas; (vi) o entendimento, autoatribuído, de que pode sustar contratos, inclusive de forma cautelar, malgrado o disposto no art. 71 da Constituição da República que apenas prevê a possibilidade de sustação de atos, sendo que o § 1º do mesmo dispositivo expressamente confere exclusivamente ao Congresso Nacional esse poder; (vii) a inércia da Administração Pública em exercer a sua função regulatória.

² Esta dissertação é baseada em normas federais, pois, como dito acima, a maioria dos contratos de obra pública no país são celebrados total, ou pelo menos em parte, com recursos da União. Nos termos do art. 16 do Decreto 7.983/13, que dispõe sobre a elaboração de orçamento de contrato de obra pública: “Para a realização de transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, os órgãos e entidades da administração pública federal somente poderão celebrar convênios, contratos de repasse, termos de compromisso ou instrumentos congêneres que contenham cláusula que obrigue o beneficiário ao cumprimento das normas deste Decreto nas licitações que realizar para a contratação de obras ou serviços de engenharia com os recursos transferidos”.

A Lei nº 8.666/93 permite a celebração do contrato de obra pública a partir de um projeto básico, inacabado, suficiente para a caracterização do que se quer contratar, mas ainda sem as definições necessárias para a execução completa da obra e que não pode ser elaborado pelo seu executor.

Ocorre que são muitas as consequências negativas de um projeto básico deficitário, que vão desde a falta de competitividade na fase de licitação, passando pela possibilidade de superfaturamento durante a execução contratual e até mesmo de paralisação da obra. Jessé Torres Pereira Junior, ao prefaciар o livro de Paulo Ernesto Pfeifer Santa Maria, clareia a gravidade da situação:

O projeto básico insuficiente cria dúvidas para a elaboração das propostas que os concorrentes deverão apresentar na competição; dificulta o estabelecimento de critérios objetivos para exame e julgamento de documentos e propostas; retarda a marcha do processo, posto que o expõe a impugnações e recursos; obriga correções, acréscimos e supressões ao longo da execução; majora custos e deixa a Administração sem parâmetros para a negociação de preços de itens que não constava das planilhas de custos, gerando o que, no jargão dos tribunais de contas, denomina-se 'jogo de planilhas'; enseja oportunidades para desvios (PEREIRA JUNIOR, 2011, p. 21).

Ao longo dos últimos anos, o movimento de maior controle sobre o planejamento das obras públicas recrudescceu no rastro de abusos perpetrados por gestores públicos³, podendo ser identificado na tentativa de se impor a licitação pela Administração Pública a partir de um projeto praticamente completo, denominado “executivo” - ou muito próximo a ele. Entende-se que, assim, não haveria erros ou omissões que proporcionassem ao gestor a possibilidade de desvios causadores de dano ao Erário, bem como seriam resguardados os princípios que sustentam a regra da licitação.

Esse pensamento é mais visível junto ao Tribunal de Contas da União. A Corte de Contas sempre buscou a maior programação das obras públicas, apontando suas auditorias para duas vertentes capitais: (i) a devida elaboração do projeto básico, em termos de correção e completude e (ii) a observância do limite das alterações do contrato⁴.

³ São muitas as decisões do TCU. Segue a noticiada no Informativo de Licitações e Contratos nº 239/15: “A aprovação de projeto básico inadequado, com grandes implicações nos custos e prazos de execução do empreendimento, reveste-se de gravidade suficiente para justificar a apenação pecuniária do gestor responsável e a sua inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal” (Acórdão nº 915/15 de 22/04/15).

⁴ Pode ser incluída uma terceira, referente à correção do orçamento. Contudo, apesar da alteração dos preços ser uma das causas para a modificação do contrato de obra pública e do orçamento depender da definição do projeto, a sua elaboração não será estudada no presente trabalho, pois volta-se aos preços praticados no mercado. Vale trazer o ensinamento de André Baeta: “Defini-se precisão como a faixa de variação admissível, para mais ou para menos, do orçamento inicial em relação ao orçamento real da obra, obtido com base nos custos efetivamente enfrentados pelo construtor após a conclusão da obra. A medida de precisão só pode ser tomada quando o projeto inicialmente orçado é executado sem alterações qualitativas ou quantitativas relevantes.

A preocupação tem razão de ser. Levantamento elaborado pelo Tribunal em 2007 registrou 400 grandes obras com execução interrompidas realizadas com verba federal (Acórdão nº 1.188/2007 - Plenário), com bilhões de reais de prejuízo para os cofres públicos por conta de falhas no projeto. Em 2014, a Corte de Contas fez auditoria nas obras rodoviárias do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, revelando que 134 estavam paradas (Acórdão nº 162/2014 - Plenário) pelo mesmo motivo. Em outra fiscalização, realizada ainda no ano de 2014 em obras de saneamento básico em 491 contratos que correspondem a R\$ 10 bilhões, também revelou que 283 estavam atrasados, paralisados ou nem ao menos tinham sido iniciados, sendo que 80 do mesmo modo sofriam de graves problemas de projeto (TC 003.997/2014-6 - Fiscobras 2014). São inúmeros os casos em que os projetos básicos são meras peças de ficção e simplesmente não servem para o fim pretendido com a contratação.

A posição do Tribunal da Contas da União consolidou-se no sentido apontado através de duas decisões ora consideradas paradigmas. Num primeiro momento, o TCU passou a entender que tanto as alterações qualitativas como as quantitativas⁵ se submetem ao limite de 25% (Decisão nº 215/99). Depois, revendo seus precedentes, decidiu que o art. 65, § 2º da Lei nº 8.666/93 proíbe as compensações entre acréscimos e supressões decorrentes de aditivos contratuais (Acórdão nº 749/10 - Plenário), que devem ser sopesadas de forma separada (o conjunto de acréscimos e o conjunto de supressões) para o fim do cálculo do limite legal de 25% (ou 50%) da alteração do contrato.

Além da Corte de Contas, no Congresso Nacional, o principal projeto que visa alterar a Lei nº 8.666/93 - Projeto de Lei do Senado - PLS nº 559/13 - possui forte previsão nesse sentido, impingindo a metodologia da soma algébrica⁶ para o cálculo do limite, mantido em 25%⁷. Ademais, recentemente, foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal um outro projeto que reduz de 50% para 25% a possibilidade de variação do valor

Portanto, não se deve confundir o conceito de precisão com o limite de aditamento contratual previsto na Lei de Licitações e Contratos” (BAETA, 2012, p. 41-42).

⁵ Diferentemente da alteração qualitativa que visa a adequação técnica, a alteração quantitativa busca aumentar o volume do objeto contratado, sem alterar a sua natureza. Cuida-se de decisão discricionária de aproveitamento da licitação, pois o item inserido poderia ser objeto de um outro certame de forma apartada. Sua natureza será melhor explicada no terceiro capítulo.

⁶ A soma algébrica significa que qualquer alteração, seja de acréscimo, seja de supressão, será computada para o cálculo do limite de 25%. Assim, na hipótese de um aditivo que majore o contrato em 20%, apenas poderão ser promovidas novas mudanças que totalizem 5% do valor atualizado do contrato em qualquer sentido. Essa metodologia, aparentemente, é ainda mais restrita que a orientação do TCU constante do Acórdão nº 749/10, que apura em separado o limite de 25% para o conjunto de acréscimos e para o conjunto de supressões.

⁷ Art. 105. O limite de 50% para reforma foi mantido.

contratual para a hipótese de reforma⁸, depreendendo-se daí uma primeira reação aos recentes escândalos de corrupção que envolvem a Petrobras. Durante as investigações da “operação lava-jato” descobriu-se a celebração de aditivos que elevaram em muito os valores dos contratos de obra, conforme amplamente divulgado pela imprensa⁹.

Em relação à completude do projeto, o PLS nº 559/13 determina a licitação a partir de um projeto executivo¹⁰, nas hipóteses de contrato de obra pública cujo projeto não seja elaborado pelo executor da obra, tal como os atualmente previstos na Lei nº 8.666/93. O Relator na Comissão de Infraestrutura do Senado, Senador Fernando Bezerra, autor do texto substitutivo – essa previsão não constava da redação original da Senadora Kátia Abreu -, assim se manifestou¹¹:

Entre as inovações, encontra-se a previsão de que serviços e obras de engenharia somente poderão ser iniciados quando houver projeto executivo, de modo a privilegiar o estudo e a atuação planejada da Administração Pública. Com isso, espera-se repelir a prática amplamente difundida de promover licitações apenas com o projeto básico, o que muitas vezes pode dar ensejo a sucessivos termos aditivos com vistas a corrigir deficiências do projeto que podem ser por vezes previsíveis.

No mesmo sentido foi instituído pelo Ministério da Fazenda um grupo de trabalho composto por ilustres juristas para a alteração da Lei nº 8.666/93 (Portaria nº 640, de 11.08.15 do MF). Flavio Amaral Garcia, um dos expoentes, apresenta a opinião que dominou os trabalhos:

Considerando esse quadro normativo, qual vem sendo a prática nas obras públicas brasileiras? Projetos básicos imprecisos, vagos e subjetivos, elaborados com a urgência do tempo político e não do amadurecimento técnico, aliado a delegação do encargo de elaboração do projeto executivo para o contratado desenvolvê-lo concomitantemente à execução da obra, o que lhe confere um poder de direção técnica da obra que, se utilizado para fins ilícitos, permite a manipulação de preços e insumos, naquilo que se convencionou denominar de jogo de planilhas. O resultado é que o objeto da licitação não reflete o objeto do contrato. Em outras palavras, licita-se uma coisa e executa-se outra completamente distinta, criando-se a indesejável indústria dos termos aditivos para os acertos daquilo que não foi

⁸ Projeto de Lei do Senado nº 25/12. FRANCO, Simone; VASCO, Paulo Sérgio. CCJ aprova limite máximo de 25% para ampliação do valor de contratos públicos. Senado Federal, 6 maio 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/05/06/ccj-aprova-limite-maximo-de-25-para-ampliacao-no-valor-de-contratos-publicos>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

⁹ TCU identifica aumentos bilionários nos custos de obras da Petrobras. *GI*, 20 abr. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/04/tcu-identifica-aumentos-bilionarios-nos-custos-de-obras-do-petrobras.html>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

¹⁰ Essa é a previsão do § 5º do art. 39: “§ 5º Excetuada a hipótese prevista no inciso V do caput deste artigo, as licitações somente poderão ser deflagradas quando houver projeto executivo aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório, bem como as licenças, autorizações e desapropriações pertinentes”. Vale registrar que esse é o texto final aprovado em 02/12/2015 e que vai ao Plenário.

¹¹ A Emenda nº 12, de autoria do Senador Romero Jucá, foi a primeira nesse sentido, porém, não impedia a licitação a partir de um projeto básico, mas o início da obra sem o projeto executivo. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/184306.pdf>>. Acesso em: 24 dez. 2015.

projetado, concebido ou mesmo sequer cogitado no planejamento inicial. Não raro são invocados dois obstáculos para que isso ocorra: (i) a ausência de técnicos capacitados no seio da Administração Pública para elaborar bons projetos; (ii) a circunstância que determinadas obras, pela sua dificuldade técnica, reclamam que o projeto executivo seja elaborado concomitantemente à execução da obra. O primeiro obstáculo pode ser solucionado por meio de licitação própria e autônoma cujo objeto se circunscreva a própria elaboração dos projetos. Existe um mercado próprio e especializado na elaboração de projetos técnicos de engenharia e arquitetura. Podem os licitantes vencedores na área de projetos auxiliar o contratante a fiscalizar o contrato de execução da obra, a fim de atestar se a execução está coerente com o projeto. Far-se-iam duas licitações: uma para projetos e outra para a execução da obra. Custa mais caro? Penso que não. O que onera mais o erário são os sucessivos aditivos que decorrem de um planejamento deficiente. Demora mais? Também penso que não. As diversas obras Brasil afora que estão paralisadas e executadas em percentuais por vezes ínfimos, revelam o que os países desenvolvidos já sabem de longa data: melhor gastar mais tempo no planejamento da obra do que na sua execução. (GARCIA, 2015)

O entendimento geral é que a restrição à alteração contratual serve como instrumento para evitar as enormes perdas sofridas em todas as esferas da Administração. No atual cenário, os aditivos seriam os grandes vilões responsáveis pelos desperdícios existentes nas obras públicas brasileiras e deveriam ser abreviados a todo custo, impondo-se um limite de valor tão baixo que induziria a um maior planejamento da obra, especialmente em um projeto básico melhor e mais completo, indene de alteração.

Todavia, é preciso apurar as consequências desse remédio *maximalista*¹² e se de fato há benefício na tendência legislativa e no recente entendimento do TCU, ou se o movimento atual, que prega restrição jamais observada na legislação brasileira, merece ser contestado, de modo a ser ao menos moldado, não somente a partir do Direito, mas essencialmente por critérios econômicos e técnicos.

Os contratos de obra pública, principalmente aqueles destinados à implantação de infraestrutura, são complexos e naturalmente não preveem toda a gama de eventos que podem ocorrer depois da sua celebração. Além disso, os custos - de diferentes espécies - para a busca das informações necessárias para a confecção do projeto indicam que, muitas vezes, é mais eficiente deixar determinadas soluções para a fase de execução.

¹² A expressão é de André Rosilho. Para o Autor, “A vigente Lei Geral de Licitações e Contratos seguiu o caminho da superlegalização. O legislativo, em 1993, optou por transferir para o diploma normativo federal boa parte das decisões que poderiam ter sido tomadas, no plano abstrato ou concreto, por outras instâncias e autores – seja pelo Legislativo dos Estados e Municípios ou, então, pela própria Administração Pública das três esferas federativas. Dessa forma, por meio de uma lei rígida e minuciosa, reduziu-se significativamente a margem de discricionariedade do gestor público, amarrando-o ao que fora previamente definido pelas normas. Procurou-se criar a figura do gestor boca da lei, na expectativa de que a corrupção fosse reduzida – cujo epicentro, segundo o diagnóstico da época, estaria na liberdade gozada pela Administração para decidir como melhor contratar” (ROSILHO, 2013, p. 20-21).

As duas decisões paradigmas do Tribunal de Contas da União decorreram de lapsos da Lei nº 8.666/93, cuja redação não deixa clara a incidência do limite de valor também para as *alterações qualitativas de omissões intencionais*. Igualmente, não se refere a questões vitais para a execução das obras, como erro de projeto, a hipótese de constatação superveniente de fatos imprevisíveis e metodologia do cálculo dos 25%. E talvez o mais importante: como a lei trata de forma indiferente a falta de informação proposital constante do projeto licitado e a elaboração equivocada, os acórdãos do Tribunal normalmente misturam ambas as circunstâncias, as quais, a bem da verdade, como será explanado ao longo do presente trabalho, não se confundem e não deveriam receber o mesmo tratamento, pois se cuidam de diferentes espécies de riscos.

Observando-se o contexto nacional de obras públicas, cabe reconhecer a atualidade e a importância do tema.

Não é difícil constatar que o país apresenta sérias deficiências – os ditos “gargalos” – na infraestrutura¹³, apesar do setor ter recebido recentemente o emprego de grande capital em empreendimentos idealizados para suprir as necessidades básicas da economia, tais como energia elétrica, portos, rodovias, ferrovias e telefonia. O investimento em infraestrutura é vital para garantir o crescimento sustentável da economia, sendo que grande parte foi e será realizado exclusivamente com recursos públicos¹⁴, por meio de atuação indireta¹⁵ através do contrato de obra pública previsto na Lei nº 8.666/93. Esse modelo é ainda o mais utilizado¹⁶ – em razão da sua maior simplicidade, formação dos engenheiros brasileiros¹⁷ e até mesmo por

¹³ Sem a pretensão de esgotar o tema, apresenta-se como uma noção, de índole instrumental, de infraestrutura: elementos que sustentam e permitem – sendo elementos necessários, portanto – ao desenvolvimento de atividades, notadamente, de cariz econômica (CARVALHO, 2014, P. 178), como será exposto no quarto capítulo. Por esta ótica, energia e logística, por exemplo, são instâncias de infraestrutura.

¹⁴ Nos termos do art. 7º § 3º da Lei nº 8.666/93, o contrato de obra pública é celebrado apenas com recursos públicos. Não será abordado, portanto, a concessão de obra pública, assim definida por Floriano de Azevedo Marques Neto: “O objeto da concessão de obra pública, como já decorre da própria designação, é delegar ao particular a construção, a recuperação, ou a reforma de uma obra pública, explorando essa utilidade mediante a cobrança de uma retribuição pecuniária pela utilização dessa obra. O escopo da concessão de obra pública é a execução de um produto físico (obra) e a consequente oferta deste” (MARQUES NETO, 2015, p. 249). Também não serão estudados os contratos de concessão de serviço público (Lei nº 8.987/95), bem como de parceria público-privada (Lei 11.079/04), pelo mesmo motivo e ainda porque não possuem como finalidade exclusivamente a obra, que é considerada como um meio para a prestação do serviço público.

¹⁵ Nos termos do art. 6º, I da Lei nº 8.666/93 a Administração Pública poderia realizar obras diretamente, sem se valer de um terceiro contratado.

¹⁶ Não apenas no Brasil. Pesquisa realizada pela Design-Build Institute of America revela que 52,6% dos contratos de obra pública nos Estados Unidos são ajustados pelo *design-bid-build*, o equivalente ao nosso tradicional contrato de obra pública, cujo projeto não é de autoria do executor da obra (Disponível em: <<http://www.designbuilddoneright.com/research-finds-continued-growth-of-design-build-throughout-unitedstates/>> Acesso em: 11 jun. 2015).

¹⁷ Diversas entidades de engenharia e arquitetura já se manifestaram contra a contratação integrada, espécie contratual de obra pública prevista na Lei nº 12.462/11 que visa o resultado em detrimento de um suposto menor

conta da limitação prevista em lei para a adoção da contratação integrada¹⁸, ainda que com o recente advento da Lei nº 13.190/15 - desenho contratual diverso do previsto na Lei Geral de Licitações e Contratos - e que sofre grande insegurança com a questão objeto da presente pesquisa, pois a ultrapassagem do limite das alterações constitui causa para a rescisão do contrato¹⁹ e aplicação de sanção aos gestores públicos.

A dissertação está dividida em quatro capítulos.

O primeiro investigará a incompletude do contrato de obra pública com base em teorias econômicas e conceitos da Análise Econômica do Direito, disciplina que auxilia o operador jurídico a encontrar soluções dada a premissa de escassez de recursos, como nas hipóteses de alteração contratual, com base em dados científicos e da experiência.

No segundo capítulo, a pesquisa cuidará das diferentes espécies de contrato de obra pública, de acordo com a autoria do projeto e a alocação dos riscos, apontando alguns custos de transação e falhas de incentivos.

O terceiro capítulo estudará a evolução legislativa, doutrinária e do Tribunal de Contas da União sobre os limites de valor da alteração unilateral qualitativa, discutindo sobre a relevância da sua função protetiva financeira-orçamentária. Também passará pelo direito

custo inicial obtido na licitação, na qual o contratado para a execução da obra é o autor do projeto, conforme será exposto no primeiro capítulo. Confira-se manifestação do Presidente do Instituto dos Arquitetos do Brasil, Sérgio Magalhães (Disponível em <<http://infraestruturaurbana.pini.com.br/solucoes-tecnicas/leis-normas/entidades-de-arquitetura-e-engenharia-elaboram-sugestoes-para-a-revisao-307714-1.aspx>>: Acesso em 10 jun. 2015) “Além disso, o documento dos arquitetos e engenheiros ainda pede a exclusão do sistema de “Contratação Integrada” do RDC (Lei 12.462/2011). Para essas instituições, a contratação integrada é um erro grave. Magalhães afirma que “essa modalidade de contratação contribui de forma significativa para o aumento dos custos, redução da qualidade e corrupção nos contratos das obras”, criticou.

¹⁸ A contratação integrada, como será visto no primeiro capítulo, cuida de um outro desenho que pode ser aplicado à obra pública, diferente do tradicional contrato regulado pela Lei nº 8.666/93. Até recentemente, nos termos do art. 1º da Lei nº 12.462/11, o RDC poderia ser utilizado para obras que se relacionem aos jogos olímpicos, Copa FIFA 2014, PAC, SUS, estabelecimentos penais e educativos. A Lei nº 13.190 de 19 de novembro de 2015 ampliou esse objeto, incluindo o inciso VIII no art. 1º da Lei nº 12.462/11: “VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística”. Foram também incluídas ações no âmbito de segurança pública e contratos *built to suit*. É preciso aguardar ainda o posicionamento do Tribunal de Contas da União para saber a abrangência dessa alteração, pois, provavelmente, a Corte de Contas da União tentará limitar a sua aplicação, na sua linha de pensamento de que os projetos devem ser o mais completo possível sob o ponto de vista estritamente técnico.

¹⁹ Diversas obras estão sendo paralisadas pela necessidade de adequação ao atual entendimento do TCU que veda da compensação entre aditivos de acréscimos e supressões. Recentemente, o Ministro das Cidades e o Governador do Estado do Rio de Janeiro decidiram criar um grupo com o fim de propor junto ao TCU alguma medida que viabilize a execução dos contratos. Confira-se trecho da matéria publicada pela EBC: “Segundo Kassab, ‘observações muito rigorosas’ do tribunal em relação a aditivos e modificações em obras em execução têm causado atrasos. ‘A prática [de modificar projetos] é comum no Brasil e em qualquer lugar do mundo. Ela precisa ser rediscutida’, acrescentou. O ministro disse que o problema não se restringe ao Rio e que ministros e prefeitos já relataram atrasos da mesma natureza nesses primeiros dias de governo. Procurado, o Tribunal de Contas da União ainda não se pronunciou sobre o tema até a publicação da matéria.” (Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2015/01/kassab-e-pezo-formar-grupo-de-trabalho-para-acelerar-obras-no-TCU>>. Acesso em: 10 jun. 2015).

comparado, explicando que a questão em tela não ocorre exclusivamente no Brasil, na medida em que muitos países se veem às voltas com gastos excessivos em obras públicas²⁰, que terminam por custar montantes extremamente superiores aos originalmente divulgados à sociedade. A União Europeia, recentemente, editou a Diretiva nº 2014/24, por meio da qual passou, pela primeira vez, a regular o limite de valor da alteração, dispondo no art. 72 sobre o percentual máximo de 50% de variação em determinadas circunstâncias. O estudo do Direito Europeu é importante em virtude da semelhança com o contexto brasileiro: (i) a inovação legislativa veio à tona por conta de decisões do Tribunal de Justiça (de certa forma, tal como aqui, cuja tendência é capitaneada pelo TCU); (ii) foi imposto um limite de valor objetivo; e (iii) os conceitos sobre alteração substantiva são vagos e imprecisos, sendo que provavelmente gerarão problemas semelhantes aos enfrentados pela dicção da Lei nº 8.666/93.

No quarto capítulo serão apresentados dois exemplos ilustrados com casos de obras complexas - rodovia (custo econômico em grande extensão linear) e favela (custo social) -, como forma de conclamar o Poder Executivo – real legitimado - à retomada de sua função regulatória, hoje nas mãos do Tribunal de Contas da União.

Para a consecução dos objetivos desse estudo foi utilizado um método de pesquisa teórico-empírico mediante o desenvolvimento de análise: (i) documental, de atos normativos legais e infralegais; (ii) de decisões emanadas do Tribunal de Contas da União; e (iii) bibliográfica.

O tema sobre o regime das alterações do contrato de obra pública não é novo e já foi intensamente debatido, como será visto, logo que editada a Lei nº 8.666/93. Porém, diante da ideia de que as alterações estão ligadas ao planejamento das obras públicas, merece ser revisitado, não com vistas a possibilitar a elaboração de um projeto causador de prejuízos, mas, ao contrário, na direção de uma melhor programação das ações estatais. É o que este trabalho, singelamente, pretende sugerir.

²⁰ A maior obra rodoviária da história dos Estados Unidos, a Central Artery de Boston, cuja parte principal é um túnel subterrâneo com aproximadamente 5,8 Km que cruza o centro da cidade, foi contratada inicialmente por US\$ 2,8 bilhões, mas ao final executada a um custo que refletiu aumento superior a 275%, incluindo os juros com o financiamento e o desconto da inflação. Outras obras podem ser mencionadas, como a Sydney Opera House (1.400%), o Aeroporto Internacional de Denver (200%) e o Túnel do Canal da Mancha (80%) (FLYVBERG, 2005, p. 18-22).

1 DOS MOTIVOS PARA A ALTERAÇÃO QUALITATIVA DO PROJETO A PARTIR DA TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS

Para mim, o aspecto mais interessante do movimento da associação entre direito e economia tem sido sua aspiração de colocar o estudo do direito sobre uma base científica, com uma teoria coerente, hipóteses precisas deduzidas da teoria e testes empíricos das hipóteses. O direito é uma instituição social de enorme antiguidade e importância e não vejo razão por que ele não deve ser acessível ao estudo científico. A economia é a mais avançada das ciências sociais, e o sistema judiciário contém muitos paralelos com os sistemas que os economistas têm estudado com êxito e se sobrepõe a eles (POSNER, 1989, apud COOTER; ULEN, 2010, p. 23).

A dicção de Richard Posner define bem a utilidade que a aplicação da lógica econômica tem ao Direito. Trata-se de uma potente ferramenta que confere aptidão a se comprovar os efeitos de determinada medida jurídica, de modo que as consequências sejam previsíveis na prática. A economia pode impedir que o operador jurídico se isole da realidade e atue num limbo teórico afastado da função instrumental - e não central - do Direito, o que, em muitas ocasiões, resulta em sequelas desastrosas, pois não raro se obtém um resultado distante do objetivo de elevação do bem-estar coletivo.

A disciplina que estuda essa relação é a Análise Econômica do Direito - AED, definida por Ejan Mackaay (1999, p. 65) como “a aplicação da teoria econômica e métodos econométricos para examinar a formação, estrutura, processos e impactos de instituições legais e legítimas”.

A Análise Econômica do Direito inicialmente se direcionou ao exame do mercado e suas falhas. Aaron Director, economista que lecionava Direito na Universidade de Chicago na década de 1930, foi o responsável por introduzir a racionalidade econômica em suas aulas sobre Direito da Regulação e Concorrência.

No início do século XX predominava entre aqueles acadêmicos a ideia liberal sobre a restrição da atuação estatal. A teoria econômica clássica advogava a tese – aliás, até hoje defendida por muitos economistas, em especial da Escola de Chicago - de que a composição do preço advém do sistema de livre mercado. Desse modo, não seria necessário qualquer tipo de intervenção junto à atuação dos indivíduos, pois o mecanismo de jogo de forças entre as partes e seus interesses contrapostos seria perfeito: as diversas fontes de oferta e de demanda produziriam um equilíbrio que traduziria no preço “correto” do contrato, por conta da possibilidade das partes terem à disposição todas as informações relevantes para a condução do negócio. Nesse modelo oitocentista, não seriam considerados fatores causadores de influência sobre as prestações firmadas e que poderiam ensejar custos.

Contudo, ao longo dos anos, passou-se a perceber que os mercados eram imperfeitos, pois tinham falhas²¹ que exigiriam a maior atuação estatal para regular a economia e fomentar a concorrência, de forma a equilibrar a atuação dos agentes econômicos para conferir maior eficiência com evidentes ganhos para toda a sociedade, na medida em que seria gerada maior riqueza que, por sua vez, poderia ser melhor distribuída²².

Ocorre que, ao mesmo tempo, dentro dos estudos da Análise Econômica do Direito, verificou-se a existência de outras questões, ao lado das falhas de mercado, que traziam impacto direto no funcionamento do sistema econômico, relacionadas com os custos dos contratos, principalmente com a quebra das obrigações transacionadas e os consequentes prejuízos à Economia.

A real existência dos custos referentes à contratação e seu impacto na atuação dos agentes econômicos, em oposição à Teoria Neoclássica, foi inicialmente exposta de forma científica por Ronald Coase. O ganhador do Prêmio Nobel de 1991 desenvolveu o raciocínio de que as firmas existem como uma forma de organização para a superação dos custos de transação, assim explicados:

Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como quanto às condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos. (COASE, 1960, apud SALAMA 2010, p. 76)

O primeiro caso mencionado na literatura, e que foi estudado por Coase, diz respeito à compra da fabricante de chassis de automóveis Fisher Body pela General Motors. A montadora sofreu grande prejuízo com a elevação do preço do produto pela fornecedora, pois encontrava-se em estado de dependência – denominado *hold-up* – tendo em vista que o chassis representava 65% do custo da produção do automóvel e a Fisher Body era a principal

²¹ Há em geral cinco fontes de falha de mercado: poder de mercado, informação assimétrica, bens públicos, externalidades e monopólio.

²² Seguem, pela clareza, os ensinamentos de Patrícia Sampaio: “A teoria econômica aponta que situações próximas às de monopólio são almejadas pelos agentes econômicos por permitir-lhes auferir lucros superiores aos que obteriam em um mercado em concorrência, através da redução da oferta e do aumento de preços. Entretanto, as práticas anticompetitivas, além de distorcerem o mecanismo de funcionamento dos próprios mercados, e, no limite, levar ao seu ocaso (situações de monopólio), violam ainda a liberdade de iniciativa dos agentes excluídos, que estão sendo alijados não em função da maior eficiência de seus concorrentes, mas em razão de práticas artificiais empreendidas com a finalidade de retirá-los do mercado. É por essas razões que o Estado intervém para garantir que a dinâmica concorrencial dos mercados não seja distorcida, coibindo as práticas anticompetitivas, de modo a assegurar o legítimo exercício da liberdade de iniciativa na seara econômica, porém coibindo e punindo o seu abuso” (SAMPAIO, 2008, p. 22).

fornecedora. A solução encontrada para a superação desse custo foi a verticalização da produção, com a aquisição da Fisher Body. Nesse caso, percebeu-se que as soluções relacionadas às falhas de mercado, especialmente direcionadas ao equilíbrio da concorrência, não eram suficientes para eliminar o prejuízo das ações de determinado agente econômico pela não cooperação contratual.

Como desdobramento dos estudos de Coase, foi elaborado por George Stigler o famoso “Teorema de Coase”, segundo o qual os agentes negociariam os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a se chegar à sua alocação eficiente, desde que os custos de transação fossem baixos e os direitos de propriedade bem definidos. Todavia, percebeu-se que os custos de transação impactam na definição da atuação dos agentes, sendo que as organizações e instituições serviriam para a superação dessas vicissitudes²³. Eis, portanto, as duas premissas econômicas básicas decorrentes dos estudos de Coase: (i) a existência de custos de transação e a (ii) a possibilidade de sua superação por meio de formas de organização contratual estipuladas pelas partes.

A superação desses custos pode ser auxiliada pelo Direito, que tem a função de estabelecer as regras do jogo, regulando, por meio de instituições formais e informais, a atuação do agente de forma cooperativa, conforme defendido pelo Movimento da Nova Economia Institucional²⁴. Segundo Decio Zylberstajn e Rachel Sztajn:

Se formos capazes de criar instituições que reduzam os custos de transação, definidos por Barzel como os custos de transferir, capturar e proteger os Direitos de Propriedade, então os indivíduos na sociedade se engajarão em transações para resolver os problemas alocativos desses direitos. O Estado tem papel fundamental de garantir as instituições, dar-lhes segurança, criando condições para o funcionamento dos mercados e outros arranjos institucionais. (ZYLBERSTAJN; SZTAJN, 2005, p. 6).

Da mesma forma que se percebeu que o mercado não é perfeito – sendo necessário um certo amoldamento da liberdade de atuação dos agentes econômicos com o fim de melhora da produtividade e, igualmente, instaurar a competição justa que impeça abusos causadores de grave prejuízo a parcelas da sociedade - a ingerência estatal, ainda que de forma indireta,

²³ A firma até então era considerada apenas um agente integrante do sistema de livre mercado. Coase entendeu que o motivo de sua existência residia exatamente em instituir um contraponto às regras de livre competição existentes, constituindo uma forma de organização com o fim de superação dos custos de transação.

²⁴ A obra de Douglas North (1990, p. 5), o maior expoente do Movimento, é importante por demonstrar como as organizações são desenhadas de acordo com o ambiente institucional: os custos de transação estariam ligados ao grau de desenvolvimento de uma sociedade e de suas instituições, consideradas como regras do jogo, enquanto que as organizações seriam as equipes jogadoras. As instituições formais seriam as leis emanadas de um Poder soberano e as informais códigos de conduta gerados pela própria sociedade.

passou a ser necessária para o cumprimento dos contratos. Surge daí uma nova dimensão da AED, denominada “Teoria das Organizações”²⁵.

A Ciência Econômica fornece uma doutrina comportamental para prever como as pessoas reagem diante da escassez de recursos²⁶, tendo como base a racionalidade dos indivíduos²⁷, e pode contribuir para a governança dos contratos.

Conceitos da teoria microeconômica permitem estabelecer desenhos e incentivos contratuais que alcançam a maximização da eficiência a partir da análise do custo-benefício das possibilidades existentes para a tomada de decisão, isto é, debruçam-se sobre a melhor utilização de um recurso, com fulcro em modelos de representação concreta e experimental da realidade social²⁸.

No presente trabalho serão apresentados diferentes formatos para o contrato de obra pública, a partir da constatação de que os contratos são incompletos e que os efeitos econômicos supervenientes à celebração podem constituir o que os economistas definem por direitos de propriedade, ou seja, possuem valores sujeitos a negociação. Para os economistas, os indivíduos podem ser não apenas proprietários ou possuidores de bens imóveis, mas de qualquer direito que tenha conteúdo lastreado em recurso financeiro, ainda que não material, e que sua alienação seja viável, como, por exemplo, determinado direito contratual.

As estruturas de governança e de incentivos são fundamentais para a obtenção do resultado prático que se busca com a celebração do contrato e, em se tratando de contrato de obra pública, devem ser preferencialmente estabelecidas a partir do custo das informações que

²⁵ A inclusão da Teoria das Organizações no estudo da AED é ainda hoje polêmica. Richard Posner, talvez o mais famoso autor de AED, criticou fortemente o novo movimento, que, segundo ele, seria “mais um estudo de caso do que uma teoria” (ZYLBERSTAJN e SZTAJN, 2005, p. 11).

²⁶ “A escassez é o ponto de partida da análise econômica. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem, e nas quantidades que quisessem. Para ficarmos com a conceituação clássica de Lionel Robbins, a Economia é a “ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para incorrerem em *trade-offs*. Os *trade-offs* são, na verdade, 'sacrifícios': para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo. Esse algo de que se abre mão é o chamado 'custo de oportunidade'. Todas as escolhas têm custos de oportunidade. Isso quer dizer que nem tudo pode ser feito ou produzido; tudo tem um custo; e cada centavo gasto em uma determinada atividade, é o mesmo centavo que não é gasto em todas as demais”. (SALAMA, 2010, p. 22).

²⁷ Segundo Cooter e Ulen, “os economistas geralmente supõem que cada agente maximize algo: os consumidores maximizam a utilidade (isto é, a felicidade ou satisfação), as empresas maximizam lucros, os políticos maximizam votos, as burocracias maximizam as receitas, as organizações beneficentes maximizam o bem-estar social e assim por diante. Os economistas dizem, muitas vezes, que os modelos que supõem o comportamento maximizador funcionam porque a maioria das pessoas são racionais, e a racionalidade exige a maximização.” (COOTER; ULEN, 2010, p. 36).

²⁸ Sobre a importância de testes empíricos, vejamos o que diz Marcelo Guerra Martins: “Portanto, em síntese, terá a qualidade de científico o saber gerado a partir de determinada metodologia, ou seja, com amparo em regras precisas de investigação e registros de resultados, predominantemente aceitas como idôneas e aplicadas pela comunidade de pesquisadores da área envolvida no respectivo exame. Todo o resto está de fora, é conhecimento vulgar” (MARTINS, 2014, p. 214).

envolvem a confecção do projeto básico de engenharia e seus riscos, entendidos, como será adiante estudado, como eventos previsíveis e quantificáveis, inclusive monetariamente, e que não se confundem com as incertezas, estas sim imprevisíveis.

Nessa ordem de ideias, o modelo que lida com a definição do projeto básico e a alocação de riscos é fundamental para a redução dos custos de transação - denominado por Coase de “fricções” -, sendo importante verificar que o tradicional contrato de obra pública previsto na Lei nº 8.666/93, em relação a projetos complexos que exigem um número elevado de informações, possui problemas de incentivos e custos de governança, os quais, no limite, impõem a necessidade do estabelecimento de salvaguardas, que vão desde a previsão de sanções até a de que os aditivos não possam ultrapassar determinado valor, de modo a proteger o Erário de condutas oportunistas dos contratados, ou, como diria Coase, com a finalidade de lubrificar o pactuado.

1.1 DOS CONTRATOS INCOMPLETOS: CARACTERÍSTICAS DAS TRANSAÇÕES E FORMAS DE GOVERNANÇA

Assim como ocorre com outros institutos jurídicos, como a propriedade e a responsabilidade civil, o contrato é estudado pela Economia. Segundo Rachel Sztajn:

Para os economistas, contrato é um acordo entre duas ou mais partes para, entre elas, transmitir direitos, estabelecer, eliminar ou modificar deveres anteriormente ajustados. A visão econômica do contrato não se afasta da noção jurídica desse instituto: operação que cria, modifica ou extingue relações jurídicas patrimoniais (SZTAJN, 2006, p. 171).

A AED demonstra de forma simples como o contrato é entendido no sentido de geração de riqueza. Pense-se em determinado bem que vale 100 para A e 200 para B. B adquire-o, por exemplo, por 150. A riqueza, antes da transação consolidada, era de 250, resultante da soma do valor subjetivo do proprietário A com o recebido por ele ($100 + 150$). Após a transferência da propriedade para B, passou a ser de 350, resultante do valor pago mais o subjetivo ($150 + 200$), ou seja, houve um ganho de 100 ($350 - 250$), denominado “excedente econômico”. Caso, posteriormente, C confira o valor de 500 (seu valor subjetivo) e ofereça 400 para B, que aceita esse montante, a riqueza passa a ser de 750 ($350 + 400$) para 900 ($400 + 500$), com um acréscimo de 150. O contrato será considerado eficiente se tiver excedente, o que somente ocorrerá caso seja oferecido valor superior ao pretendido pelo vendedor e inferior ao limite do comprador.

Existem dois critérios ao se falar em eficiência sob a ótica econômica. O critério de Pareto estipula que uma determinada medida é eficiente quando melhora o nível de bem-estar de alguém sem piorar o de outra pessoa. A eficiência de Kaldor-Hicks estabelece que determinada medida é eficiente se o nível de melhora de um indivíduo for maior do que a piora de outro, ou seja, desde que a soma total dê resultado positivo, privilegiando a utilidade de uma forma geral. As melhorias contratuais, racionalmente, garantem a eficiência de Pareto, porque somente ocorrem quando todas as partes concordam, em razão da melhoria da situação de cada uma.

A Economia também evidencia a possibilidade de divisão do excedente criado entre as partes, sendo possível ainda calcular o ganho de cada uma²⁹. Imaginando que na primeira transação o valor de venda do bem passou a ser 120, desse total, B obteve um excedente de 80 (200, valor que estava disposto a pagar, - 120, valor pago) enquanto A obteve excedente de 20 (120, valor recebido, - 100, valor que estava disposto a receber). Na segunda, do total de 150, C obteve excedente de 100 (500-400) e B de 50 (400 - 350).

Ao lado da criação do excedente e de sua distribuição, a Economia contratual também comprova que a cooperação das partes é fundamental para a maximização da eficiência, ou seja, para o maior ganho possível. No entanto, alguns fatores podem afastar o contrato dessa situação ótima.

A Teoria Clássica, como exposto, defendia a ausência de atuação estatal, sob o argumento de que as partes deveriam ser livres para negociar. O reflexo dessa posição junto ao contrato resultou na premissa de que os pactos seriam completos, ou seja, possuiriam todas as informações necessárias quanto aos direitos e obrigações das partes. Essa ideia é verdadeira para a compra de bens simples, mediante pronto pagamento, como uma fruta ou uma revista, por exemplo.

Entretanto, o enredado avanço social e a necessidade crescente da utilização do contrato como forma de proporcionar as trocas e circulação de riqueza, que poderiam inclusive se prostrar no tempo³⁰, ensejaram a maior complexidade do objeto contratual e do próprio instrumento, fazendo com que não fosse mais possível ao homem econômico

²⁹ Os economistas estabelecem as seguintes fórmulas para os excedentes do comprador e do vendedor, respectivamente (TIMM, 2012, p. 163): $Ec = Vc - P$ (Ec é o excedente do comprador, Vc é o valor que o comprador dá ao bem e P é o preço do bem) e $Ev = P - Vv$ (Ev é o excedente do vendedor, P é o preço do bem e Vv é o valor que o vendedor dá ao bem).

³⁰ A doutrina comumente aborda a teoria dos contratos incompletos dirigida aos contratos relacionais, de longa duração, como as concessões de serviço público, mas nada impede que seja aplicada também para o contrato de obra pública, devido à complexidade do projeto.

maximizador de riquezas prever e mesmo depreender as consequências de todas as hipóteses envolvidas na obrigação assumida pelas partes, o que se convencionou denominar de racionalidade limitada.

Passou-se, então, a entender que os contratos, em regra, são incompletos, seja porque os custos para a obtenção de todas as informações necessárias para a sua redação tornaria inviável o próprio negócio, seja em razão da sua singela impossibilidade material quanto a todos os eventos que pudessem influenciar a execução da avença. Paulo Furquim de Azevedo avalia que:

As principais dificuldades em fazer cumprir os contratos, levantadas pela Teoria Econômica, decorre da dificuldade de obter informações relevantes e da impossibilidade da redação de um contrato que dê conta de todas as contingências futuras. Além disso, como há os custos relativos ao uso do sistema Judiciário, seu papel em garantir o cumprimento dos contratos é imperfeito, levando as partes a desenharem mecanismos privados para a solução de conflitos (*private ordering*). (AZEVEDO, 2005, p. 120).

Assim, diante da normalmente pequena perspectiva da ocorrência de todos os eventos que deveriam ser elencados na redação contratual, em determinados casos não valeria a pena a elaboração de um contrato completo, em razão do custo para a apropriação de todas essas informações.

Todavia, a celebração de um contrato que não contenha todas as informações também gera custos³¹, pois deixa margem para que uma das partes conheça melhor o objeto e a forma de executá-lo do que a outra. Essa assimetria de informações pode proporcionar um comportamento oportunista, isto é, não cooperativo, na medida em que o agente racional atua de forma a maximizar seus ganhos em cenário de interesses contrapostos. As implicações normalmente assinaladas pela Economia, notadamente pela Teoria da Agência³², são o risco moral, seleção adversa e *hold-up*³³.

³¹ Fernando Araújo explica que: “A nosso ver a principal fonte de ineficiências nas transações é a assimétrica distribuição de informação entre as partes envolvidas nas trocas – uma assimetria de resto inteiramente explicável e justificável pela decisão econômica inicial de que as trocas são a última consequência – a decisão de especializar a produção, de dividir o trabalho, e concomitantemente de dividir a informação. Quando se chega ao momento das trocas, é preciso, contudo, recobrar alguma informação, e isso implica custos: custos que se reportam à informação sobre preços e qualidade dos produtos e factores de produção, sobre potenciais compradores e vendedores, sobre disposições de pagar e de aceitar preços; custos de negociação e de motorização *ex ante* e *ex post* da contraparte; custos de cumprimento e de reação ao incumprimento; custos de proteção da relatividade contratual face aos riscos de interferência lesiva da parte de terceiros.” (ARAÚJO, 2007, p. 199-200).

³² No modelo Agente-Principal, o principal delega uma tarefa ao agente, o qual possui determinada vantagem informacional, sem que tenha meios ou conhecimento para aferir o nível de comprometimento empregado para o atingimento do resultado esperado. Como existem interesses contrapostos e a tendência racional de maximização dos resultados, o agente tenderá a agir em uma linha não solidária aos anseios do principal. Por isso, são necessários mecanismos que realinhem a sua atuação. No contrato administrativo, a Administração atua em

Segundo Patrícia Sampaio:

Além disso, o reconhecimento de que os agentes econômicos em uma relação comercial geralmente não possuem o mesmo grau de informação sobre o produto ou serviço comercializado trouxe novas questões para os estudos sobre o comportamento dos agentes. Compreende-se então que, presentes assimetria informacional e problemas de incentivo, existe o risco de que uma parte termine por agir oportunisticamente, por exemplo, escondendo informações relevantes sobre o produto ou serviço contratado. A possibilidade de produção desse efeito ficou conhecida na literatura econômica como o problema do ‘risco moral’ (*moral hazard*). (SAMPAIO, 2008, p. 44).

Seleção adversa pode ser explicada como a prevalência de produtos ou serviços de pior qualidade. Isso porque, em um mercado com bens de diferentes características e valores, a adoção de uma média leva aos de qualidade inferior, na medida em que o vendedor não terá incentivo de fornecer os bens mais caros que terão os mesmos valores que o mais baratos.

O *hold-up* é a dependência de uma parte em relação à prática de determinadas condutas pela outra, sob pena da perda dos ativos investidos no projeto.

A teoria dos jogos demonstra que, se uma das partes sabe que a outra irá cooperar, ela racionalmente possui incentivos para agir de maneira oportunista, pois isso melhora a sua situação sobre a do outro jogador.

Na tabela abaixo, supondo-se um contrato celebrado entre A e B, a cooperação da outra parte vale 10 pontos para o favorecido, enquanto o agir com oportunismo vale 5 pontos, porém, para si. Perceba-se, em um primeiro momento, que a soma da cooperação dos dois jogadores resulta em 20 pontos (A coopera com B = 10 e B coopera com A = 10, totalizando 20, pois cada uma das partes concede ao outro 10 pontos). Num segundo momento, na hipótese de apenas um cooperar, por exemplo, B cooperando com A, o resultado quanto à A, caso este atue de modo oportunista, diante do incentivo de que possa auferir maior ganho, é o seguinte: 10 pontos (cooperação ganha do comportamento de B) + 5 (conduta oportunista). A, portanto, recebe 15 e B zero (não teve conduta oportunista e não recebeu a cooperação de

favor da sociedade, enquanto que o particular visa seu interesse pessoal de lucro. Jean Tirole, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 2014, junto com Jean-Jacques Laffont, demonstraram cientificamente essa definição aplicada à regulação: “O regulador observa os custos da produção realizada, mas não os esforços na diminuição dos custos (problema escondido de esforço pós-contratual). Ademais, a firma conhece mais sobre seus mecanismos de redução de custos do que o regulador (problema escondido de informação pré-contratual)” Disponível em: <http://www.ecgi.org/documents/sciback_ek_en_14.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2016.

³³ Como leciona Rachel Sztajn, “Dispor de informações relativas aos bens, à propriedade e ações da outra parte é condição fundamental para facilitar o cumprimento dos contratos. Como, em geral, obter informações tem custo, e como nem sempre as pessoas estão dispostas a fazer o investimento necessário para obtê-las, é patente a dificuldade de firmar contratos equilibrados desde o início. Muitas vezes medir a informação é complicado e há casos em que informações são difíceis de serem obtidas requerendo atividades adicionais das partes. Quando uma delas conhece alguma coisa desconhecida pela outra, diz-se que a informação é assimétrica e daí derivam problemas na elaboração de contratos: a seleção adversa e moral hazard” (SZTAJN, 2006, p. 171).

A). Se ambas as partes atuarem de forma oportunista e não cooperarem uma com a outra, o resultado é 10 (5 de A + 5 de B, cada um para si em decorrência do comportamento oportunista). Conclui-se, dessa forma, que é muito mais eficiente a cooperação das partes, pois o incremento de valor total é superior ao da satisfação do interesse individual.

Tabela 1 – Teoria dos Jogos

		Contratante B	
		Cooperação	Oportunismo
Contratante A	Cooperação	(10 p., 10 p.)	(0 p., 15 p.)
	Oportunismo	(15 p., 0 p.)	(5 p., 5 p.)

Fonte: Luciano Timm (2012, p. 171)

Assim sendo, devem ser buscados incentivos que levem à cooperação entre as partes e evitem o comportamento oportunista. Esse desenho não é fácil, tendo em vista que, como demonstrado, as partes tendem a agir de forma a satisfazer os seus interesses pessoais em detrimento da obtenção da maior eficiência possível, isto é, da maximização da riqueza.

Não somente a assimetria de informações, mas outros custos concernentes à negociação (especialmente com quem barganhar), redação e cumprimento do contrato passaram a ser estudados e fórmulas para a sua superação, propostas. Buscou-se encontrar a equação a qual, no caso concreto, possibilitasse a celebração de um contrato eficiente, que levasse em conta o ponto de equilíbrio ótimo entre os custos de transação *vis a vis* as consequências negativas decorrentes de determinado grau de incompletude.

Além do sempre possível acesso ao Poder Judiciário, o qual, notoriamente, não está preparado para a solução de casos complexos³⁴, como são os contratos de infraestrutura, o que em geral dá azo a custos de transação ainda maiores³⁵, entendeu-se cabível a inclusão de salvaguardas nos próprios contratos, como a possibilidade de aplicação de sanção.

³⁴ Além disso, explica Luciano Timm, “Como todo valor é subjetivo, somente as partes sabem quando uma transação irá melhorar sua situação. Os próprios atores estão normalmente em melhor posição do que qualquer outra pessoa para decidir o que lhes gerará satisfação ou inconveniências” (TIMM, 2012, p. 172).

³⁵ É interessante notar que esse fato foi reconhecido pelo legislador com a instituição da arbitragem. Recentemente, a Lei nº 9.307/96 foi alterada (pela Lei nº 13.129/15) para fortalecer essa possibilidade sobre os contratos celebrados pela Administração Pública, incluindo os contratos de obra pública. Essa previsão já existia

Contudo, a coerção pela força, isoladamente, não se mostra suficiente: a uma porque normalmente não é possível, com precisão, calcular *ex ante* a relação entre as penas possíveis de serem aplicadas e os ganhos econômicos dos agentes que podem ter a conduta oportunista. Esse cálculo inibidor é muito difícil. A duas, em razão da eficiência: o próprio processo de monitoramento e aplicação da sanção ocasiona custos elevados.

Assim, os economistas pensaram em mecanismos de incentivos que levassem a um cumprimento eficiente do contrato. Podem ser mencionadas duas teorias, ora consideradas complementares, que enfrentaram tais questões difíceis atinentes à incompletude contratual, racionalidade limitada e assimetria de informações, buscando superá-las por meio de novos arranjos e modelos contratuais.

Uma das teorias econômicas que melhor explica essa situação foi desenvolvida por Oliver Williamson, denominada Economia dos Custos de Transação - ECT, originária da análise de Ronald Coase sobre a função econômica da firma³⁶.

Williamson, com base nas características das transações (especificidade de ativos³⁷, frequência³⁸ e risco³⁹), somado aos pressupostos comportamentais da racionalidade limitada e oportunismo, apresenta um desenvolvimento teórico que busca explicar o alinhamento entre as características das transações e as formas de governança sob a égide do comportamento eficiente de minimização de custos de produção e de transação.

Buscando operacionalizar as ideias de Coase e também criticando a Teoria Neoclássica, entendeu que os contratos não são completos⁴⁰ e que os custos de transação

para outros contratos de infraestrutura, como, por exemplo, a Lei nº 8.987/95 (concessões), a Lei nº 11.079/04 (PPP) e a Lei nº 12.815/13 (Lei dos Portos). Apesar disso, ainda permanecem custos de transação, como os concernentes ao processo.

³⁶ Explica Cassio Cavalli que “A relevância da empresa, ou da firma, prescinde de demonstrações. Por constituir a instituição chave da sociedade contemporânea, a empresa possui importância tanto econômica quanto social. A empresa constitui a célula fundamental da economia, e dela depende a imensa maioria da população econômica ente ativa. Identifica-se na empresa a instituição social que serve de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea” (CAVALLI, 2013, p. 12).

³⁷ Para a execução de um contrato, o contratado pode desenvolver habilidades, adquirir bens ou buscar conhecimentos específicos que não poderiam ser facilmente realocados em outro projeto. Em contratos complexos, como grandes obras de infraestrutura, devido à singularidade, essa característica é mais severa, pois não está submetida à economia de escala.

³⁸ “Se existe frequência nas relações mantidas entre os agentes, a preocupação com ajustes complexos passa a ser menor ao longo do tempo, porque as partes já esperam determinado comportamento no ajuste, e essa relação de boa-fé é condição para a maximização dos ganhos de utilidade entre as partes. Essas condições implicam menores custos de transação, por isso é natural preferir relacionar-se de forma reiterada com um agente do que estabelecer uma relação contratual com contraparte desconhecida” (BENATTI, 2014, p. 144).

³⁹ Como será adiante visto, o risco não se confunde com a incerteza, porque pode ser controlado. De todo modo, é fundamental que se entenda os custos dos contratos, pois todo modelo adotado leva em consideração a sua superação.

⁴⁰ “A combinação de contratos incompletos (decorrentes da racionalidade limitada) com informações pouco confiáveis (decorrentes de oportunismo, que será tratado adiante) corroem a ideia de que o simples

encontram barreiras para serem superados, divididas em ambientais e comportamentais. As primeiras dizem respeito à racionalidade limitada dos indivíduos, que não podem prever todos os eventos possíveis e se voltam a questões alheias à vontade das partes. As segundas estão ligadas à premissa de que os agentes econômicos tendem a agir de maneira oportunista, ou seja, em seu benefício próprio, maximizando seus interesses. Por isso, deve haver um alinhamento entre as características das transações e as formas de governança, tendo como parâmetro a minimização dos custos de transação. A sua proposta consiste na organização como uma integração vertical, ou seja, desde que possível, as fases ou cadeias de produção deveriam ser concentradas em uma única firma. Quanto maior o custo de transação, mais profunda e abrangente seria a intervenção.

Destarte, a lição mais importante retirada da obra de Williamson seria a possibilidade de enfrentamento dos custos de transação por meio de um desenho organizacional, sendo que a forma e intensidade da integração dependeria dessas fricções a serem superadas. Segundo Williamson:

A Teoria da Firma como forma de governança aqui descrita responde aos avanços que se sucederam na Teoria das Organizações nos seguintes aspectos: (1) a partir do cenário de contratos incompletos (racionalidade limitada) no qual (2) acidentes ocorrem entre partes bilateralmente dependentes (ativos específicos) quando são (3) afastados da curva de contrato por desequilíbrios (incerteza), consequentemente (4) as partes são levadas a barganhar (oportunismo). Tais transações motivam (5) atores precavidos a evitar conflitos e (6) promover adaptação cooperativa, via introdução da transação ou em contratação com mecanismo de credibilidade ou em estruturas de governança hierárquica, em que (7) as alternativas diferem em estruturas, das quais (8) os custos burocráticos comparativos e o acesso diferencial ao uso da hierarquia são exemplos (WILLIAMSON, 2005, p. 34).

Posteriormente, em estudo clássico sobre o tema, Sanford Grossman e Oliver Hart criticaram Williamson, o qual, segundo eles, apenas teria ajudado a demonstrar que os custos para a aquisição de bens por empresas separadas pode ser elevado. Para os Autores, existiriam dois problemas na ECT. Um seria o tamanho da firma, pois a aquisição de outras traria custos. O outro seria a falta de explicação sobre o motivo pelo qual a integração mudaria o comportamento oportunista de um fornecedor que passa a ser empregado da firma que o adquiriu (GROSSMAN; HART, 1986, p. 692).

conhecimento do contrato entre duas partes será suficiente para eliminar problemas pós-contratuais. Sendo implausível atribuir conhecimento equitativo aos árbitros das disputas (os tribunais), o conhecimento equitativo do contrato entre as partes não impede o surgimento de disputas pós-contratuais e de má adaptação dos contratos. Conclui-se que, contrariamente aos resultados tradicionais da teoria dos jogos, barganha a custo zero não é razão suficiente para a eficiência pós-contratual. Ao invés, a eficácia adaptativa de formas alternativas de governança *ex post* (mercado, híbrida, hierárquica etc.) deve ser calculada a partir da análise institucional comparativa” (WILLIAMSON, 2005, p. 22).

Os Autores separam os direitos contratuais em dois: específicos, como sendo aqueles escritos originariamente no contrato, e residuais, que surgem posteriormente ao início da execução. Segundo eles, “Nós assumimos que a integração em si não muda o custo de escrever uma cláusula contratual particular. O que muda é quem tem o controle sobre essas disposições não incluídas no contrato” (GROSSMAN; HART, 1986, p. 695).

Os Autores propõem então um modelo no qual os problemas de incompletude contratual são solucionados com a realocação do poder de barganha, por meio dos direitos de propriedade, que seriam a compra do controle sobre os direitos residuais, concluindo que

A impossibilidade de negociação *ex ante* sobre todos os aspectos do produto a ser entregue, ou seja, a incompletude do contrato, é a fonte de nossa conclusão de que a distribuição dos direitos de propriedade tem consequências sobre a eficiência (GROSSMAN; HART, 1986, p. 718).

A obra de Grossman e Hart jogou luz na questão da renegociação, demonstrando a eficiência, a partir da lógica econômica, de um arranjo contratual que estabeleça direitos pós-contratuais, distribuindo-os, com o objetivo de superação dos custos de transação.

Em outras palavras, as partes poderiam repartir os riscos, retirando daquela que normalmente o tomaria, por decorrer de alguma conduta ligada à sua obrigação contratual originária, para alocar àquela que melhor (com mais eficiência) possa impedi-lo ou lidar com os seus efeitos.

A conclusão foi no sentido de que esses direitos residuais constituem verdadeiro ativo e devem ser considerados como direitos de propriedade, sendo inclusive viável a sua alienação. Nesse caso, a realocação pode ser espelhada em fonte financeira, ou seja, a alteração da responsabilidade pode vir acompanhada de ressarcimento à nova parte adjudicada.

É preciso ter em mente, no sentido do exposto, que as mudanças e transformações de base econômica e social dos últimos dois séculos importaram numa profunda redefinição da figura jurídica do contrato. Este, de expressão modelar do acordo de vontades de partes colocadas em situação de equidistância simétrica, assumiu o papel, no dizer de Enzo Roppo, de “veste jurídica da operação econômica” (BANDEIRA, 2015, p. 11).

O contrato torna-se, com cada vez mais acentuada força, instrumento de regulação econômica, eis que propicia uma oportunidade de repartição de riscos entre as partes envolvidas no negócio. Essa é a solução mais eficiente encontrada para as incompletudes contratuais.

Na espécie, trata-se de administrar e equacionar o problema da álea. Os contratantes, de posse de conhecimentos limitados a respeito dos eventos que podem impactar a execução

contratual, sendo que a busca pela eliminação desses riscos impõe elevados custos de transação, distribuem os riscos econômicos previsíveis. Nessa hipótese, está-se diante da figura da *gestão positiva da álea* (BANDEIRA, 2015, p. 12). E é justamente essa alocação de riscos estampada no instrumento contratual, de forma explícita ou implícita, que leva ao estabelecimento da equação econômico-financeira do negócio. Como nota Paula Greco Bandeira,

O conceito de risco contratual, portanto, relaciona-se diretamente com o de equilíbrio, de tal maneira que as partes estabelecem negocialmente a repartição dos riscos como forma de definir o equilíbrio do ajuste (BANDEIRA, 2015, p.13).

O que se vê é que, de uma maneira geral, as partes têm - devem ter - a liberdade para gerirem da melhor maneira que entenderem os riscos associados ao negócio que pretendem encetar. Em determinadas situações, será mais conveniente, do ponto de vista econômico, permitir a formação de um contrato incompleto, sem a distribuição de todos os riscos envolvidos, em virtude do custo para a obtenção das informações em jogo. Já em outras, o processo se desenvolverá de modo distinto, esforçando-se as partes por definirem de antemão os riscos envolvidos na execução do projeto.

Sumariando esse contexto, Paula Greco Bandeira afirma o seguinte:

Deste modo, como se verá, existem, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas voluntárias de gerir a álea normal dos contratos: (i) a gestão positiva, por meio da alocação de riscos econômicos previsíveis segundo as cláusulas contratuais; e (ii) a gestão negativa, por meio do contrato incompleto, no qual, voluntariamente, as partes não alocam *ex ante* o risco econômico superveniente, de natureza previsível, cujas perdas e ganhos econômicos serão distribuídos posteriormente, diante da verificação de determinado evento, mediante o preenchimento da lacuna contratual, de acordo com os critérios definidos *ex ante* (BANDEIRA, 2015, p. 14).

Ambas as teorias econômicas, de Williamson quanto à integração (forma de organização) como instrumento para a superação dos custos de transação, quanto de Grossman e Hart, sobre a possibilidade de negociação dos direitos pós-contratuais (residuais), podem ser enquadradas nos diferentes arranjos contratuais de obra pública existentes.

Esses modelos levam em consideração as circunstâncias físicas, econômicas e sociais do momento da contratação. O risco é um dos principais elementos, mas que também deve ser sopesado com os objetivos da Administração em termos de qualidade, quantidade e prazo. Gian Luigi Albano, Giacomo Calzolari, Federico Dini, Elisabetta Lossa e Giancarlo Spagnolo (2006, p. 82) explicam o seguinte:

Existem vários tipos de contratos e muitas dimensões ao longo do qual os contratos aparentemente semelhantes diferem, de modo que a escolha da estratégia de contratação certa nem sempre é fácil para um comprador. E uma má escolha de contrato pode ter consequências muito negativas para um comprador em termos de custo e qualidade da oferta. No entanto, os economistas e profissionais concordaria em considerar a flexibilidade do contrato, os incentivos para a qualidade e redução

de custos, e a atribuição dos riscos como as dimensões mais importantes que influenciam a escolha do comprador (ALBANO *et al*, 2006, p. 82).

Os mesmos Autores (2006, p. 86) dividem os modelos em três grupos: (i) preço fixo; (ii) de reembolso ou *cost-plus*; e (iii) de incentivos:

A prática de contratos distingue três grandes categorias de contratos: preço fixo, reembolso de custo ou *cost-plus*, e contratos de incentivo (as formas mais usadas são os preços e contratos de incentivo fixo). Muitos contratos são de fato uma combinação das três grandes categorias, especificando incentivos em alguns aspectos e preços fixos sobre outros, e combinando tipos de contrato, a fim de adaptar o contrato com a circunstância específica enfrentada pelo comprador (ALBANO *et al*, 2006, p. 82).

O preço fixo impõe a alocação dos riscos ao contratado, pois existe, em tese, um limite para o valor contratual. Nesse formato, a qualidade pode ser reduzida, já que o contratado se apropria do montante economizado.

O segundo modelo, por outro lado, traz uma forma de elidir por completo o risco do contratado, vez que o mesmo é remunerado pela alteração. Por isso, os contratos de reembolso caracterizam-se pela falta de incentivo para a redução dos custos, na medida em que o contratado não terá qualquer prejuízo, como ocorre na empreitada por preço unitário. O modelo de reembolso pode servir ainda de incentivo contrário, na hipótese da remuneração ser uma porcentagem do valor contratual. Essa última vertente específica não foi adotada no Brasil, tendo em vista o veto Presidencial sobre a obra por administração, que seria incluída no art. 6º, VIII, “c” da Lei nº 8.666/93.

O terceiro tipo, de incentivos, procura ser um meio termo entre os dois. A Administração assume que deve reembolsar os riscos alocados ao contratado, mas o faz de forma limitada. É normalmente incluída, sobre o orçamento inicial, uma margem maior de aceitabilidade do montante da proposta, mas que, ao final do contrato, pode não ser o suficiente para repor todos os riscos ocorridos. Os licitantes disputam o contrato com essa reserva de contingência incluída, sobre o qual o valor do desconto do lance vencedor pode ser inclusive superior, ou seja, a menor proposta, a vencedora do certame, pode aplicar um desconto que simplesmente ultrapasse o valor do risco que a Administração estaria disposta a pagar. Além disso, pode ser instituída remuneração variável conforme critérios de desempenho. Porém, deve haver maior preocupação com a qualidade, pois o projeto é muito incompleto.

O ordenamento jurídico brasileiro, como será estudado a seguir, acolheu, de certa forma, as três espécies, tendo como representantes principais o *tradicional* contrato de obra pública, regido pela Lei nº 8.666/93, cujo projeto não é de autoria do contratado para a execução da obra, e a contratação integrada, prevista no Regime Diferenciado de Contratação

(art. 8º, V da Lei nº 12.462/11), que cuida-se de espécie de *package contract* (NOBREGA, 2015, p. 1.222) no qual se contrata um pacote completo de projeto e execução.

Cada modelo possui vantagens e desvantagens segundo as realidades que pretendem enfrentar. O primeiro impõe a prévia elaboração de um projeto sob a responsabilidade da Administração pública, que, destarte, assume, em regra, tal contingência. O segundo prevê a elaboração do projeto pelo contratado, que deve avocar os riscos daí decorrentes. O primeiro é indicado para obras mais simples; o segundo, para obras complexas de infraestrutura. De toda sorte, deve-se ter em mente que “você recebe por aquilo que você paga” (BAJARI; TADELIS, 2006, p. 128). Dessa maneira, cabe à Administração estudar o caso concreto e, principalmente, fundamentar a sua decisão sobre a escolha do modelo e seus incentivos a partir de bases sólidas e comprovadas⁴¹.

A teoria dos contratos incompletos é importante para entendermos que o preço deixou de ser o único referencial de informação no que diz respeito a contratos mais complexos. O valor do contrato por si só não passa o conhecimento necessário para cumpri-lo e nem para caracterizá-lo integralmente. Ao contrário da compra de uma revista na banca de jornal, o preço, isoladamente, não reflete o objeto contratual e, portanto, não pode servir como mecanismo para o controle da sua alteração sem que se perquiram outros fatores que serão adiante abordados. Como explica José Vicente Santos de Mendonça:

O Poder Público não possui domínio epistêmico total sobre a realidade. A informação é sempre mais complexa do que qualquer tentativa de instrumentalizá-la. Hayek observava que mesmo os sistemas de preços, que são sistemas de transmissão de informação em regra mais eficientes do que governos – pois possuem como motivador o autointeresse das pessoas – não conseguem transmitir certo tipo específico de informação, que é única a cada pessoa, prática e bastante dispersa. Podemos chamá-la de informação derivada do *know-how*. Sistemas de preços são bons para transmitir informações como ‘houve safra recorde de uva no sul do Brasil’, mas são incapazes de transmitir informações da espécie ‘como se produz o tradicional vinho do vinhedo Frombrauge’ (MENDONÇA, 2014, p. 416).

Passamos, então, a aplicar as ideias econômicas estudadas a diferentes modelos de contrato de obra pública, tendo como referência a autoria do projeto de engenharia, a alocação dos riscos e os limites de alteração qualitativa.

⁴¹ É muito interessante notar a existência de tese completamente oposta à defendida pela atual tendência brasileira sobre licitações e contratos. Bajari e Tadelis expõem que, para obras complexas, o ideal seria a contratação sem a realização de licitação, com negociação direta e a partir do modelo do reembolso (custo unitário). Isso porque: (i) os custos de transação para a realização da licitação são elevados; (ii) não há grande concorrência, pois existem poucas empreiteiras especializadas nesses empreendimentos; (iii) os contratos são incompletos e de qualquer forma devem ser posteriormente negociados (BAJARI; TADELIS, 2006).

2 DAS DIFERENTES ESPÉCIES DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA, DOS RISCOS E DA EVENTUAL NECESSIDADE DE SUA ALTERAÇÃO

Contrato administrativo é o ajuste que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público. (DI PIETRO, 2014, p. 263).

O contrato de obra pública é definido pelo art. 6º, inc. I da Lei nº 8.666/93 como aquele que tem como objeto a construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta⁴².

O tradicional contrato de obra pública foi originalmente elaborado com o fim específico de obtenção do menor preço na licitação. A ideia diz respeito a um projeto acabado que deveria ser levado ao certame, cujo orçamento seria público, sendo objeto de disputa pelos interessados em um mesmo nível de conhecimento, em tese total, de modo que a concorrência seria perfeita, tal como ocorre com a aquisição de um simples bem, sem outros custos envolvidos para a obtenção de informações, posto supostamente desnecessárias para a fiel execução do pactuado⁴³.

Com o aumento das necessidades sociais e a tecnologia, o investimento em infraestrutura passou a demandar empreendimentos complexos que, por sua vez, levaram ao desenvolvimentos de novos formatos contratuais.

A própria Lei nº 8.666/93, em seu art. 10⁴⁴, disciplina quatro regimes de execução diferentes: as empreitadas por preço global⁴⁵, unitário⁴⁶ e integral⁴⁷ e a tarefa⁴⁸. Além desses,

⁴² Lucas Rocha Furtado traça parâmetros para diferenciar a obra de serviço: “O critério atualmente adotado para distinguir esses dois contratos (obras e serviços) é o da verificação da tangibilidade, da materialidade de seu objeto. Será obra o contrato que crie nova materialidade, o mesmo não sendo verificado nos serviços. Assim, no caso de um edifício que necessite ‘reforma’, como será criado novo aspecto material, será licitada e contratada a execução de obra. Ao contrário, na conservação (serviço), não será criado nenhum aspecto material visualmente novo” (FURTADO, 2001, p. 314)

⁴³ Talvez esse conceito oitocentista seja derivado do contrato de obra pública existente no Direito Romano, no qual a empreitada tratava-se de uma mera locação de mão-de-obra, regida pela *locatio-conductio*, que correspondia a um contrato consensual, sinalagmático e de boa fé em que uma pessoa se obrigava a atribuir o gozo temporário de uma *res* ou a prestar serviços ou a realizar uma obra, tendo como contrapartida o pagamento de um preço. Por alguns séculos, com o domínio do direito canônico, não houve regulação específica sobre a contratação de obra, até que, no século XIII as *Siete Partidas* - conjunto de leis elaboradas em Castela no reinado de Afonso III (1252-1284) que podem ser consideradas como um renascimento da influência do Direito Romano na Europa medieval – fizeram referência a obras realizadas a *destajo*, que se tratava de um compromisso de realização de uma atividade por cujo pagamento (segundo o arbítrio dos homens-bons) seria uma *merces*, seja por toda a obra, seja por cada um dos dias de duração da mesma (ALBUQUERQUE, 2013, p. 595-622). As *Siete Partidas* tiveram grande influência sobre as Ordenações Manuelinas e Filipinas em Portugal, assim como em toda a Europa continental, e, posteriormente, no Brasil.

⁴⁴ “Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas:

I - execução direta;

foi introduzido pela Lei nº 12.462/11, que dispõe sobre o Regime Diferenciado de Contratação - RDC, a contratação integrada⁴⁹ e, especificamente sobre a Petrobras, deve ser mencionado o Decreto nº 2.745/98.

Até alguns anos atrás, não se considerava grande diferença entre os regimes de execução previstos na Lei nº 8.666/93, de modo que todos poderiam ser interpretados como integrantes de um tradicional contrato de obra pública, visto que licitados tendo como base um projeto o qual, em regra, cumpriria ser o mais completo possível, mas que poderia ser alterado, cuja responsabilidade pela elaboração era sempre da Administração Pública, a quem os riscos seriam alocados, em sua imensa maioria⁵⁰. Porém, com recentes precedentes do TCU, a edição do Decreto nº 7.983/13 e novos estudos doutrinários, não é mais possível agrupá-los em uma mesma espécie.

Uma das principais características dessas empreitadas é a necessidade de preparação de um projeto básico prévio à licitação, que não pode ser elaborado pelo mesmo contratado para a execução da obra⁵¹. O legislador buscou um modelo no qual houvesse incentivo para a diminuição do preço na licitação, pois, em tese, os licitantes competiriam em igualdade de condições por um produto pronto e acabado.

II - execução indireta, nos seguintes regimes:

- a) empreitada por preço global;
- b) empreitada por preço unitário;
- c) (Vetado).
- d) tarefa;
- e) empreitada integral.

Parágrafo único. (Vetado)."

⁴⁵ Assim definida pelo art. 6º, VIII, "a" da Lei nº 8.666/93: "quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total".

⁴⁶ Assim definida pelo art. 6º, VIII, "b" da Lei nº 8.666/93: "quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas".

⁴⁷ Assim definida pelo art. 6º, VIII, "e" da Lei nº 8.666/93: "quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada".

⁴⁸ A tarefa (art. 6º, VIII, "d") é a alocação da mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais. Diante da não utilização prática, não será abordada no presente trabalho.

⁴⁹ Nos termos do art. 9º, § 1º, a "contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto".

⁵⁰ No próximo tópico será demonstrado que essa é a realidade da Administração Pública brasileira. No entanto, atualmente, com a edição do Decreto nº 7.983/13 e retirada do tema das últimas LDO's, não há mais impedimento legal para que se possa elaborar matriz de risco com a alocação do risco do projeto ao particular nos contratos celebrados com base na Lei nº 8.666/93.

⁵¹ "Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
(...)"

O TCU estabeleceu uma série de diferenças entre os regimes da empreitada por preço unitário e global no Acórdão nº 1.977/13:

11. De acordo com a Lei 8.666/1993, utiliza-se a empreitada por preço global quando se contrata a execução da obra ou serviço por preço certo e total. Esse regime é indicado quando os quantitativos dos serviços a serem executados puderem ser definidos com precisão. Por isso, pressupõe uma definição minuciosa de todos os componentes da obra, de modo que seus custos possam ser estimados com uma margem mínima de incerteza. 12. O artigo 47 da Lei 8.666/1993 exige que, nas contratações por preço global, a Administração disponibilize, junto com o edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto licitado. Em outras palavras, deve haver projeto básico com alto grau de detalhamento, com o objetivo de minimizar os riscos a serem absorvidos pela contratada durante a execução contratual, o que resulta, por conseguinte, em menores preços ofertados pelos licitantes. A contratada poderá arcar com eventuais erros ou omissões na quantificação dos serviços, situação em que, em regra, não teria direito a aditivos contratuais de quantidades em caso de quantitativos subestimados por erro que pudesse ter sido detectado durante o processo licitatório. 13. Na empreitada por preço global, a remuneração da contratada é feita após a execução de cada etapa, previamente definida no cronograma físico-financeiro. As medições de campo das quantidades realizadas devem ser precisas apenas o suficiente para definir o percentual executado do projeto. Essa particularidade facilita a fiscalização da obra, já que esse critério de medição não envolve necessariamente o levantamento preciso dos quantitativos dos serviços executados.

Além disso, o Decreto 7.983/13 (art. 13 e art. 14⁵²), que estabelece regras e critérios para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia com recursos dos orçamentos da União, diferenciou os dois regimes de tal maneira que, de certa forma, separou-os, aproximando a empreitada por preço global da empreitada integral em um grupo

⁵² Art. 13. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral, deverão ser observadas as seguintes disposições para formação e aceitabilidade dos preços:

I - na formação do preço que constará das propostas dos licitantes, poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles obtidos a partir dos sistemas de custos de referência previstos neste Decreto, desde que o preço global orçado e o de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato, observado o art. 9º, fiquem iguais ou abaixo dos preços de referência da administração pública obtidos na forma do Capítulo II, assegurado aos órgãos de controle o acesso irrestrito a essas informações; e

II - deverá constar do edital e do contrato cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto que integrar o edital de licitação e as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares do projeto não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato, computando-se esse percentual para verificação do limite previsto no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Parágrafo único. Para o atendimento do art. 11, os critérios de aceitabilidade de preços serão definidos em relação ao preço global e de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato, que deverão constar do edital de licitação.

Art. 14. A diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.

Parágrafo único. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço unitário e tarefa, a diferença a que se refere o caput poderá ser reduzida para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em casos excepcionais e justificados, desde que os custos unitários dos aditivos contratuais não excedam os custos unitários do sistema de referência utilizado na forma deste Decreto, assegurada a manutenção da vantagem da proposta vencedora ante a da segunda colocada na licitação.

diverso da empreitada por preço unitário⁵³. Isso porque o contratado deve manifestar concordância com os termos do projeto - assumindo, pelo menos aparentemente, muito mais riscos do que na empreitada por preço unitário - o qual somente pode ser modificado em até 10%⁵⁴. Esse limite também passou a ser aplicado à empreitada integral. Além disso, o reequilíbrio econômico-financeiro ficou restrito, pois a diferença entre o valor contratado e o de referência do orçamento levado à licitação em hipótese alguma poderá ser diminuído, o que não ocorre com a empreitada por preço unitário⁵⁵. Por isso, não há dúvidas quanto à necessidade de um projeto muito mais completo do que anteriormente se entendia, com chances mínimas de alteração e, ainda, com grande parte do risco alocado ao contratado.⁵⁶

O TCU⁵⁷ já tratou a empreitada integral como sendo a mesma forma contratual denominada em outros países de EPC (*Engeneering Procurement Construction*). Esse contrato, quando assume a forma de preço global (fixo⁵⁸), é denominado por parte da doutrina de *Turn-Key Lump Sum*:

Os contratos do tipo *Turn-key Lump Sum* englobam o fornecimento integral do projeto executivo, dos materiais e equipamentos e da construção, montagem e colocação em operação por um único fornecedor e seu preço é global. Esses contratos são instrumentos crescentes utilizados por empresas para implantar grandes projetos. Regulam a forma de contratação, o preço é fixo e previamente estabelecido, os prazos (data de entrega da obra) predefinidos, bem como as condições técnicas e de performance. A proprietária (contratante) transfere para contratada (chamada epecista) os riscos e a responsabilidade da entrega do objeto

⁵³ De acordo com Paulo Ernesto Pfeifer Santa Maria: A diferença fundamental entre o regime de preço unitário e o de preço global é que no primeiro são empregados menos recursos na fase de planejamento e mais na fase de fiscalização. Já no regime de preço global deveria ocorrer justamente o contrário” (SANTA MARIA, 2011, p. 74).

⁵⁴ Esse limite, registre-se, foi estabelecido na LDO 2011 (Lei nº 12.309/10, art. 127, § 6º, III) e depois repetido nas LDO's 2012 (Lei nº 12.465/11, art. 125, § 6º, III) e 2013 (Lei nº 12.709/12, art. 102, § 6º, III).

⁵⁵ Essa mudança parece não ter chamado ainda a atenção da doutrina, possivelmente porque os aludidos regimes de execução não são usualmente adotados. Porém, cabe aqui uma reflexão: será que o Chefe do Poder Executivo poderia diminuir o limite previsto no art. 65 § 1º da Lei nº 8.666/93 por Decreto? Pensamos que sim. Isso porque, a elaboração do projeto básico a partir da escolha do regime de execução refere-se a questões contratuais estabelecidas pela Administração, mas não impostas ao Administrado, que, ao não aceitar, pode deixar de celebrar o contrato. Por isso, o Decreto nº 7.983/13 decorre do poder regulamentar autônomo do Presidente da República, nos termos do art. 84, VI, “a” da Constituição da República. Não vemos problema quanto à Lei nº 8.666/93 dispor sobre o tema, pois nos filiamos à corrente que defende a preferência da lei, melhor explicada no quarto capítulo.

⁵⁶ É provável o surgimento de inúmeros conflitos em relação à alocação do risco do projeto nas empreitadas por preço global e integral ao contratado. Não há critério específico para elaboração de matriz de risco e de pagamento de taxa de risco. Por exemplo, questões geológicas, de fundamental importância, não foram abordadas. Assim, por exemplo, no caso de sondagem indevida, qual seria a responsabilidade do contratado? Ele deveria ter assinalado essa deficiência antes de celebrar o contrato? Provavelmente, a questão será decidida pelo Poder Judiciário.

⁵⁷ Acórdão nº 2.369/2006. Perceba-se que essa decisão é anterior ao Decreto nº 7.983/13.

⁵⁸ Existe a variável denominada *cost-plus*.

concluído na data contratual, em funcionamento e com a performance estabelecida no contrato (GÓMEZ et al, 2006, p. 10)⁵⁹.

A intenção legal volta-se para a entrega de um bem que deverá ser operado e que possui caráter de continuidade⁶⁰. No Brasil⁶¹, não é muito utilizada, com exceção da Petrobras para obras de montagem industrial, provavelmente pelo desconhecimento da sua formatação contratual e justamente pelo entendimento sobre a necessidade de completude do projeto desenvolvido pela Administração Pública⁶², que assume esse risco.

Em relação à Petrobras e seu normativo, em recente decisão, o TCU⁶³ aproximou a empreitada integral à contratação integrada⁶⁴, tendo em vista o disposto no item 1.6 do

⁵⁹ Porém, para Júlio Schwartz e Álvaro Camargo, o EPC “Trata-se de um tipo de contrato bastante similar ao *Turn Key* (Chave na Mão). Esses dois tipos de contrato são tão similares que alguns autores consideram que eles são iguais (...) Os autores do presente texto entendem que existe uma pequena diferença entre esses dois tipos de contrato:

- O contrato *Turn Key* abrange as fases do projeto básico, projeto executivo, aquisições, fabricação dos equipamentos, construção das instalações, montagem dos equipamentos, comissionamento e posta-em-marcha (*start up*).
- O contrato EPC é similar ao contrato *Turn Key*, mas ele não inclui a responsabilidade do contratado em executar o projeto básico, que é do Contratante. Por outro lado, nem todo contrato EPC cobre a fase de posta-em-marcha (*start up*)” (SCHWARTZ e CAMARGO, 2014, p. 51).

⁶⁰ Segundo Marçal Justen Filho, “Outro aspecto fundamental reside em que o particular assume a atribuição de conceber a solução técnica mais satisfatória e adequada para obter os resultados predeterminados. Retornando ao exemplo da hidrelétrica, em contrato de empreitada integral, usualmente atribuirá ao particular o dever-poder de identificar a tecnologia mais apropriada para geração de energia. Há uma margem de autonomia mais ampla do que se passa na empreitada por preço global, a que corresponde uma margem de risco mais elevada” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 166).

⁶¹ Em outros países, no caso do EPC, não é necessário que o projeto seja completo, delegando-se ao particular o seu detalhamento. A AACEI (Association for the Advancement of Cost Engineering) possui uma metodologia, muito aceita no mercado, de divisão das fases crescentes de completude de elaboração do projeto, denominadas *fel* (*front-end engineering level*) dividida em cinco classes diferentes, sendo plenamente possível a licitação a partir da classe 2, na qual existe apenas uma definição de viabilidade de projeto, que pode ser entre +/- 20% (Disponível em: <http://www.aacetonoronto.ca/rewebsitesupdate/Lessons%20Learned%20on%20Estimate%20Classifications_r.pdf> Acesso em: 3 de jun. 2015). É interessante a crítica de Tadelis e Bajari sobre a contratação por preço global para a construção de bens que serão operados e que necessitam de muita tecnologia. Os Autores defendem que serviços complexos devem ser contratados sem licitação, por negociação direta e mais, contratados pelo sistema do *cost plus*. No caso de uma nave espacial que não conseguiu chegar a Marte por falhas no sistema, reproduziram a seguinte crítica de Liam Sarsfield, um analista sênior do setor: “A Nasa solicita ao mercado privado orçamentos pelo preço global fixo. O setor privado que constrói essas espaçonaves exóticas estão sendo instados a desenvolvê-las da mesma maneira que eu e você compramos um carro” (BAJARI e TADELIS, 2001, p. 404).

⁶² Em pesquisa no TCU, não verificamos muitas auditorias realizadas em contratos celebrados pelo regime de execução da empreitada integral. Podem ser citados os seguintes: Acórdão 254/2001 (construção de adutora e barragem pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento); Acórdão 2.369/2006 (metrô de Salvador); Acórdão 843/2007 (Zona Franca de Manaus), Acórdão 2.736/2009 (Rodoanel São Paulo) e Acórdão 974/2010 (ampliação do sistema de transmissão de energia elétrica de Manaus). Em todos, o TCU não concordou com a possibilidade de alteração do projeto por entender que, em sede de empreitada integral, o mesmo deve ser completo.

⁶³ Segue trecho do Acórdão nº 621/2015:

“Nesse contexto, ancorada na similitude e paralelismo valorativo entre as contratações integradas do RDC e os contratos EPC autorizados pelo Decreto 2.745/1998, a Secob-Energia intuiu, com argúcia, que muitos dos entendimentos desta Corte afetos ao RDC teriam a mesma aplicabilidade aos contratos da Petrobras e deveriam

Decreto nº 2.745/98, que permite a contratação para a execução da obra pelo mesmo autor do projeto básico de engenharia⁶⁵. Trata-se de grande diferença quanto ao *tradicional* contrato de obra pública previsto na Lei nº 8.666/93.

No que atine à contratação integrada, como a Administração apenas produz um anteprojeto⁶⁶, sendo que o projeto é feito pelo executor da obra, não há, em regra, necessidade de aditivos, realizados apenas em restritos casos. Maurício Portugal Ribeiro, Lucas Navarro Pinto e Mário Engler Pinto Junior explicam que a diferença entre o projeto e anteprojeto pode ser verificada em normas técnicas (como as da ABNT) e que o segundo possui detalhamento muito inferior⁶⁷. Nesse desenho, o risco do projeto é do contratado, que deve arcar com todas as alterações necessárias para a construção.

O risco repassado ao contratado deve ser remunerado, o que produz, em geral, um preço maior na fase de licitação, por meio da instituição de uma taxa de risco (ou reserva de contingência). Essa alocação onerosa de direitos pós-contratuais é feita através da instituição de uma margem de aceitabilidade de incremento além do preço total levado à licitação (o orçamento elaborado pela Administração Pública na contratação integrada, nos termos do art.

ser estendidos à estatal petroleira.

E, no que se refere a tais conclusões, manifesto integral aquiescência.

Como indigita a unidade técnica, em qualquer contratação integrada, o projeto licitado apresentará diferentes graus de maturidade: haverá parcelas bem definidas, com um nível de avanço similar ao que exige a Lei 8.666/1993, e outras pouco detalhadas, típicas de um anteprojeto de engenharia. Quanto maior a imprecisão do projeto, mais incertezas estarão associadas à execução da obra e, por conseguinte, maiores riscos serão contingenciados pelo construtor em sua proposta comercial; na via inversa, quanto mais pré-definida a solução de engenharia a ser adotada, tanto mais discriminado poderá ser o orçamento balizador da Administração e, em corolário, tanto mais atado estará o licitante ao ofertar os seus preços.

Todavia, na esteira dos mais recentes julgados do TCU sobre o RDC, não obstante os diferentes níveis de evolução que um anteprojeto pode possuir, é sempre recomendável exigir-se uma discriminação daquilo que está sendo contratado, amarrando-se as responsabilidades de ambas as partes em documentos hábeis a objetivar a distribuição dos riscos entre os contratantes”.

⁶⁴ O TCU criticou severamente a Petrobras por ter celebrado contratos sob a rubrica de EPC guardando para si a quase totalidade dos riscos em relação a obras extremamente complexas e com projetos deficientes.

⁶⁵ “1.6 Ressalvada a hipótese de contratação global (turn - key), não poderá concorrer à licitação para execução de obra ou serviço de engenharia pessoa física ou empresa que haja participado da elaboração do projeto básico ou executivo”.

⁶⁶ Art. 9º, § 2º, I da Lei nº 12.462/11:

“§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;

c) a estética do projeto arquitetônico; e

d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;”.

⁶⁷ “Observem que há grande diferença quanto ao grau de detalhamento entre anteprojeto e projeto básico, especialmente em relação às plantas, memoriais descritivos e estimativas de custos, que são detalhados no caso de projeto básico e preliminares no caso de anteprojeto” (RIBEIRO, PRADO e PINTO JUNIOR, 2012, p. 40).

6º da Lei nº 12.462/11, é sigiloso). O Decreto nº 7.581/11, que regulamenta a Lei nº 12.462/11 (RDC), dispõe o seguinte:

Art. 75. O orçamento e o preço total para a contratação serão estimados com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em contratações similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

§ 1º Na elaboração do orçamento estimado na forma prevista no caput, poderá ser considerada taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, devendo a referida taxa ser motivada de acordo com metodologia definida em ato do Ministério supervisor ou da entidade contratante.

§ 2º A taxa de risco a que se refere o § 1º não integrará a parcela de benefícios e despesas indiretas - BDI do orçamento estimado, devendo ser considerada apenas para efeito de análise de aceitabilidade das propostas ofertadas no processo licitatório.

No Brasil, apenas duas entidades promovem com frequência licitações de RDC contratação integrada, o DNIT e a INFRAERO. No caso do DNIT, foi instituída uma gerência de riscos, que, através de um procedimento de identificação e quantificação desses eventos previsíveis, consegue estabelecer uma reserva de contingência. A identificação é feita através de uma matriz de riscos e a quantificação por meio da análise numérica da probabilidade de ocorrência de cada risco com a captação de conhecimento e experiências pretéritas. O guia de gerenciamento de risco do DNIT assim explica:

No modelo desenvolvido, a análise quantitativa é baseada numa avaliação do impacto dos riscos no valor do empreendimento, por meio da Simulação de Monte Carlo. Para tanto, utiliza-se como informação inicial: a matriz de riscos, o orçamento estimado do empreendimento, dados históricos de revisão de projeto em fase de obras (aditivos) ou opinião de especialistas e referências teóricas. Objetiva-se, ao fim da análise, gerar cenários de risco com a respectiva probabilidade de ocorrência, de forma que possa ser definida uma reserva de contingência a ser utilizada em cada empreendimento (DNIT, 2013, p. 20).

Por fim, além desses modelos positivados na legislação brasileira, outros podem ser utilizados. O art. 42 da Lei nº 8.666/93⁶⁸ permite a utilização de formas contratuais presentes em modelos adotados por organismos internacionais que participem do financiamento da

⁶⁸ “Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. [...]”

§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior”. Entretanto, o TCU tem tentado restringir a sua aplicação, conforme noticiado no informativo nº 189/14: “O contrato de empréstimo internacional não pode estabelecer regras licitatórias conflitantes com a Constituição Federal, uma vez que os princípios constitucionais prevalecem sobre as normas dos organismos de financiamento”.

obra, como o BID e o BIRD. Essas instituições costumam possuir suas diretrizes próprias, que contém cláusulas padrão, mas, ao mesmo tempo, podem adotar outras, o que se convencionou a chamar de “International Construction Contract Law”⁶⁹, como explica Lukas Klee:

As formas de padrão internacional mais frequentemente usadas de contratos de construção são as FIDIC, o NEC3 e o Contrato ICC de Projetos Principais. Outras formas respeitadas incluem ENAA, IChemE e Orgalime (Grutters e Fahey, 2013). Vale a pena mencionar o VOB padrão alemão e o Padrão americano preparado pelo AIA por causa da sua longa tradição como uso estabelecido nas suas jurisdições. (KLEE, 2015, p. 1.107)⁷⁰.

Os novos formatos contratuais advindos nos últimos anos surgiram da percepção de que o *tradicional* contrato de obra pública, previsto na Lei nº 8.666/93, licitado a partir de um projeto supostamente o mais completo possível elaborado pelo contratante, não é adequado para determinados tipos de empreendimentos, especialmente de implantação de infraestrutura e montagem industrial⁷¹.

⁶⁹ A aplicação de regras oriundas de entidades internacionais é benéfica, pois proporciona a integração do Brasil no cenário de atração de investimentos e trocas, inclusive de informações. Segundo Lauro Gama Jr., “Em virtude da interdependência crescente entre os Estados, são múltiplas as iniciativas e esforços, no domínio do Direito Privado, de aproximação dos direitos, mediante a harmonização, unificação e uniformização jurídica. Tais esforços contemplam não apenas inúmeras organizações internacionais de natureza interestatal ou privada, situadas em diferentes regiões do globo, como também uma miríade de instrumentos, de direito material e conflitual, que se exprimem tanto na forma legislativa tradicional (convenções e tratados) como em formatos não-tradicionais (guias legais, leis-modelo, princípios etc.). O Brasil não se encontra alheio ao fenômeno da aproximação jurídica, estando plenamente reintegrado nos mais variados foros, como as CIDIPs, o UNIDROIT, a Conferência da Haia e a UNCITRAL, apenas para citar os mais relevantes em termos de direito internacional privado” (GAMA JR., 2006, p. 472).

⁷⁰ Sobre a FIDIC, explicam Rafael Marinangelo e Lukas Klee que “A importância das condições contratuais FIDIC para o mercado brasileiro é patente. Instrumento largamente utilizado por agentes financiadores internacionais, os padrões FIDIC estão sendo inseridos paulatinamente em nosso contexto negocial da área de infraestrutura. Contratos lançados no mercado pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP e pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM (para citar apenas dois exemplos), que envolvem financiamento estrangeiro, já estão utilizando, por imposição desses mesmos agentes, os padrões contratuais FIDIC [...]. As condições contratuais da *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (abreviação FIDIC) instituíram o padrão mais difundido de condições contratuais comerciais para serviços de construção no mundo atual. Esses padrões são, hoje, considerados o que há de melhor na prática internacional (*International Best practice documents*) e, por esse motivo, são cada vez mais apreciadas, em especial por investidores internacionais importantes que desejam ter os seus projetos lastreados em ‘regras de jogo’ previsíveis e comprovadas. A relevância das condições contratuais FIDIC pode ser atestada pelo último censo apresentado na conferência ‘FIDIC International Contract Users Conference 2010’, cujos resultados mostraram que mais de 50% de toda construção civil mundial submete-se ao regime FIDIC, percentual em crescente ascensão diante da disseminação de seu uso em países de língua portuguesa e da América Latina” (MARINANGELO e KLEE, 2014, p. 10 e 12). Ainda segundo Lukas Klee, o NEC (*New Engineering Contract*) foi publicado em 1993 pela Instituição dos Engenheiros Cívicos do Reino Unido e largamente utilizado para as obras da Olimpíada de Londres de 2012, o contrato padrão ICC (*International Chamber of Commerce*) possui uma forma muito popular de *TurnKey* (KLEE, 2015, p. 1116-1135).

⁷¹ Como todo o risco de projeto na Lei nº 8.666/93, com as ressalvas já feitas em relação à empreitada por preço global e integral, é assumido pela Administração Pública, o contratado não tem incentivo para apurar as falhas e inconsistências antes da celebração do contrato. Ademais, a barreira de comunicação entre o projetista e o executor causa muitos problemas de ordem técnica. Carl V. Limmer ilustra bem essa situação, criticando a elaboração do projeto por quem não o executa posteriormente, bem como a falta de fiscalização da Administração Pública: “Surtem daí as incompatibilidades de projeto, que só virão à tona na hora da execução, isto é, durante a obra. São tubos atravessando vigas ou cruzando lajes (onde certamente serão amassados,

Isso porque as alterações do projeto são inevitáveis e acarretam custos, o que torna o caminho para o recebimento da obra tortuoso, diante do quadro de incentivos constantes na Lei nº 8.666/93: o projeto é ajustado sabendo-se de antemão que será alterado, por detalhamento indicado pelo próprio contratado (na prática, o contratado desenvolve o projeto executivo) em ambiente no qual possui incentivo a maximizar seus ganhos, além de não ter estímulo para o cumprimento do cronograma físico-financeiro, pois será ressarcido dos custos adicionais, seja pelo reajuste, seja pelo reequilíbrio.

Assim, os novos formatos dizem respeito principalmente à elaboração do projeto e alocação dos riscos: nos modelos da Lei nº 8.666/93 busca-se o menor preço da licitação, enquanto que nos formatos de alocação de risco ao contratado, o norte é o resultado⁷².

Esses dois aspectos acarretam diferenças também quanto ao tratamento conferido em razão da natureza das alterações, cuja definição básica é conferida pela Lei Geral de Licitações e Contratos.

A Lei nº 8.666/93 dispõe que as alterações podem ser promovidas de forma unilateral ou por meio de acordo entre as partes:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

tornando-se inúteis como condutores); são pilares e vigas que formam nichos indesejáveis ou obrigam a um engrossamento de paredes; são cotas erradas que exigem um retrabalho, havendo até casos de inversão da planta em relação ao terreno” (LIMMER, 1997, p. 2).

⁷² RIBEIRO, PRADO E PINTO JUNIOR demonstram que essa modalidade de contratação pode reduzir os prazos em 32% até o início da obra (2012, p. 34). O Guia de Gerenciamento de Risco do DNIT explica que: “Em 2006, a Agência do Governo Federal Norte-Americano (FHWA, 2006) elaborou um relatório, cujo objetivo era aferir a efetividade do novo modelo de contratação – *design-build* (contratação integrada) – em obras de implantação, adequação da capacidade, restauração, túneis e pontes. Uma das conclusões do estudo foi de que a redução para a conclusão das obras foi de 14%, o custo dos projetos foi reduzido em 3% e a qualidade não apresentou ganhos significativos (...) A FHWA indica que a grande motivação para o uso da contratação do tipo *design-build* no lugar do tradicional *design-bid-build* (contratação do projeto, aprovação e posterior contratação da obra) é a possibilidade de se ter uma redução global no prazo de entrega do empreendimento pronto, ao se eliminar o segundo processo de contratação, que é a licitação da obra, reduzindo assim os erros de projetos e omissões, além de permitir a paralelização maior das atividades de projeto e construção, para as diferentes etapas do projeto. Quanto ao custo, a FHWA afirma ser mais difícil aferir os benefícios, porém destaca que uma maior eficiência no orçamento deverá ser percebida nos projetos do tipo *design-build*, dado que se permite que o contratado encontre maneiras mais eficientes de atingir os objetivos do projeto” (Disponível em: <<https://189.9.128.64/download/servicos/guia-de-gerenciamento-de-riscos-de-obras-rodoviarias/guia-de-gerenciamento-de-riscos-fundamentos.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 15).

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. [...]

O Inciso I divide a alteração unilateral em qualitativa e quantitativa. A primeira tem como objetivo a adequação técnica enquanto que a segunda é promovida com vistas a aumentar o volume do objeto licitado e contratado, por razões de conveniência e oportunidade, na medida em que poderia ser realizada de forma apartada e autônoma por meio de outro certame⁷³.

A alteração unilateral está inserida no grupo daquelas advindas de conduta da Administração Pública. Trata-se de prerrogativa conferida à contratante, em posição de superioridade ao particular, de conduzir o contrato conforme o interesse público. As cláusulas que viabilizam esse poder são consideradas exorbitantes⁷⁴, ou seja, não seriam comuns, ou até

⁷³ A alteração quantitativa possui certa natureza política, ainda que amparada na economicidade, pois propicia o aumento do contrato a partir da vontade do Administrador e não pela necessidade de adequação técnica.

⁷⁴ Renato José de Moraes (MORAES, 2001, p. 76) explica que a possibilidade de revisão dos contratos, por conta de alteração de quadro fático que serviu de base para a sua celebração, é adotada desde o Direito Romano através da cláusula *rebus sic stantibus*, apesar de não estar expressa no *digesto*. A sua aplicação no Direito Administrativo moderno foi inicialmente construída na França a partir de decisões do Conselho de Estado no sentido de garantir o equilíbrio econômico financeiro do contrato. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “O advento da primeira Guerra Mundial fez renascer o velho e salutar preceito contido na cláusula *rebus sic stantibus*. Reapareceu com roupagem nova, sob as vestes da ‘teoria da imprevisão’. Esforça-se em que a ocorrência de fatos imprevisíveis, anormais, alheios à ação dos contraentes, e que tornam o contrato ruinoso para uma das partes, acarreta situação que não pode ser suportada unicamente pelo prejudicado” (MELLO, 2014, p. 665). Caio Tácito ensina que “A norma foi elaborada, com admirável precisão, na jurisprudência do Conselho de Estado, a partir do aresto de 21 de março de 1910 (Compagnie Générale Française de Tramways), em que Léon Blum, como comissário do Governo, lançou a famosa parêmia, ainda hoje de trânsito usual na doutrina, da *equivalence honnête* entre as obrigações e direitos do concessionário” (TÁCITO, 1997, p. 202). Com o desenvolvimento da teoria do contrato administrativo, o regime de direito público e o conceito de cláusulas exorbitantes pelo mesmo Conselho de Estado, passou-se a entender possível a alteração pela vontade unilateral da Administração Pública, sem que houvesse uma causa imprevista extracontratual, sempre que necessário para proteger o interesse público, tratando-se esse poder estatal como *ius variandi*. Fernando Vernalha Guimarães cita que “Monedero Gil contrapõe a cláusula *rebus sic stantibus* como concepção da mutabilidade no direito civil ao *ius variandi*, figura do direito administrativo. Anota seus traços distintivos, apontando que o *ius variandi* não se fundamenta em razões de equidade, mas de satisfação permanente ao interesse público; não pode ser construído sobre razões subjetivas, mas advém de razões pragmáticas, e objetivas de interesse público; não se trata de cláusula *sobreentendida* passível de interpretação restritiva pelos tribunais, mas de uma faculdade administrativa” (GUIMARÃES, 2003, p. 36). Diogo de Figueiredo traz um conceito mais adequado ao atual entendimento de consensualidade e atuação subsidiária da Administração Pública, que não mais deteria a imperatividade marcadora do nascimento do Direito Administrativo: “A contratação, em franca expansão no mundo pós-moderno, como se enfatizou, necessita de flexibilidade, seja, indistintamente, a contratação privada ou pública, pois se espera que deva fazer face a desafios cada vez mais problemáticos de eficiência e segurança,

mesmo legais, em contratos celebrados entre particulares e, na legislação pátria, está expressamente prevista no art. 58⁷⁵ da Lei nº 8.666/93. Marcello Caetano, ao abordar essa espécie de alteração, leciona o seguinte:

Verifica-se, pois, que na verdade os textos conferem à Administração o direito de introduzir unilateralmente certas modificações no regime de prestações a fazer pelos particulares a quem esteja vinculada por contrato administrativo.

Qual o fundamento desse poder de ordenar unilateralmente tais modificações?

É que a Administração serve o interesse público e não pode exonerar-se do dever de procurar sempre os melhores processos técnicos e os meios materiais jurídicos de realizá-lo. O contrato administrativo inclui um pacto de colaboração de certo particular com a Administração para realizar o interesse público sob determinado aspecto (CAETANO, 1970, p. 558).

O inciso II, por sua vez, dispõe sobre a alteração bilateral, que sobrevém de acordo entre as partes e não pode ser imposta forçosamente ao contratado. Sua implementação negocial está próxima à seara dos contratos privados avençados pela Administração pública.

Ambas são formalizadas por meio da celebração de aditivos⁷⁶ e acarretam, ou não, repercussão no prazo e/ou no valor do contrato.

O art. 65 §§ 1º e 2º da Lei nº 8.666/93 instituiu a limitação objetiva de valor de 25% (ou 50% para reforma):

por isso não se justificando a manutenção de diferenças de tratamento jurídico entre ambas, porque esse descaso com a realidade ocorreria mais por inépcia que por inércia. Com essa perspectiva em mente, já em meu Curso deixou-se de consignar a expressão cláusulas exorbitantes, porque implicitamente evoca o caráter revocatório do Direito Privado e, destarte, a ultrapassada teoria que lhe atribuíra substantividade principiológica, preferindo-se utilizar expressões que se limitam a acentuar o seu assento legal ou mesmo contratual, como as que nele foram empregadas ao tratar da característica da instabilidade dos contratos administrativos, tais como as expressões cláusulas regulamentares e leis de serviço” (MOREIRA NETO, 2008, p. 571 e 592).

⁷⁵ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

[...]”

⁷⁶ A celebração de aditivos é determinada pelo art. 38 c/c art. 60, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.666/93, conforme entendimento do TCU em seu Manual de Orçamento de 2014: “É relevante enfatizar que o termo de aditamento deve ser celebrado previamente à execução dos serviços alterados, pois é nulo o contrato verbal com a administração pública (Lei 8.666/93, art. 60, parágrafo único) e, por óbvio, são nulas as alterações contratuais verbais e ilegais os pagamentos amparados em tais alterações. Além disso, o pagamento de qualquer despesa somente pode ser efetuado quando ordenado após sua regular liquidação, assim entendido o ato de verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito (art. 62 e 63 da Lei 4.320/64), isto é, no caso de obras públicas, tendo por base o contrato e o projeto para o qual a empresa foi contratada para executar (com suas alterações). Assim, a assinatura de contratos e/ou termos aditivos com data retroativa é inadmissível no ordenamento jurídico existente, pois a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial é condição indispensável para sua eficácia, devendo ser providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura”. Mas nem sempre é necessária a celebração do aditivo, conforme notícia veiculada no informativo 256 do TCU “As alterações realizadas em projeto de obra pública, com as consequentes modificações na planilha de quantitativos e quaisquer outras necessárias, devem ser registradas em termos aditivos, juntamente com as justificativas técnicas. Entretanto, não há necessidade de haver justificativas técnicas ou celebração de aditivos contratuais nos casos de alterações pontuais que não tragam reflexo nos quantitativos, nas especificações técnicas ou no dimensionamento dos serviços contratados” (Acórdão nº 2053/2015).

§ 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.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - (VETADO)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (BRASIL, 1993)

Nos contratos celebrados com fulcro na Lei nº 8.666/93, portanto, há limite de valor no que toca aos aditivos, pois todos, em regra, decorrem da vontade unilateral da Administração Pública.

Já quanto à contratação integrada do RDC, o art. 9º da Lei nº 12.462/11 dispõe que os aditivos somente poderão ser celebrados em razão de reequilíbrio econômico-financeiro originado de fatos extracontratuais – que não dizem respeito à vontade das partes – ou na hipótese de determinação da Administração Pública, desde que não decorrente de erro ou omissão do contratado, que é o autor do projeto. Isto é, nesses casos, a alteração surge pela conveniência e oportunidade da Administração, porém, sem que haja aumento do volume do objeto, na medida em que não há previsão de alteração quantitativa:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

No que concerne à Petrobras, as alterações são regidas pelo item 7.2 do Decreto 2.745/98, que dispõe o seguinte:

7.2 Os contratos regidos por este Regulamento poderão ser alterados, mediante acordo entre as partes, principalmente nos seguintes casos:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a alteração do valor contratual, em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, observado, quanto aos acréscimos, o limite de vinte e cinco por cento do valor atualizado do contrato;
- c) quando conveniente a substituição de garantia de cumprimento das obrigações contratuais;
- d) quando necessária a modificação do regime ou modo de realização do contrato, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

Perceba-se que não há limite de valor para as alterações qualitativas. As quantitativas têm o limite de 25% mantido, como na Lei nº 8.666/93, apenas em relação aos acréscimos.

Tabela 2 - tipos de contrato de obra pública

	Preço Unitário	Preço global	Empreitada Integral	Contratação Integrada	EPC Petrobras
Base normativa	Art. 10, II, “b” da Lei nº 8.666/93	Art. 10, II, “a” da Lei nº 8.666/93	Art. 10, II, “e” da Lei nº 8.666/93	Art. 8º, V da Lei nº 12.462/11	Item 1.6 do Decreto 2.745/98
Necessidade de projeto básico	Sim	Sim	Sim	Não (anteprojeto de engenharia)	Sim
Possibilidade de alteração do projeto (qualitativa)/ aplicação de limite objetivo de valor	Sim/Sim	Restrita/Sim	Restrita/Sim	Restrita/Sim	Irrestrita/ Não
Risco do projeto	Administração	Administração	Administração	Contratado	Administração

Fonte: Autoria própria.

Diante desse cenário, as teorias da Economia dos Custos de Transação, de Williamson, e dos contratos incompletos, de Grossman e Hart, acabam por ser aplicadas. Com arrimo na primeira, chega-se à conclusão de que o ideal, *em cenários de elevados custos de transação*, seria a execução da obra pelo mesmo contratado que elaborou o projeto. A segunda demonstra a eficiência da alocação do risco ao executor da obra.

As principais vantagens e desvantagens são as seguintes, quanto aos modelos da Lei nº 8.666/93 e a contratação integrada:

Tabela 3 - Vantagens e desvantagens da **Lei nº 8.666/93**

VANTAGENS	DESVANTAGENS
Possibilidade de obtenção de menor preço na fase de licitação	Gestão complexa entre projeto e executor da obra
Licitação para a obra com projeto em estágio avançado	Risco da Administração: grande possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro
Padrão de licitação mais simples: menor necessidade de precificação de risco	Necessidade constante de aditivo

Fonte: Autoria própria.

Tabela 4 - Vantagens e desvantagens da **Contratação Integrada** (projeto e risco assumidos pelo contratado)

VANTAGENS	DESVANTAGENS
Diminuição do prazo	Preço maior na licitação, na medida em que o contratado assume os riscos
A regra é a inexistência de aditivo	Qualidade pode ser inferior, pois o projeto é elaborado pelo contratado
Menor custo de gerenciamento pelo Administração	O contratado tem o custo para elaborar sua proposta

Fonte: Autoria própria.

Vale registrar que a escolha pela contratação integrada, nos termos do art. 9º da Lei nº 12.461/11 não pode ser subjetiva, à guisa da necessidade de comprovação da vantajosidade técnica e econômica em relação aos demais regimes contratuais. Nesse sentido, já se manifestou o TCU no Acórdão nº 1.510/13 – Plenário (julgado em 19/06/13, Rel. Ministro Valmir Campelo):

Assim, há de se verificar se o efetivo aumento no preço pago pela Administração decorrente dos riscos embutidos na proposta da contratada não é superior aos supostos benefícios econômicos alegados pela estatal.

Como estudado no tópico anterior, a Economia demonstra que em determinadas circunstâncias é benéfica a celebração de um contrato com um projeto incompleto, pois a busca de todas as informações é muito custosa. Além disso, não é possível trazer para o instrumento contratual todos os riscos envolvidos.

Por isso, para projetos mais complexos, o ideal seria a elaboração de matriz de riscos, alocado para a parte que melhor possa evitá-los e gerenciá-los. Nesse cenário, a contratação integrada passa a ser um modelo muito mais eficiente do que os previstos na Lei nº 8.666/93, que não regula *expressamente* a distribuição dos direitos pós-contratuais.

Como o contrato de obra pública previsto na Lei nº 8.666/93 não possui esses mecanismos para a superação dos custos de transação e, ao mesmo tempo, diante da impossibilidade prática de que tenha um projeto completo, o legislador de 1993 apoiou-se na limitação objetiva de valor para impedir o aumento financeiro indiscriminado do contrato, com a possibilidade de grave prejuízo ao Erário, conforme previsão expressa do art. 65 § 2º da Lei nº 8.666/93.

O mesmo limite de 25% imposto pelo art. 65 § 1º refere-se ao contratado, que poderia ter aumentado em muito seu lucro, violando-se o princípio da isonomia, ou até mesmo prejuízo, dependendo das suas condições comerciais. Em suma, o limite objetivo de valor tem como desígnio a proteção ao Erário e também do contratado.

2.1 DA MATRIZ DE RISCO NO SISTEMA DA LEI Nº 8.666/93

Antes de seguirmos, é importante explicar o motivo pelo qual consideramos que no tradicional contrato de obra pública regido pela Lei nº 8.666/93 não há na prática a possibilidade da instituição de um regime híbrido como a contratação integrada, através da alocação do risco do projeto ao contratado por meio do pagamento de uma “taxa” (extra) de contingência. Ou o risco é assumido pelo contratado (nas hipóteses de empreitada integral e preço global) pelo valor do orçamento teto baseado no preço da obra, ou o risco é reservado à Administração (empreitada por preço unitário).

A doutrina clássica aponta a alteração dos contratos administrativos como decorrência do surgimento de fatos associados à existência de três tipos de riscos, denominados de álea ordinária, econômica e administrativa (DI PIETRO, 1999, p. 255-256). A primeira é alocada

ao particular, por surgir da própria execução de sua atividade. A segunda advém de eventos extracontratuais que não dependem das partes, como caso fortuito ou de força maior. A terceira, proveniente da Administração Pública, pode ser dividida em: unilateral, fato do príncipe - atos de autoridade não relacionados diretamente ao contrato - e fato da administração - atos que impeçam ou dificultem a execução do contrato pelo particular.

Passando para o contrato de obra pública regido pela Lei nº 8.666/93, tem-se que as alterações emanam de causas estranhas à vontade das partes ou por culpa da Administração Pública contratante. Os riscos ordinários decorrentes da atuação do particular, como acidentes ou outros imprevistos próprios do ramo da construção, relacionados ao fornecimento de insumos, equipamentos e mão-de-obra, entre outros, são remunerados *ex-ante*⁷⁷ e, portanto, não ensejadores de aditivos.

Alexandre Aragão critica as dificuldades ocasionadas por esse modelo:

Essa divisão de riscos, se, em tese, parece clara, diante de exemplos concretos torna-se bastante nebulosa, com inúmeros casos em uma grande zona cinzenta intermediária, e a questão, no final das contas, acaba sendo definida pelo poder judiciário. Até que ponto, por exemplo, variações cambiais mais bruscas devem ser consideradas como fatos imprevisíveis? A partir de que variação? (ARAGÃO, 2013, p. 620).

Riscos devem ser considerados como eventos previsíveis, cujas consequências possam ser quantificadas, ou seja, está conectado à possibilidade de cálculo. Frank Knight, um dos primeiros a tratar do assunto neste nível, distingue o risco da incerteza:

A diferença prática entre as duas categorias, risco e incerteza, é que, na primeira, a distribuição do resultado num grupo de casos é conhecida (quer através do cálculo a priori, quer das estatísticas da experiência passada), enquanto no caso da incerteza isso não ocorre, em geral devido ao fato de que é impossível formar um grupo de casos, porque a situação que se enfrenta é, em alto grau, singular (KNIGHT, 1972, p. 249).

Normalmente, atribui-se ao art. 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro pelo advento de riscos:

[...] na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (BRASIL, 1993).

É possível perceber que esse dispositivo cuida de eventos que não dependem da vontade das partes, pois estão na seara de episódios extracontratuais. São fatos da natureza -

⁷⁷ Em relação às obras públicas contratadas com verba federal, o art. 9º, III do Decreto nº 7.983/13 trata dessa espécie de risco como um custo indireto, ou seja, que não pode ser apropriado como um valor fixo, mas apenas por uma porcentagem do valor da obra, devendo ser incluído como uma rubrica do BDI (benefícios e despesas indiretas) a ser lícitado, de modo que seu valor é quantificado anteriormente à contratação, e pago a cada medição.

como grandes tempestades - de terceiros - podendo ser mencionada a robusta mudança de preço de determinado insumo por alterações de mercado - ou mesmo da Administração, nesse caso não como parte do contrato, mas na função de Governo, como a desvalorização do Dólar frente ao Real. Na realidade, devem ser considerados como incertezas e não riscos, porque sobre eles não há previsibilidade por não seguirem qualquer padrão de ocorrência.

Por isso, filiamo-nos ao entendimento de Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Prado Navarro (2008, p. 121) de que a Lei nº 8.666/93 não dispôs expressamente sobre a alocação dos riscos contratuais.

Desse modo, em tese, nada impediria a realização de uma matriz de risco, ainda que sem previsão na Lei, deixando que essa contingência ficasse a cargo do contratado, tal como ocorre na contratação integrada regulada na lei do Regime Diferenciado de Contratação. O equilíbrio econômico-financeiro seria o cumprimento dessa cláusula contratual, nos termos do art. 37, XXI da Constituição da República (manutenção das “condições efetivas da proposta”) c/c art. 58, I e 65, § 6º⁷⁸ da Lei nº 8.666/93.

Contudo, aqui, novamente, é preciso separar as espécies de contrato de obra pública.

Como explicado, o Decreto nº 7.983/13 determinou que, em relação às empreitadas por preço global e integral, o contratado se manifeste no que atine ao projeto antes da contratação, dando a entender que passou a ser ele o responsável por esses riscos. Mas, por óbvio, ele somente o fará caso o projeto esteja muito completo.

Mesmo que não seja esse o alcance da lei, e levando-se em conta que é a empreitada por preço unitário o modelo usualmente adotado no Brasil, a realidade é a dos contratos previstos na Lei nº 8.666/93 sem matriz de risco formalizada, de tal maneira que a Administração, responsável pelo projeto, acaba arcando com tal ônus⁷⁹.

⁷⁸ “§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”.

⁷⁹ A suposta vantagem desse modelo é defendida por Marçal Justen Filho: “A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando inoressessem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargo será arcado pela Administração. Invés de arcar sempre com o custo de eventos meramente a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrer. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1013). Maurício Portugal e Lucas Navarro Prado comentam esse entendimento. A crítica, feita no que toca à concessão, tem também pertinência à empreitada: “O equívoco do Mestre paranaense, *data venia*, provém da indistinção, no plano das suas elaborações sobre o assunto, do sistema de distribuição do riscos (na qual cada parte arcará com as consequências, boas ou ruins, esperadas ou não, de cada evento) e da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, enquanto instrumento para adequada manutenção da partilha de

Entendemos que dois são os principais motivos para essa situação.

O primeiro diz respeito à impossibilidade de aplicação de taxa de risco às empreitadas regidas pela Lei nº 8.666/93. Nesse caso, seria preciso aumentar o limite de variação do orçamento de referência levado à licitação (é preciso lembrar que na Lei nº 8.666/93 o orçamento é público, elidindo a vantagem de se levar o risco à licitação, enquanto que no RDC os licitantes não sabem qual a margem de aceitação da Administração para essa rubrica), o que, a princípio, encontraria obstáculo no art. 40⁸⁰, X da Lei nº 8.666/93 c/c art. 3º e 4º do Decreto nº 7.983/13, que estabelecem como custo unitário os constantes dos sistemas de referência como o Sicro e o Sinapi^{81,82}, inexistindo a previsão da inclusão de outro fator além dos custos diretos e indiretos, pois a margem de variação é exclusivamente sobre o preço⁸³.

riscos originalmente pactuada. Esse equívoco é comum nos meios jurídicos, sobretudo nos influenciados pela mais clássica doutrina do direito administrativo francês, cuja interpretação corrente entre nós leva a dois erros, que produzem consequências gravosas para a eficiência da contratação e execução do contrato administrativo. O primeiro é a interpretação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro como um postulado ético-jurídico, desvinculada da sua justificativa econômico-jurídica. O segundo é a visão de que o equilíbrio econômico-financeiro se dá de maneira estática, pelo conjunto de prerrogativas e encargos do concessionário, sem se dar conta, muitas vezes, de que prerrogativas e encargos são, amiúde, atribuições de riscos. Essa visão estática da avença muitas vezes tem por efeito ressaltar os concessionários, ao longo da execução do contrato, de determinados riscos que eles assumiram claramente no contrato, precificaram na origem, cobraram nas suas propostas, e, por consequência de uma visão algo tradicional sobre a ideia de reequilíbrio econômico-financeiro, a conta (da ocorrência do sinistro relativo ao risco) retorna para o Poder Público e/ou para o usuário.” (RIBEIRO; PRADO, 2010, p.106).

⁸⁰ X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48.

⁸¹ Art. 3º O custo global de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

Parágrafo único. O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal - CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Art. 4º O custo global de referência dos serviços e obras de infraestrutura de transportes será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais aos seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema de Custos Referenciais de Obras - Sicro, cuja manutenção e divulgação caberá ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de infraestrutura de transportes.

⁸² A possibilidade de elaboração de matriz de risco para a Lei nº 8.666/93 ficou facilitada com a edição do Decreto 7.983/13, pois, tratando-se de regulamento, pode ser alterado com maior maleabilidade. Até o ano de 2013, a necessidade de que os custos unitários tivessem como limite o valor constante dos sistemas referenciais constava das leis de diretrizes orçamentárias. A última que tratou do assunto foi a Lei nº 12.709/12 (art. 102).

⁸³ Segundo Cláudio Altounian (2014, p. 73), preço “É a importância paga por um bem ou serviço na sua comercialização. Corresponde à soma dos custos diretos e indiretos, e do lucro da empresa fornecedora dos serviços”. O preço, por essa ótica, tal como previsto no sistema do RDC, não embutiria o risco expressamente de forma quantificada.

O segundo relaciona-se com a atratividade do mercado privado. Como exposto, em sede de contrato de obra pública regido pela Lei nº 8.666/93, o projeto básico é elaborado por contratado distinto (ou pela Administração Pública) do que executará a obra. Nesse cenário, a matriz de risco não é atraente, pois o contratado para a obra terá que se aventurar a assumir um projeto que não elaborou.

Outrossim, a Administração, mesmo que hoje quisesse, não conseguiria elaborar matriz de riscos. Os gestores públicos não foram treinados para um sistema tão sofisticado e não conhecem métodos para tanto⁸⁴. Seria necessário um longo período de aprendizado e verdadeira mudança de geração para que fosse implantada a cultura do risco e da contratação por resultado.

Em suma, apesar de possível, entendemos que o sistema de 1993 não está preparado para a elaboração da matriz de risco e que essa medida foi, na prática, inaugurada, quanto ao contrato de obra pública, com a contratação integrada. Por isso, é normalmente mantida a teoria das áleas, que atrai os riscos para a Administração, sem espaço para a alocação eficiente, ou seja, a distribuição para a parte que pode melhor lidar com tais eventos.

Desse modo, cabe estudarmos o que se entende por risco e projeto, na medida em que ambos são de responsabilidade da Administração Pública no modelo do tradicional contrato de obra pública previsto na Lei nº 8.666/93 e, destarte, fundamentais para se entender a função das alterações qualitativas e o porquê do seu limite de valor.

2.2 DAS ESPÉCIES DE RISCO DO PROJETO

⁸⁴ Nesse sentido, é importante a apuração do CONFEA de que 90% dos municípios brasileiros não possuem engenheiros efetivos em seus quadros (Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-02-21/chefe-da-cgu-atribui-irregularidades-em-obras-publicas-ma-qualidade-de-projetos-de-engenharia>>. Acesso em: 3 de jun. 2015). Mas é preciso exaltar a existência de um corpo técnico de vanguarda no DNIT, que consegue realizar licitações pelo regime do RDC com matriz de risco (Disponível em <<http://www.dnit.gov.br/download/servicos/guia-de-gerenciamento-de-riscos-de-obras-rodoviaras/guia-de-gerenciamento-de-riscos-fundamentos.pdf>>. Acesso em: 3 de jun. 2015), por meio da apropriação de conhecimentos pretéritos de casos semelhantes inseridos na fórmula de Monte Carlo, resultando na possibilidade de variação do valor global do orçamento levado pela autarquia federal à licitação, como já explicado anteriormente.

A literatura mais recente sobre as espécies de risco em projetos de infraestrutura é muito extensa⁸⁵. Por ora, em relação à obra pública, escolhemos comentar o entendimento do TCU consubstanciado no Acórdão nº 2.622/13 - Plenário, que estabelece cinco categorias.

Riscos de construção (i) são aqueles associados à atividade do contratado e, como explicado acima, são pré-fixados, remunerados *ex ante*, com a inclusão no BDI. Podem ser mencionados acidentes e problemas de desempenho com a mão-de-obra, como falta de treinamento, de gestão, com o consumo de materiais ou de produtividade dos equipamentos. Parte de tais contingências pode ser superada com a contratação de seguro comumente encontrado no mercado.

Riscos normais de projetos (ii) são aqueles que ainda permanecem após a conclusão da construção e decorrem da característica habitual da obra, como a qualidade dos materiais. São os defeitos que podem ser contornados com a garantia prevista nos arts. 69 e 73 da Lei nº 8.666/93.

Também são citados no aludido Acórdão erros de projeto (iii), relacionados a eventos que podem “decorrer de falhas de orçamento, omissão de serviços ou quantitativos insuficientes, especificações técnicas incompletas, imprecisão no cronograma de execução da obra, não previsão de interferências construtivas (redes elétricas, dutos subterrâneos etc.)”, dentre outras. Fernando Vernalha Guimarães admite a alteração do projeto em razão de falhas em sua confecção:

Quando a Administração celebra contratos administrativos e vale-se, em alguma medida, de sua autonomia pública (espaço discricionário) na missão de clausular condições contratuais, poderá, eventualmente, praticar *erros* e laborar em defeitos de previsão em relação a aspectos versados na avença e na formulação do projeto de contratação. Estes erros que se verificarem poderão ser considerados causas habilitantes do poder modificativo. Sabe-se que os contratos administrativos, por fundamentos já previamente firmados neste estudo, instrumentam a busca pelo interesse público primário. Refletem bens e serviços relacionados com o interesse coletivo, de forma que, evidenciada a incorreção de seu conteúdo, evidenciado está o mal-atendimento ao interesse público. Os erros objetivamente cometidos (erros de fato, erros materiais, erros técnicos ou simples erros de cálculo), ainda que culposa ou dolosamente (o que caracterizaria *desvio de poder*), por agentes públicos na feitura de cláusulas contratuais, e que produzam reflexos de razoável impacto no interesse público relativo significam prejuízos a toda uma coletividade de usuários e beneficiários. Seria extremamente penoso imputar à comunidade uma obra ou um serviço mal-planejados pela impossibilidade de modificar o contrato administrativo. (GUIMARÃES, 2003, p. 170)

Além desses, o TCU menciona os riscos associados a fatos da Administração, (iv) decorrentes de providências adotadas ou de omissões não imputáveis ao particular, como não

⁸⁵ Marcos Augusto Perez cita os seguintes quanto à concessão de serviço público: riscos econômico-financeiros, riscos técnicos, riscos jurídicos e riscos políticos (PEREZ, 2006, p. 152).

liberação do local da obra, não entrega das instalações existentes, riscos com a demora de desapropriação e licenças ambientais.

Por fim, segundo o Tribunal, existiriam ainda os riscos associados à álea extraordinária (v), sem relação com o contrato, que tratam de caso fortuito e força maior, como eventos da natureza.

De todos os mencionados, os que influenciam a alteração do projeto por decisão unilateral da Administração Pública são os denominados erros de projeto e fatos da Administração, pois é pacífica a inexistência de limite de alteração quanto às incertezas incluídas na álea extraordinária, visto que, como explicado, são materialmente imprevisíveis⁸⁶. Porém, discordamos da terminologia adotada pela Corte de Contas da União em relação aos primeiros.

O erro de projeto não deve ser confundido com a omissão intencional. O erro deve ser considerado uma falha grave quando inescusável, pois pode causar sérios prejuízos. Por exemplo, podemos mencionar a inclusão da porta de um auditório de madeira ao invés de uma porta acústica. O mesmo pode ser dito sobre a previsão no projeto básico de defensas metálicas incompatíveis com o nível da rodovia (tráfego, tipos de veículos, etc...) ou ainda a grama colocada nos acostamentos que, por ser incompatível com a iluminação de um local, pode refletir o sol indevidamente e causar acidentes. Esses itens terão que ser alterados durante a execução do contrato, sem que tenham sido parte do projeto orçado levado à licitação, ou seja, sobre eles não foi dada à Administração a oportunidade de se buscar o menor preço no momento apropriado. Tais erros são graves, porque se decidiu pela sua inclusão no projeto sem o devido planejamento, sendo que se sabia de antemão que não seriam executados, não porque seria mais custoso buscar informações sobre o material ideal, mas por desídia. Destarte, devem ser objeto de apuração rigorosa e, comprovado o prejuízo após a oportunidade do exercício do contraditório e ampla defesa, cumpre à Administração aplicar sanção aos responsáveis.

Por outro lado, a *omissão intencional* decorre do custo para a obtenção da informação. São espaços deixados por estimativas utilizadas para o conhecimento do objeto, necessárias para a licitação, mas que, como sabido pelas partes, não detalham fielmente o projeto. Os exemplos do quarto capítulo ilustrarão melhor o que foi dito.

⁸⁶ “Ora, essa tese é insustentável e indefensável. Não é possível estabelecer limite à recomposição da equação econômico-financeira. As alterações com fulcro no art. 65, II, “d”, serão feitas no limite em que se fizerem necessárias para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1050).

Tais omissões decorrem dos fundamentos explicados para a teoria dos contratos incompletos: custo para a busca de todas as informações necessárias para a elaboração do projeto e falta de conhecimento de todos os riscos envolvidos, diante da complexidade da obra.

O próprio TCU já se manifestou pela possibilidade de omissão não considerada como equívoco. Segue trecho do voto do Ministro Relator Benjamin Zymmler no Acórdão nº 1.608/15 - Plenário:

Sobre o assunto, penso que não é qualquer omissão ou modificação de itens contratuais que conduz à conclusão de que o projeto foi deficiente. A uma porque a própria Lei 8.666/1993 admite alteração contratual para melhor adequação técnica aos seus objetivos e para modificar quantitativamente o seu objeto, desde que seja atendido o limite fixado em seu art. 65; e a duas porque os projetos de engenharia possuem uma imprecisão intrínseca, de modo que é impossível a exata identificação de todos os seus elementos constitutivos.

Por isso, tais omissões, em cenário no qual a Administração assume o risco do projeto, sem que tenha sido elaborada matriz de risco, deve ser considerado fato da Administração. Essa alteração pode ser denominada *alteração qualitativa de omissão intencional*, não ocasionada por erro ou culpa, mas por verdadeiro dolo, que deve ser assumido no momento da elaboração do projeto básico.

O dolo, pelo menos eventual, decorre da intenção exteriorizada de não se buscar a integralização do projeto em fase anterior à contratação, ainda que tecnicamente viável, na medida em que a relação custo-benefício indicava que o mais eficiente era a atuação nesse sentido.

Ocorre que, como será tratado no quarto capítulo, essa conduta, para que seja considerada regular, deve ser comprovada através de um processo de tomada de decisão e, para tanto, devidamente regulada, pois, caso contrário, pode se tornar um erro gerador de grave prejuízo ao Erário.

2.2.1 Dos Requisitos para a Elaboração do Projeto Básico de Engenharia, Custos de Renegociação e comportamentos oportunistas

Verificado que em sede do tradicional contrato de obra pública o risco do projeto é alocado à Administração Pública, passa-se a demonstrar a complexidade da sua elaboração devido à quantidade de informações necessárias para a sua completude.

A indústria da construção possui qualidades singulares, como a necessidade de deslocamento para o local das obras, fragmentação em um grande número de habilidades

diversas em consequência do ambiente econômico, tecnológico e social, sendo um negócio no qual existem diferentes grupos envolvidos, como, por exemplo, construtores, projetistas, entidades de regulação, compradores e usuários das instalações construídas.

Toda essa complexidade deve ser inserida em um projeto, que possui características únicas. Segundo Carl Limmer:

Um projeto pode ser definido como empreendimento singular, com objetivo ou objetivos bem definidos, a ser materializado segundo um plano preestabelecido e dentro de condições de prazo, custo, qualidade e risco previamente definidas. Outra definição diz que projeto é o conjunto de atividades necessárias, ordenadas logicamente e inter-relacionadas, que conduzem a um objetivo predeterminado, atendendo-se a condições definidas de prazo, custo, qualidade e risco. Uma terceira definição caracteriza projeto como um conjunto de realizações físicas, compreendendo desde a concepção inicial de uma ideia até a sua concretização, traduzidas por um empreendimento em operação ou pronto para funcionar. (LIMMER, 1997, p. 9)

O Autor divide a vida de um projeto em quatro fases: concepção, planejamento⁸⁷, execução e finalização. A confecção do projeto de engenharia, ou plano de projeto, encontra-se na fase de planejamento:

O estágio de planejamento compreende o desenvolvimento de um plano de projeto que servirá de diretriz para a sua implementação, contendo desenhos, especificações de materiais, de equipamentos e técnicas de execução, cronogramas, orçamentos e diretrizes gerenciais. (LIMMER, 1997, p. 10).

O projeto de engenharia, na realidade, é a união de alguns projetos, que variam conforme a complexidade, natureza e porte da obra. O Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP entende, por exemplo, que uma obra rodoviária deve conter projetos de terraplanagem, drenagem, iluminação, proteção ambiental, pavimentação, sinalização, entre outros. Cada um, desde que cabível, deveria conter os seguintes documentos:

- Desenho: representação gráfica do objeto a ser executado, elaborada de modo a permitir sua visualização em escala adequada, demonstrando formas, dimensões, funcionamento e especificações, perfeitamente definida em plantas, cortes, elevações, esquemas e detalhes, obedecendo às normas técnicas pertinentes;

⁸⁷ Carl V. Limmer explicita as fases de planejamento de uma obra: “Já os empreendimentos de maior porte, os chamados projetos complexos, não podem ser levados a bom termo sem um planejamento formal. Tanto estes como, de modo geral, os projetos industriais, são executados obedecendo a esta sequenciação: o Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica; o desenvolvimento do Projeto de Engenharia Básico e, definida certa porção deste, o Projeto de Engenharia Detalhado para Execução; o Suprimento dos insumos necessários à materialização do projeto; e, finalmente, a Construção” (LIMMER, 1997, p. 2). O TCU inclui ainda os levantamentos preliminares e estudos de necessidade em seu Manual de Orientações para a Elaboração de Planilhas Orçamentárias (2014).

- Memorial Descritivo: descrição detalhada do objeto projetado, na forma de texto, onde são apresentadas as soluções técnicas adotadas, bem como suas justificativas, necessárias ao pleno entendimento do projeto, complementando as informações contidas nos desenhos;
- Especificação Técnica: texto no qual se fixam todas as regras e condições que se deve seguir para a execução da obra ou serviço de engenharia, caracterizando individualmente os materiais, equipamentos, elementos componentes, sistemas construtivos a serem aplicados e o modo como serão executados cada um dos serviços apontando, também, os critérios para a sua medição;

Além desses, o projeto como um todo deve conter:

- Orçamento: avaliação do custo total da obra tendo como base preços dos insumos praticados no mercado ou valores de referência e levantamentos de quantidades de materiais e serviços
- Cronograma físico-financeiro: representação gráfica do desenvolvimento dos serviços a serem executados ao longo do tempo de duração da obra demonstrando, em cada período, o percentual físico a ser executado e o respectivo valor financeiro despendido.

O projeto de engenharia é um elemento fundamental da obra, sendo um verdadeiro guia para a construção. É fácil perceber a necessidade da busca de muitas informações para a sua elaboração. Essas informações geram um custo elevado. O projeto executivo, considerado como final, pode variar entre 2% e 10% da obra. Essa é inclusive uma das razões para a incompletude do contrato. Como não há muitas linhas de crédito exclusivas para a elaboração de projeto, torna-se em geral mais barato incluir esse custo na obra, isto é, a elaboração do projeto executivo e seu custo passam a ser um serviço integrante da planilha da obra.

Vale lembrar ainda que esses requisitos não se repetem em sede de contratação integrada, pois incumbe à Administração Pública apenas a elaboração de um anteprojeto de engenharia.

O custo da elaboração do projeto básico não é somente aquele arcado na fase interna da licitação. Com a verificação da necessidade de celebração de aditivo durante a execução da obra, deve ser inaugurado um procedimento, que, no mais das vezes, é caracterizado pela demora decorrente da necessidade de conferência técnica. Essa renegociação, por si só, traz custos, que Bajari, Houghton e Tadelis (2011, p. 02) denominam de “adaptation costs”,

podendo ser os seguintes: (i) regateamento; (ii) disputa decorrente de conflito e; (iii) comportamento oportunista.

No primeiro caso, a inclusão de novos itens deve ser feita com base nos preços do contrato ou, nos termos do Decreto nº 7.938/13, dos constantes nas referências oficiais, como o Sicro e o Sinapi. Quando inexistente em algum deles, deve ser promovida cotação no mercado. Nesse caso, o contratado pode questionar os valores, entendendo que a cotação não retratou os seus custos efetivos, forçando a Administração a aceitar preços maiores.

Quanto ao segundo, a disputa, que pode ser judicial, por arbitragem ou administrativa (pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro) pode acarretar grave prejuízo, não somente pela demora, mas também por envolver a comprovação probatória. Normalmente, o contratado possui equipe técnica mais especializada do que a Administração Pública e poderá levar vantagem.

Quanto ao comportamento oportunista verificado em contrato de obra pública, a atuação da Administração Pública deve ser eficiente para evitar superfaturamento⁸⁸, grave irregularidade que gera enorme dano ao Erário. Algumas dessas irregularidades, referentes ao objeto da presente pesquisa sobre alteração do projeto, podem ser a seguir mencionadas.

Uma das formas mais tradicionais de superfaturamento é a inclusão de itens novos acima dos preços de mercado ou em quantidade ou qualidade indevidas ou a cobrança de não executadas.

O jogo de planilha é outra forma de superfaturamento. Ocorre da seguinte maneira: (i) o contratado, na fase de licitação, insere em sua proposta preço inferior ao de mercado para determinados itens e outros muito superiores, mas que, no total do preço ofertado, ao se compensarem, ficam abaixo do orçamento de referência elaborado pela Administração para a licitação.; (ii) a Administração, ao alterar o projeto licitado por conta de sua incompletude verificada no decorrer da execução, pode ter que aumentar o quantitativo dos itens supervalorizados e diminuir os subvalorizados; (iii) o novo valor contratual pode não ser mais vantajoso, seja porque acima do preço de mercado, seja porque outra proposta poderia ter ofertado o item com o quantitativo aumentado por preço inferior.

Uma terceira forma de superfaturamento decorrente de alteração contratual diz respeito à prorrogação injustificada do prazo contratual, pelo descumprimento do cronograma

⁸⁸ A diferença entre sobrepreço e superfaturamento é basicamente temporal e autoral. O primeiro ocorre na fase de orçamentação elaborada pela Administração Pública, resultando em valores acima dos de mercado que levaram à contratação por preço indevido. O segundo surge na fase de execução contratual e é promovido pelo contratado.

físico-financeiro constante do projeto, por culpa do contratado, o que leva ao pagamento de reajustes indevidos.

Por derradeiro, deve ser levado em conta também o investimento em fiscalização do contrato, especialmente na hipótese de empreitada por preço unitário, na qual o pagamento é feito em medições normalmente de períodos de 30 dias, enquanto que na empreitada por preço global, como visto, devem ser apurados, para fim de pagamento, os serviços executados por fases.

Por conta de todas essas questões, a governança – entendida como forma de superação dos problemas advindos da teoria da agência - e gerenciamento do contrato são fundamentais. A criação de mecanismos de controle sobre os atos dos administradores e dos contratados pode inibir a prática de condutas oportunistas, com a aplicação de técnicas de planejamento, transparência e prestação de contas, como defendido por Cláudio Altounian:

Governança, portanto, é o conjunto de princípios e práticas ou ferramentas de pressão, controle e gestão a serviço daqueles que não têm o controle direto sobre a execução, mas possuem interesse nos seus resultados e algum poder sobre os executivos, que têm, esses sim, controle direto sobre a execução das atividades de um sistema produtivo.

Assim, pensar a realidade das obras públicas com o olhar de governança é ver o empreendimento sob a ótica dos diversos interessados: o cidadão contribuinte, que têm o direito a informações sobre o uso das verbas públicas e à gestão honesta e eficiente; as empresas fornecedoras que fazem jus à licitação isonômica; e, principalmente, o público beneficiário do serviço ou da facilidade fornecida pela obra (ALTOUNIAN, 2014, p. 507).

A legislação brasileira prevê uma série de órgãos de controle, inclusive com certa sobreposição, que, por sua vez, a par da sua inegável importância, igualmente ensejam custos com a manutenção física das suas instalações e dos profissionais. Por isso, incentivos contratuais são importantes até mesmo diante da possibilidade de redução desses custos, especialmente no bojo do processo de celebração de aditivos.

A maioria desses custos pode ser evitada com a alocação do risco ao contratado. Porém, nas hipóteses nas quais o contrato não é completo e o risco é assumido pela Administração, o próprio modelo de incentivos do contrato não é capaz de evitar prejuízos. O limite de valor da alteração qualitativa, então, passa a ser um fundamental instrumento. O limite *per si* será o objeto do próximo capítulo.

3 DO LIMITE DE ALTERAÇÃO DE VALOR DO CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Como exposto, o tradicional contrato de obra pública regulado pela Lei nº 8.666/93 possui elevado custo de transação, sendo que as premissas descritivas extraídas das duas principais teorias econômicas existentes utilizadas para elidir essa situação não podem ser aplicadas: o projeto não é elaborado pelo mesmo executor da obra e os riscos são alocados à Administração, parte que possui menos conhecimento sobre como lidar com esses eventos.

Diante desse grave quadro de falta de incentivos, o limite da alteração qualitativa exerce função de suma importância para evitar o aumento de custo desmensurado.

No presente capítulo será tratada especificamente o limite de valor: a evolução história, da doutrina e do TCU, bem como apurados a sua função de limitação financeira-orçamentária, próxima ao da empreitada por preço global.

3.1 DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE O LIMITE DE ALTERAÇÃO DE VALOR EM DECORRÊNCIA DA ALTERAÇÃO UNILATERAL QUALITATIVA

No Brasil, a história da normatização das licitações e contratos nasce em 1922 com a edição do Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4.536, de 28/01/1922) e do Regulamento Geral de Contabilidade Pública (Decreto nº 15.783, de 08/11/1922). No início do sec. XX, não havia uma política nacional de contratações públicas e também não se falava em licitação, mas tão somente em “concorrências”. Nessa época, as normas jurídicas sobre contratações públicas eram vinculadas ao direito financeiro e não gozavam de autonomia em relação às finanças do Estado.

Os diplomas mencionados davam ampla margem de discricionariedade ao administrador para tomar decisões no caso concreto, pois a disciplina dos atos era concisa e não detalhava os trâmites processuais, de modo que era deixado aos editais fazer essa regulação. Desta forma, nesse período inicial, não havia nos diplomas qualquer preocupação com o planejamento das contratações, tampouco restrições às alterações desses contratos (ROSILHO, 2013).

Essa fase inicial de ampla liberdade da Administração Pública para contratar termina em 1967 com a aprovação do Decreto-lei nº 200. Sua edição tinha em mira a desburocratização do Estado Brasileiro, movimento iniciado em meados da década de 1950

que tinha como ideia a unificação dos procedimentos de compras governamentais em escala nacional.

Foi o Decreto-lei n° 200/67⁸⁹ que trouxe uma maior preocupação com o planejamento prévio à realização de obras, bem como com a alteração dos contratos em execução. O art. 139⁹⁰ exigia que a Administração Pública providenciasse anteprojetos e especificações prévias.

O Título XII do Decreto-lei n° 200/67, que tratava das normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações, foi revogado em 1986 com a edição do Decreto-lei n° 2.300, iniciando a terceira fase das licitações públicas no Brasil. Se antes as regras jurídicas se limitavam a tratar de procedimentos e requisitos essenciais das licitações, com o Decreto-lei n° 2.300/86 a regulação passa a ser mais abrangente e minuciosa, retirando da Administração Pública a ampla liberdade de decidir a melhor forma de contratar⁹¹.

Em que pese a preocupação com o planejamento prévio e com as alterações contratuais ter surgido no Decreto-lei n° 200/67, foi com o Decreto-lei n° 2.300/86⁹² que a questão passou a ser tratada com maior profundidade, com dispositivos muito semelhantes aos da legislação atualmente em vigor. O Decreto-lei n° 2.300/86 trouxe, no art. 5°, pela primeira vez na legislação brasileira, a distinção entre projeto básico e projeto executivo, sendo que o segundo poderia ser elaborado durante a execução da obra. Essa distinção foi mantida no diploma atual (Lei n° 8.666/93, art. 6°):

Decreto-lei n° 2.300/86

Art 6° As obras e os serviços só podem ser licitados, quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente, e contratados somente quando existir previsão de recursos orçamentários.

Art 8° Não poderá participar da licitação da execução de obra ou serviço:

[...]

§ 2° O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço, que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração. (BRASIL, 1986)

Lei n° 8.666/93

§ 2° As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

⁸⁹ É interessante notar que o art. 132 do Decreto-lei n° 200/67 fez referência aos regimes de execução das obras: preço global, unitário e por administração.

⁹⁰ "Art. 139. A licitação só será iniciada após definição suficiente do seu objeto e, se referente a obras, quando houver anteprojeto e especificações bastantes para perfeito entendimento da obra a realizar."

⁹¹ Já fizemos anteriormente remissão à expressão cunhada por André Rosilho de modelo maximalista.

⁹² No que concerne à obrigatoriedade de licitar, trazendo o tema para o campo constitucional, tem-se que a Constituição da República de 1988 foi a primeira a constitucionalizar as licitações e contratos, pois, anteriormente, o dever de licitar só era abordado pela legislação infraconstitucional. Trata-se do art. 37, inciso XXI.

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

[...]

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração. (BRASIL, 1993)

As alterações dos contratos administrativos foram tratadas pela primeira vez, de maneira abrangente, como norma geral para a Administração Pública, pelo Decreto-lei nº 2.300/86. Atualmente, encontram-se reguladas pelos art. 58 e 65 da Lei nº 8.666/93⁹³ e suas alterações posteriores. Chama atenção a semelhança existente entre o art. 48, I do Decreto-lei 2.300/86 e o art. 58, I da lei de 1993:

Decreto-lei nº 2.300/86

Art. 48. O regime jurídico dos contratos administrativos, instituído por este decreto lei, confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los unilateralmente para melhor adequação às finalidades de interesse público; (BRASIL, 1986)

Lei nº 8.666/93

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (BRASIL, 1993)

O mesmo ocorreu no que concerne ao art. 55 da legislação anterior e o art. 65 da atual. Percebe-se que a Lei 8.666/93, no § 1º, apenas acrescentou a palavra "atualizado", em consonância com a alteração da alínea "c" do inciso II. Desta feita, o valor inicial do contrato será sempre corrigido face à desvalorização da moeda, quando couber, o que significa uma garantia para o contratado.

Decreto-lei nº 2.300/86

Art. 55. § 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% do valor inicial do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos. (BRASIL, 1986)

Lei nº 8.666/93

⁹³ Sobre a origem da Lei nº 8.666/93, é interessante a lição de Carlos Ari Sundfeld: “A lei de 1993, filha do lobby de empreiteiras emergentes de obras públicas (isto é, de empresas médias, já atuantes no mercado público de obras de engenharia), regulamentou a disputa de modo a dificultar o acesso de empresas novas a esse mercado. Isso por que a lei exigiu a demonstração de experiência anterior em contratos similares como requisito básico para participar e não deu espaço para alternativas (como seria o oferecimento de garantias financeiras amplas pela empresa novata). De outro lado, a lei limitou as vantagens das grandes empresas, ao impor como regra o parcelamento de obras, de modo que pudessem ser atendidos vários fornecedores de porte médio. Ademais, a lei só previu procedimentos presenciais e com isso favoreceu certa regionalização da disputa pelos contratos, pela dificuldade prática de empresas de fora comparecerem pessoalmente aos atos dos processos. Por fim, empresas estrangeiras só podem participar quando o edital da licitação o permitir de modo expresse. Em suma, a lei de 1993 viciou o jogo em favor de empresas emergentes de atuação regional, que foram privilegiadas no acesso ao mercado de contratos administrativos” (SUNDFELD, 2012).

Art. 65. § 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. (BRASIL, 1993, grifo nosso)

Modificação importante para o presente estudo trouxe o § 2º do novo diploma legal, estabelecendo limites rígidos para os acréscimos ou supressões do § 1º, disposição essencialmente diversa do § 4º do art. 55º do Decreto-Lei nº 2.300/86, que dispunha como parâmetro, apenas, a alteração do objeto do contrato.

Decreto-lei nº 2.300/86

§ 4º No caso de acréscimo de obras, serviços ou compras, os aditamentos contratuais **poderão ultrapassar os limites previstos no § 1º deste artigo, desde que não haja alteração do objeto do contrato.** (BRASIL, 1986, grifo nosso)

Lei nº 8.666/93

§ 2º **Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:** (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - (VETADO);

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (BRASIL, 1993, grifo nosso)

Percebe-se, pois, que, enquanto no regime anterior era possível a ultrapassagem do limite de 25%, desde que não fosse alterado o objeto contratual, na lei de 1993 o legislador excluiu essa hipótese, pelo menos de forma expressa, o que gerou grande discussão na doutrina e no Tribunal de Contas da União.

É importante registrar, conforme informado no tópico acima, que a empreitada por preço global e a integral tiveram esse limite reduzido para 10% pelo art. 13, I do Decreto nº 7.983/13, quanto a obras realizadas com recursos da União. De todo modo, a elas podem ser estendidas as considerações tecidas a seguir, da mesma forma que as alterações promovidas pela Administração Pública – não pelo contratado - no âmbito do RDC. A exceção à legislação geral vigente – muito embora existam decisões contrárias do TCU – está no Decreto nº 2.745/98 (obras da Petrobras), pois o item 7.2 “a” não prevê limites para a alteração qualitativa (adequação técnica) do projeto, como exposto no segundo capítulo.

3.2 DA APLICAÇÃO DO LIMITE DE 25% PELA DOUTRINA

A questão da incidência do limite de 25% sobre as alterações qualitativas já era controvertida sob a égide da legislação anterior à Lei nº 8.666/93.

Em relação à previsão constante do Decreto-lei nº 2.300/86, é importante trazer à baila as considerações de Carlos Ari Sundfeld:

Calha, neste passo, apartar as noções de ‘dimensão do objeto’ e de ‘quantidade de serviços ou obras’ necessários à realização do objeto. Tome-se como exemplo um contrato para a pavimentação de 100 Kms de rodovia. O objeto do vínculo é identificável pela natureza da prestação (serviços de pavimentação) e por sua dimensão (em 100 kms de rodovia). Se a Administração estender a pavimentação por mais 10 Kms, estará alterando o objeto, por meio de ampliação. Se a encolher para 90 Kms, também modificará o objeto, via redução.

A execução do objeto contratual, na dimensão estabelecida, demanda certa quantidade de serviços. No exemplo cogitado, imagine-se haver sido prevista a realização de terraplanagem de 1.000 m³ para permitir a execução dos 100 Kms de pavimentação. Caso a adoção de nova técnica viabilize a execução dos mesmos 100 Kms de asfaltamento com movimento de apenas 800 m³ de terra, a quantidade de serviços poderá ser diminuída (de 1.000 m³ para 800 m³), sem qualquer alteração na dimensão do objeto (que persistirá sendo de 100 kms).

[...]

Posso agora sintetizar as condições em que, sem qualquer violação das normas constitucionais, os contratos administrativos admitem alteração, para acréscimo de quantidades, acima de 25% do valor original (ou 50%, no caso de reforma):

- a) deve-se tratar de contrato de obras ou serviços;
- b) a alteração há de ser feita por acordo de vontades;
- c) não pode haver mudança na natureza da prestação prevista no contrato;
- d) não pode haver ampliação da dimensão do objeto contratado, mas apenas aumento da quantidade de trabalhos necessários à sua cabal execução.
- e) Os trabalhos a serem acrescidos devem ser motivados por dificuldades de ordem técnica não previstas e razoavelmente imprevisíveis desde o início;
- f) Os novos trabalhos devem ser necessários e indispensáveis à completa execução do objeto original do contrato. (SUNDFELD, 1993, p. 156).

Desse modo, no regime anterior à Lei nº 8.666/93, havia o entendimento de que era possível a ultrapassagem do limite de 25%, desde que devido a circunstância não conhecida ou que não fosse possível conhecer antes da contratação e que o objeto não fosse alterado⁹⁴.

Ainda que a Lei nº 8.666/93 tivesse deixado de prever expressamente essa possibilidade, parte da doutrina vislumbrava a hipótese de não aplicação do limite de 25% nos casos de aditivo qualitativo, entendendo que a limitação voltava-se às alterações quantitativas, como entendia Caio Tácito:

As alterações qualitativas, precisamente porque são, de regra, imprevisíveis, senão mesmo inevitáveis, não têm limite preestabelecido, sujeitando-se a critérios de razoabilidade, de modo a não se desvirtuar a integridade do objeto do contrato. Daí porque as alterações qualitativas exigem motivação expressa e vinculação objetiva às causas determinantes, devidamente explicitadas (TÁCITO, 1997, p. 119).

Naquele período, entendia-se que o projeto básico servia apenas para proporcionar a elaboração do orçamento da obra e que, portanto, a sua evolução natural não podia estar submetida ao limite de 25%:

Tanto a L. 8.666 quanto a norma técnica citada diferenciam um projeto do outro em razão de que o *básico* tem por objetivo permitir avaliar apenas o *custo* e o *prazo* da obra ou do serviço, enquanto o *executivo*, detalhando e esmiuçando até onde for

⁹⁴ O próprio Carlos Ari Sundfeld fez ressalva de que esse entendimento não era pacífico, assinalando que Toshio Mukai e Diógenes Gasparini orientavam pela impossibilidade de ultrapassagem do limite de 25% (SUNDFELD, 1993, p. 158).

necessário e possível o primeiro, indicará todos os elementos indispensáveis a que o executor da obra ou do serviço possa saber *o que* executar; reitere-se que o projeto executivo deverá conter todos os dados de que o executor possa necessitar, dados esses cujo detalhamento final não foi necessário para que, baseado no projeto *básico*, o licitante pudesse tão-só orçar a obra ou o serviço. Orçar é possível com menos elementos e especificações; executar, entretanto, será impossível, e esta a diferença, entre ambos os tipos de projetos, que interessa conhecer. (RIGOLIN, 1999, p. 158, grifo do autor).

Contudo, após os primeiros anos da Lei nº 8.666/93, a falta de limite para a alteração qualitativa passou a chamar a atenção de alguns doutrinadores, como Lucas Furtado e Augusto Sherman Cavalcanti:

Nas alterações unilaterais *qualitativas*, consubstanciadas no art. 65, I, **a**, da aludida Lei, não há referência expressa a esses limites, pois os contratos podem ser alterados *'quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos'*.

Nas opiniões de eminentes doutrinadores, como CAIO TÁCITO e MARÇAL JUSTEN FILHO, não se aplicam às alterações *qualitativas unilaterais* os limites previstos no § 1.o do art. 65 da Lei, porque a mencionada alínea **a** não lhes faz referência.

Não nos filiamos, entretanto, a esse pensamento.

Nesse ponto, preferimos a orientação de HELY LOPES MEIRELLES, JESSÉ TORRES PEREIRA, TOSHIO MUKAI – como faz referência JUSTEN FILHO no seu parecer publicado no Informativo de Licitação e Contratos n.o 42, agosto/97, p. 611 –, bem como a de CARLOS ARI SUNDFELD, *in verbis*:

'2.1. Modificação unilateral

Genericamente prevista no art. 58-I, está condicionada por seu objetivo: a 'melhor adequação às finalidades de interesse público'.

Pode decorrer da modificação do projeto ou das especificações para, segundo o art. 65-I, 'melhor adequação técnica aos seus objetivos'. Essa alteração encontra, contudo, barreiras e condicionantes. De um lado, nos direitos do contratado, a quem se assegura a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro e da natureza do objeto do contrato, além de um limite máximo de valor para os acréscimos e supressões (art. 65-§1.o)' (grifamos).

Mesmo que se entenda que não se possa extrair diretamente do art. 65, I, **a**, essa ilação, em virtude da não-referência aos limites máximos de acréscimo e supressão de valor, a inexistência desses limites não se coaduna com o Direito, pois pode ser deduzida a partir do art. 58, I, da Lei de Licitações e Contratos, anelado pelo princípio da proporcionalidade, em virtude da observância aos direitos do contratado.

A utilização da proporção adequada nos atos da Administração é condição de legalidade deles. O atendimento ao interesse público não deve ser esteio a sacrifícios desnecessários do interesse privado. É o que reza o princípio da proporcionalidade, que proíbe os excessos da Administração. (FURTADO; CAVALCANTI, 1999, p. 17-24, grifo do autor).

A discussão parece ter se encerrado ou pelo menos perdido ímpeto desde a decisão 215/99⁹⁵ do Tribunal de Contas da União, na qual ficou estabelecido que o limite de 25% destina-se tanto às alterações quantitativas quanto às qualitativas.

⁹⁵ A evolução do entendimento do TCU sobre os limites de alteração do contrato de obra pública será analisada no próximo tópico.

Esse posicionamento foi acolhido por grande parte da doutrina, sendo possível mencionar autores de renome como Alexandre Santos de Aragão⁹⁶ e José dos Santos Carvalho Filho⁹⁷ e vem sendo aplicado de forma pacífica no âmbito da Administração Pública, pois passou a contar com a aderência total dos órgãos de controle interno, em situação de grande deferência ao TCU. Todavia, ainda há vozes dissonantes, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁸, Marçal Justen Filho⁹⁹ e Luis Roberto Barroso¹⁰⁰, que continuam defendendo a inaplicação do limite de 25% às alterações qualitativas.

O Poder Judiciário já se manifestou sobre o assunto na mesma linha da orientação do TCU¹⁰¹.

⁹⁶ “A questão de submissão ou não das alterações qualitativas consistentes na alteração do projeto (ex.: os dez vagões, inicialmente contratados sem ar-condicionado, passarão a ter que possuí-los) aos limites dos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93, ou da aplicação destes apenas às alterações quantitativas do objeto contratual (ex.: o número de vagões contratados passa de dez para doze, mas todos com as mesmas características inicialmente contratadas), é matéria de grande polêmica, havendo respeitáveis opiniões em ambos os sentidos.[...] De nossa parte, entendemos que os limites fixados pelos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93 já são suficientemente largos para que alterações de ajuste do projeto contratado possam ser realizadas (pode chegar, no caso de obras, a 50% - art. 65 §1º, *in fine*, Lei n. 8.666/93). Ultrapassar estes limites representaria um acréscimo de valor ao contrato de tal magnitude que chegaria a subverter – senão em todos os aspectos, ao menos o econômico – o próprio objeto do contrato, violando os princípios da impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório e competitividade (art. 3º, Lei n. 8.666/93), salvo quando a alternativa de celebração se revelar evidentemente sem racionalidade econômica, caso em que materialmente a hipótese será de inexigibilidade da licitação em favor do atual contratado.” (ARAGÃO, 2013, p. 364)

⁹⁷ “No que diz respeito aos limites de alteração fixados no art. 65, §1º, do estatuto, divergem os autores sobre se o dispositivo seria aplicado apenas às alterações quantitativas (art. 65, I, “b”) ou se seria estendido também às alterações qualitativas (art. 65, I, “a”). Para uns, os limites não se aplicariam a estas últimas por serem com elas incompatíveis pela própria natureza. Para outros, impõe-se a observância dos limites em virtude de não haver distinção na lei. Filiamo-nos, com a devida vênia, a este último entendimento. De fato, o art. 65 §1º não fez qualquer distinção entre os tipos de alteração contratual e alude a obras, serviços e compras em geral. Se o legislador pretendesse discriminar as espécies de modificação, deveria tê-lo feito expressamente, o que não ocorreu. Assim, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 187).

⁹⁸ “Temos entendido que somente as alterações quantitativas estão sujeitas aos limites de 25% ou 50% referidos no artigo 65, §1º, da Lei nº 8.666, até porque o inciso I, ‘b’ (que trata especificamente dessa hipótese de alteração), faz expressa referência à modificação do valor contratual ‘em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei’, não se encontrando a mesma referência no inciso I, ‘a’, que trata das alterações qualitativas.” (DI PIETRO, 2013, p. 282)

⁹⁹ “Aplicar a vedação do §2º às hipóteses de inadequação do projeto conduz a resultados despropositados. Sendo impossível manter a concepção original do empreendimento, a Administração tem o dever de promover a alteração. Há situações em que ou se faz a alteração com valor superior a 25% ou se promove a rescisão do contrato (porque inútil sua configuração original). Essa rescisão pode ser muito onerosa para os cofres públicos.” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 526).

¹⁰⁰ A segunda questão discutida envolve a aplicabilidade dos limites referidos aos diferentes tipos de alterações contratuais possíveis. Quanto a este ponto, há amplo consenso no sentido de que as regras em questão se aplicam apenas às alterações quantitativas, e não às qualitativas. Com efeito, apenas a alínea ‘b’ do inciso I – que trata das alterações quantitativas – faz menção a ‘limites permitidos por esta lei’ e o § 1º refere expressamente a supressões e acréscimos. Ademais, as alterações qualitativas estão associadas ao atendimento do interesse público, de modo que não haveria sentido em fixar-se, *a priori*, um limite objetivo para essas alterações, em prejuízo eventual das necessidades concretas do interesse público (BARROSO, 2013, p. 431)

¹⁰¹ REsp 1.021.851/SP, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. em 12/08/2008, DJe de 28/11/2008.

3.3 DA EVOLUÇÃO DO POSICIONAMENTO DO TCU SOBRE O LIMITE DE 25%

Num primeiro momento, seguindo a literalidade do art. 65, I, 'a' da Lei nº 8.666/1993, a orientação do TCU era no sentido de que os limites legais para modificações contratuais se aplicavam apenas às alterações quantitativas, como defendido por parte da doutrina. Tem-se como precedentes dessa fase as Decisões 459/1995-Plenário¹⁰² e 135/1999-Plenário¹⁰³.

Essa orientação perdurou até a prolação da Decisão 215/1999-Plenário, através da qual o Tribunal, mudando seu entendimento, passou a considerar que os limites legais de modificação contratual se aplicariam também às alterações qualitativas.

Tal decisão foi proferida no âmbito do Processo nº 930.039/1998-0 como resposta à consulta formulada pelo Ministro do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal¹⁰⁴ formulada nos seguintes termos¹⁰⁵:

I) é lícito fazer aditamento ao contrato acima citado, no sentido de alterar o tipo de tecnologia de construção do trecho central do maciço, na calha do rio, de barragem

¹⁰² A Decisão nº 459/1995-Plenário analisou Recurso de Revisão interposto pelo Ministério Público em face do julgamento das contas de 1988 e 1989 do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem-DNER no âmbito de Inspeção Ordinária Setorial que examinou os procedimentos da Autarquia na área de contratos. Uma das irregularidades encontradas pela Equipe de Inspeção foi a formalização de termos aditivos que contemplavam acréscimos contratuais sem respaldo legal. O Tribunal acatou a seguinte proposta do Ministério Público: “Há limites quantitativos (art. 55 §1º do Estatuto). Há a submissão às condições iniciais do ajuste. Contudo, o limite que aqui interessa, a que se reputa de maior importância, refere-se à intangibilidade do objeto do contrato.”

¹⁰³ Note-se que, apesar dos contratos terem sido celebrados na vigência do Decreto-Lei nº 2.300/86, ambas as decisões do TCU analisam as questões também sob a ótica do art. 65, da Lei nº 8.666/93, por força do seu art. 121: “O disposto nesta Lei não se aplica às licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente à sua vigência, ressalvado o disposto no art. 57, nos parágrafos 1º, 2º e 8º do art. 65, no inciso XV do art. 78, bem assim o disposto no 'caput' do art. 5º, com relação ao pagamento das obrigações na ordem cronológica, podendo esta ser observada, no prazo de noventa dias contados da vigência desta Lei, separadamente para as obrigações relativas aos contratos regidos por legislação anterior à Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993”.

¹⁰⁴ Segue trecho do relatório: “Apresenta o consultante (fl. 1), a título de suposições, a existência de obra pública, para construção de barragem em adiantado estágio de execução, em que se verificou a necessidade de acréscimos nos quantitativos de obras e serviços, em virtude da situação encontrada quando das escavações da fundação. Continuando sua exposição, argumenta que a substituição do maciço de terra, originalmente previsto no projeto básico e no contrato, por maciço em concreto compactado a rolo – CCR, traria benefícios econômicos e sociais à comunidade alcançada pela obra (quase três milhões de pessoas), como: a redução do prazo total de conclusão da barragem; a possibilidade de estocar água à medida em que o maciço CCR vai sendo elevado, antecipando a acumulação de água na região em dois ou três anos; a segurança no abastecimento de água para projetos industriais, turísticos e de irrigação, em vias de implantação na região (fls. 1/2).” O relatório menciona ainda que a tecnologia não era utilizada no Brasil à época da elaboração do projeto básico e que as alterações implicariam em elevação do valor inicialmente contratado em patamar superior ao limite legalmente permitido de 25% ainda que não se utilizasse o novo método construtivo.

¹⁰⁵ Haja vista versar sobre caso concreto, a Unidade Técnica opinou pelo não conhecimento da consulta, porém, sugeriu, no caso do Tribunal decidir conhecê-la, que fosse respondido ao consultante, em relação ao primeiro questionamento o seguinte: “que as alterações em contratos de obras públicas envolvendo mudança de projeto básico, em face de nova tecnologia, exigem a realização de novo procedimento licitatório; e, no tocante ao segundo, “nas alterações contratuais, devem ser observados os limites estabelecidos no art. 55, §1º, do Decreto-Lei nº 2.300/86 e no art. 65, §2º c/c o art. 121 da Lei 8666/92 (fl. 9)”. O Ministério Público, por sua vez, entendeu que a consulta deveria ser conhecida, pois, na visão do *parquet*, “O que importa, a nosso ver, nesse caso, é que a consulta versa indiscutivelmente sobre questão jurídica em tese, da maior relevância para a Administração Pública.”

de terra para barragem de concreto compactado a rolo, arrimado nos permissivos da legislação acima mencionada, com vistas à otimização do objeto contratado, tendo em vista que as modificações de projeto ou especificações não resultariam em transmutar o objeto licitado, que continuaria sendo o mesmo, ou seja, construção de açude com mesmo porte e capacidade, porém executado com melhor tipo de tecnologia?

II) as extensões contratuais ditadas por razões de natureza ‘qualitativa’ – caso acima mencionado – ainda que impliquem em acréscimos de quantidades, podem ser aditadas em contrato, mesmo estando sujeitas aos limites do §1º do art. 55 do Decreto-Lei nº 2.300/86, apesar do que preceitua o §4º do mesmo diploma legal?

No mérito, o Ministério Público, quanto ao primeiro ponto da consulta, opinou no sentido de que tanto as alterações contratuais quantitativas, quanto as qualitativas estariam sujeitas aos limites legais¹⁰⁶.

Com relação ao segundo questionamento, o *parquet* se posicionou pela possibilidade da Administração ultrapassar os referidos limites, em hipóteses excepcionais de alterações consensuais, qualitativas, quando não houver alternativa e no caso da rescisão do contrato significar sacrifício insuportável ao interesse coletivo primário a ser atendido.

Resolvida a preliminar sobre a consulta versar ou não sobre caso concreto, vencido o Relator, o Tribunal Pleno decidiu responder da seguinte forma: I) os limites legais se aplicam tanto às alterações contratuais quantitativas quanto qualitativas, em função da necessidade de se respeitar os direitos do contratado e o princípio da proporcionalidade; II) em hipóteses excepcionalíssimas de alterações contratuais consensuais e qualitativas, é possível que se ultrapasse os limites legais,

[...] desde que sejam observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a

¹⁰⁶ “Mesmo que se entenda que não se possa extrair diretamente do art. 65, I, a, essa ilação, em virtude da não-referência aos limites máximos de acréscimo e supressão de valor, a inexistência desses limites não se coaduna com o Direito, pois pode ser deduzida a partir do art. 58, I, da Lei de Licitações e Contratos, anelado pelo princípio da proporcionalidade, em virtude da observância dos direitos do contratado.”

ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

A partir daí, as decisões do Tribunal foram no sentido de que os limites legais deveriam ser respeitados também nos casos de alteração qualitativa, podendo ser ultrapassados em hipóteses restritas que preencham os seis requisitos impostos pela Decisão nº 215/1999, como é o caso dos Acórdãos nº 1.194/2004-Plenário¹⁰⁷ e 2.464/2008-Penário¹⁰⁸.

Mais recentemente, a partir do ano de 2010, a Corte passou a proferir decisões, com aparente consolidação, que conferem nova interpretação ao art. 65 da Lei nº 8.666/93, especialmente no que diz respeito à metodologia de cálculo das alterações contratuais para fins de observância da limitação de 25%.

Tudo começou com o Acórdão nº 749/2010-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar, prolatado no bojo dos autos de monitoramento das determinações do Acórdão nº 113/2006-TCU-Plenário, especialmente no que se refere à verificação da compatibilidade dos preços do contrato com os de mercado. Na ocasião, o TCU entendeu que, com a aprovação do primeiro termo aditivo ao contrato, ocorrera um acréscimo na ordem de 135,18% e a descaracterização do objeto licitado. Para chegar a esse resultado, a Corte de Contas adotou uma metodologia de cálculo que, ao invés de compensar as supressões e os acréscimos,

¹⁰⁷ No que se refere ao Acórdão nº 1194/2004-Plenário, a Corte de Contas, analisando Relatório de Levantamento de Auditoria (Fiscobras 2004) realizado na Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, determinou que o órgão atente para os limites legais de alteração contratual, de modo que termos aditivos que gerem acréscimos superiores a 25% do valor inicial contratado só podem ser celebrados em hipóteses excepcionais previstas na Decisão nº 215/1999-Plenário. Na oportunidade, o Tribunal “entendeu que os limites estabelecidos no §1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 devem ser atendidos em ambos os casos descritos nas alíneas “a” e “b” do inciso I do mesmo artigo. Acrescento que o TCU já se manifestou sobre esse tema em sede de consulta, decidindo que tanto as alterações contratuais quantitativas quanto as qualitativas estão sujeitas aos limites estabelecidos nos §§1º e 2º do mencionado artigo da Lei de Licitações e Contratos. Observo que se decidiu que esses limites poderiam ser ultrapassados, excepcionalmente, desde que satisfeitos os requisitos ali enunciados (Decisão nº 215/1999-Plenário).”

¹⁰⁸ Na mesma linha de raciocínio temos o Acórdão nº 2464/2008-Plenário, por meio do qual foi determinado ao Ministério da Integração Nacional que condicionasse a liberação de recursos para as obras da Adutora Santa Cruz, em Mossoró/RN, à realização de nova licitação por parte da Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte – CAERN. Isso porque o tribunal entendeu que houve “radical alteração do objeto contratado em relação ao que se pretende executar.” Em oitiva ao Consórcio EIT/OAS, contratado para a execução das obras, alegou-se que “a vedação do §1º do supracitado dispositivo limitaria as alterações contratuais de cunho quantitativo a 25% do valor inicial atualizado, o que não se aplica às alterações qualitativas, conforme doutrina do Prof. Celso Antônio Bandeira de Melo.” Contudo, a Corte de Contas, rechaçando os argumentos, ressaltou que “Permitir que as alterações qualitativas estivessem livres de limites seria criar pela exegese uma aberração jurídica, com amplo espaço para a fraude às licitações e para a quebra de princípios basilares como os da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da probidade administrativa e da vinculação ao instrumento convocatório. Em outras palavras, estaria decretada a falência de toda a estrutura lógica que norteia a Lei de licitações.”

efetuou a soma destes. Pode-se perceber do acórdão a ponderação de que as supressões eram processadas com o visível intuito de abrir espaço para a inclusão de outros serviços¹⁰⁹.

10. Por outro lado, há que se ter em conta a correta aferição do parâmetro (contrato original ou contrato com supressões e acréscimos) a partir do qual se dará a medida do excesso em aditivo, bem como os atenuantes já apresentados na instrução do auditor para o presente caso concreto. Embora haja controvérsia sobre o assunto no âmbito deste Tribunal, a jurisprudência majoritária da Corte de Contas tem se encaminhado no sentido de que as alterações contratuais referentes às reduções ou acréscimos dos quantitativos do objeto devem ser calculadas sobre o valor original do contrato, o que mitigaria, por exemplo, a suposta irregularidade consistente na celebração de aditivo superior ao permitido na lei.

Sendo assim, o acórdão precursor da análise do tema, qual seja, o Acórdão nº 749/2010, determinou ao DNIT o seguinte:

[...] 9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, em futuras contratações, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, passe a considerar as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal.

Diante desse cenário de instabilidade, o DNIT opôs dois embargos de declaração. O primeiro, analisado por meio do acórdão nº 100/2011-Plenário, indagou: (i) qual seria a forma de cálculo dos percentuais do art. 65 da Lei 8.666/1993; e (ii) apontou obscuridade no que tange à expressão “em futuras contratações”, pois entendeu que a nova metodologia somente

¹⁰⁹ A questão, à época, se mostrou deveras controvertida, como se percebe na própria decisão ora analisada. O acórdão nº 749/2010 abarcou em sua instrução dois posicionamentos distintos, pois, de um lado o Auditor Federal de Controle Externo aceitava as justificativas apresentadas pelo DNIT, uma vez que considerou que o propósito da contratação permaneceu o mesmo, assim como sua natureza. “40. Acreditamos que na situação ilustrada estão presentes todos os requisitos. Em relação ao item I da decisão acima, já dissemos que haveria custos financeiros e sociais elevados, no caso da realização de um novo certame, e os ganhos financeiros seriam incertos, se existentes. Em relação ao item III, o fato superveniente foi o próprio atraso no início das obras, que não pode ser imputado aos responsáveis, mas sim à portaria ministerial e a cisão da empresa vencedora do certame. Já quanto ao disposto IV, o objeto sofreu descaracterização, mas o seu propósito permaneceu o mesmo e, grosso modo, sua natureza também (análise do item “a” da audiência).” Além disso, o Auditor reconheceu que a aplicação dessa nova forma de calcular o limite legal poderia levar o DNIT a ter que rescindir todos os contratos em vigor, com a necessidade de realizar novas licitações, o que potencialmente viria a acarretar prejuízo, na medida em que “Propugnamos que o caso em tela seja analisado sob a guarida do princípio constitucional implícito da razoabilidade. Inicialmente, impende ressaltar que as modificações realizadas no contrato, por virtude do 1º termo aditivo não causaram sobrepreço global, segundo análise desta Secex. Pelo contrário, o preço contratado ficou no nível daquele orçado pelo Sicro 2. Ao mesmo tempo, o atraso acarretaria custos sociais e o ganho financeiro da realização de um novo certame seria incerto. Adicionalmente, esta questão se torna mais premente quando percebemos que, historicamente, o DNIT sofre problemas crônicos no fluxo de seus recursos orçamentários e financeiros. Tendo dinheiro, pois, para realizar as obras em questão, a realização de uma nova licitação poderia causar um atraso ainda maior, em virtude das postergações que sempre marcaram aquela Autarquia. Frise-se que os atrasos no caso concreto nem foram causados pelos responsáveis, mas pelo Ministério dos Transportes e pela cisão da Tercam.” De outro lado, o Titular da Unidade Técnica exarou despacho em sentido oposto, haja vista entender não aplicável a Decisão nº 215/1999, uma vez que, em sua opinião, houve alteração do objeto.

deveria ser aplicada a contratos cujos editais de licitação ainda não tivessem sido publicados até a data dos embargos, sendo que o Acórdão não havia sido expresso quanto ao termo *a quo*.

Para o primeiro questionamento, o TCU entendeu ser próprio de processo de consulta e rejeitou os embargos. Quanto ao segundo, no que tange à modulação dos efeitos da decisão, o TCU disse não haver contradição ou obscuridade na expressão impugnada e também rejeitou os embargos.

Desta forma, o DNIT opôs novos embargos de declaração, analisados no Acórdão nº 591/2011. Nessa oportunidade, o Recorrente fez as seguintes ponderações: (i) simples substituições de serviços não modificam o objeto contratual, pois o projeto da obra ou as especificações definidas na licitação tem importância apenas secundária na identificação da obra; (ii) a nova metodologia de cálculo somente deveria ser aplicada a contratos cujo edital de licitação ainda não tivessem sido publicados até a data dos embargos.

Com relação à primeira, o TCU não concordou com o argumento no caso concreto.

No que diz respeito à modulação dos efeitos, para dirimir a dúvida, o TCU houve por bem retirar a expressão “em contratações futuras”, de modo a deixar claro que a aplicação da determinação deveria se dar de modo imediato, quando transitada em julgado a deliberação embargada. A piora, portanto, foi inegável.

Inconformado com tal decisão, que agravou ainda mais sua situação, o DNIT apresentou pedido de reexame, que resultou no acórdão nº 2.819/2011. Nele, o DNIT expõe diversos argumentos com o fim de tornar insubsistente a determinação do TCU acerca da necessidade de observar os limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, tal qual delineado nos acórdãos 749/2010, 100/2011 e 591/2011. Entretanto, em apostilamento à peça recursal, o recorrente desistiu de tal pedido¹¹⁰ e passou a se insurgir apenas contra a imediata aplicação da determinação aos contratos vigentes.

Em novo julgamento, o TCU reconheceu a necessidade de modulação dos efeitos, tendo em vista que, no caso de mais de cem situações concretas de contratos em plena vigência, a aplicação imediata da deliberação poderia implicar em danos ao interesse público, com a paralisação das obras, decorrente da necessidade de realização de novas licitações e contratos.

¹¹⁰ Ainda assim, o Tribunal admitiu o seguinte: “nem sempre eventuais ajustes e alterações presumem, por si só, mudanças significativas no objeto original do contrato. Essas adequações existem e são salutares, desde que observada a compatibilidade dessas mudanças com os aspectos qualitativos e quantitativos essenciais definidos pelo projeto básico, tal qual definido no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/1993 e respeitados os limites expostos no art. 65, § 1º, do referido diploma legal” (Acórdão nº 2819/2011-Plenário).

De fato, a problemática apresentada pelo novo Diretor-Geral do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte, relativa ao quadro atual das rodovias brasileiras, é extremamente delicada e requer pronta solução desta Corte de Contas, a fim de prevenir que o rigor da lei, em sua literalidade, venha a contrapor-se ao interesse público primário de continuidade de serviços importantes, bem como a manutenção das condições de trafegabilidade de importantes rodovias federais.

Entendo que a solução deve advir da conciliação do princípio da legalidade e da supremacia do interesse público, neste caso revelado pela incolumidade e integridade física de milhares de pessoas que fazem uso diário dos modais rodoviários de propriedade da União.

De fato, não haveria como a decisão do TCU proporcionar, em vista de louvável objetivo de legalidade, a paralisação de mais de cem contratos em andamento, sem antes proceder ao juízo de adequação da interpretação em vista da atual situação de fato.

Nesse diapasão, proponho dar provimento parcial ao Pedido de Reexame, a fim de alterar a determinação contida no subitem 9.2 do Acórdão nº 749/2010-Plenário para os seguintes termos:

'9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação deste Acórdão no Diário Oficial da União, passe a considerar, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal;'

Em outras palavras: o Tribunal manteve o entendimento recentemente firmado, mas, ao invés de exigir a aplicação imediata da vedação de supressões e acréscimos, inclusive nos contratos pendentes, limitou-a aos contratos “celebrados a partir da data de publicação daquele Acórdão no Diário Oficial da União”. Ou seja, o novo entendimento, no que toca aos contratos de obras do DNIT, somente seria exigível nos ajustes celebrados a partir de 25/10/2011¹¹¹. Ao que tudo indica, a Corte de Contas, sensível às situações concretas enfrentadas pelo DNIT em vários e diferentes contratos de obras, modulou temporalmente a aplicação dos efeitos da nova orientação firmada.

Após isso, no Acórdão nº 3105/2013-Plenário, proferido em novembro de 2013, provocado por consulta do Ministério dos Transportes, relativamente às obras da VALEC, o TCU estabeleceu nova modulação temporal para a proibição de compensação entre acréscimos e decréscimos, nos seguintes termos:

¹¹¹Da mesma sorte, vale o registro de que a modulação temporal foi repetida no Acórdão nº 2.059/2013. Nesse, provocado por consulta realizada por meio do Ofício nº 392/MI – do Ministério da Integração Nacional, de 27/09/2013, em referência aos contratos 45/2007 e 25/2008, pertencentes ao Projeto de Integração das Águas do Rio São Francisco, decidiu-se: “[...] considerando que tais atos foram praticados à luz da Portaria MI nº 811/2011, que facultava a utilização de metodologia distinta da consagrada pelo TCU, bem como o fato de que alguns aditivos que contribuíram para a extrapolação dos limites legais (aumentando ou diminuindo os valores inicialmente contratados) foram firmados quando o entendimento sobre a questão estava em processo de consolidação no âmbito desta casa, entendo suficiente que o Ministério da Integração Nacional seja cientificado deste fato, a fim de evitar a sua repetição no futuro”.

9.2.1. é juridicamente viável a compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões ao objeto dos contratos referentes a obras de infraestrutura celebrados antes do trânsito em julgado do Acórdão 749/2010-Plenário por órgãos e entidades vinculados ao Ministério dos Transportes.¹¹²

Vê-se, então, que, no que concerne às obras do Ministério dos Transportes, a referida metodologia de cálculo dos 25% aplica-se apenas e tão-somente às futuras contratações após o trânsito em julgado do Acórdão nº 749/2010-Plenário. O Estado do Rio de Janeiro, contudo, não teve o mesmo tratamento¹¹³.

Consolidada essa orientação¹¹⁴, é possível ver a sua aplicação em dois julgados.

¹¹² Veja-se no trecho abaixo transcrito que o TCU, acatando os argumentos do consultante, considerou o caso da VALEC análogo ao do DNIT: “A hipótese tratada nestes autos é idêntica à situação examinada por ocasião da prolação do Acórdão 2.819/2011-Plenário, em processo de minha relatoria, e as razões que aduzi no voto condutor dessa deliberação, já transcritas no Parecer exarado pelo Parquet, são integralmente aplicáveis e suficientes para a solução de mérito do presente processo.

[...]. O Acórdão 2.819/2011-Plenário, ao mesmo tempo em que ratificou esse entendimento jurisprudencial, ressaltou a necessidade de que determinados casos, pela sua especificidade, requereriam tratamento excepcional no intuito de atender à supremacia do interesse público, haja vista que a necessidade de rescindir avenças administrativas, readequar todos os projetos básicos e promover novos procedimentos licitatórios com todos os trâmites burocráticos a eles inerentes poderia levar a paralisação de serviços e de obras relevantes em curso, a comprometer o interesse público quanto à segurança das rodovias federais e a causar danos imponderáveis ao interesse público.

A situação retratada na consulta é análoga àquela examinada no julgado citado, e o entendimento ali assente deve ser aplicado ao presente caso.”

¹¹³ Em Consulta na qual tentou a modulação dos efeitos para os seus contratos celebrados com recursos da União, o Tribunal entendeu que Governador de Estado não teria legitimidade para se dirigir àquela Corte (Acórdão 1.160/14, de 07/05/14), o que tem gerado enorme insegurança jurídica nos contratos celebrados pelo Estado do Rio de Janeiro com verba da União.

¹¹⁴ A decisão do TCU provavelmente produzirá efeitos no âmbito dos demais Tribunais de Contas do país, em razão da súmula 222 do Tribunal: “As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. No TCE do Rio de Janeiro é possível mencionar pelo menos um precedente (processo nº 117.240-5/2013). Entrementes, já houve discussão no passado sobre a competência da União para legislar sobre esse limite de alteração. Confira-se trecho da obra de Fernando Vernalha Guimarães na qual o Autor paranaense critica entendimento diverso de Floriano de Azevedo Marques Neto: “Mas, para além de refutar a viabilidade da competência manejada pela União para a edição de normas gerais acerca da execução dos contratos públicos, entende o jurista ainda não ser o art. 65 versante sobre norma geral quanto ao seu conteúdo. Expõe que a condução dos rumos específicos da execução de um contrato administrativo – sujeito às vicissitudes e peculiaridades próprias do poder local – não se pode ter como norma geral. Ainda nessa mesma linha já julgou o Tribunal de Contas de São Paulo, concluindo que ‘a aplicação do § 2º do art. 65 viola a Constituição por não se caracterizar, nem de longe, como uma norma geral’ <<Voto dado no TC-2.633/95-23, DOM 29.6.1995>>. Não parecem, com todo o respeito, precedentes essas teses. Primeiro porque não se entende inferível do texto constitucional a não abrangência da matéria de execução dos contratos da Administração como objeto de competência privativa da União para a edição de normas gerais. A redação do preceito constitucional parece não deixar dúvidas quanto à expressão ‘contratação’. Repare –se que o texto refere-se à *licitação* e à *contratação*, deixando bem vincado que a esfera de competência privativa da União não se resume à edição de normas gerais sobre *processo de formação de contratos* (o que se identifica pela expressão ‘licitação’), mas envolve, ainda a própria *contratação* [...] Ademais, disso, o conteúdo normativo veiculado pelo preceito do art. 65 afigura-se próprio ao de normas gerais. Isto é: trata de matéria cujo regramento deve ser uniforme em todas as esferas estaduais, a fim de preservar princípios fundamentais à contratação administrativa, subjacentes ao conteúdo normativo veiculado” (GUIMARÃES, 2003, p. 266-267, grifo do autor).

O primeiro deles é o Acórdão nº 1915/2013-Plenário que tratou de auditoria realizada nas obras de construção do Canal Adutor Vertente Litorânea, no Estado da Paraíba.¹¹⁵

Além desse, importante contribuição acerca da modulação temporal dos efeitos do Acórdão nº 749/2010-Plenário foi dada pelo Acórdão nº 477/2015-Plenário, que tratou de representação oriunda do Ministério Público Federal sobre possíveis irregularidades nas contratações promovidas pelo Estado do Piauí para construção do Aeroporto de São Raimundo Nonato.

Decisão anterior – Acórdão nº 8.977/2012 – no âmbito do Processo 023.220/2009-9 havia determinado, dentre outras medidas, a apresentação de razões de justificativa de um dos responsáveis pela celebração de termo aditivo que excedeu os limites de alteração contratual previstos na Lei nº 8.666/93.

Em resposta, o responsável alegou que, à época da celebração do referido termo aditivo (no ano de 2008), era prática na Administração Pública do Estado do Piauí, bem como na esfera federal, compensações entre acréscimos e supressões para o cálculo do limite legal de alteração contratual. Acrescentou que a forma de calcular era variável até o advento do Acórdão 749/2010-Plenário e que, por isso, essa orientação só poderia ser exigida dos administradores após sua expedição e somente em contratos posteriores.

Discordando da tese de defesa, a unidade técnica sugeriu a rejeição das razões de justificativa com aplicação de multa ao responsável, alegando que “A jurisprudência da Corte de Contas é solar quanto ao entendimento de que não pode haver compensação entre acréscimos e supressões para efeito de observância aos limites de alterações contratuais, contidos na Lei supra.”. Todavia, o Diretor da unidade técnica, dissentindo da análise e do encaminhamento propostos, sugeriu o acolhimento das razões de justificativa com base no entendimento de que o aditivo fora celebrado em data anterior ao Acórdão 749/2010¹¹⁶.

¹¹⁵ Segue trecho do voto do Relator que acatou a proposta da auditoria: “A equipe técnica sustenta que ‘Considerando-se que as duas primeiras etapas úteis são regidas por um mesmo contrato, os valores dos acréscimos e supressões referentes ao termo aditivo da Etapa Útil 2 devem ser avaliados de forma cumulativa àqueles citados no parágrafo anterior, referentes à Etapa Útil 1. Desse modo, um próximo termo aditivo enseja elevado risco de que se extrapole o percentual de 25% para acréscimos e supressões estabelecido em lei.’ e sugere seja dada ciência acerca do risco de ultrapassagem dos limites, ‘considerando a vedação da compensação entre acréscimos e supressões de serviços, a fim de que não se promova a transfiguração do objeto inicialmente lícito, consoante jurisprudência desta Corte, consubstanciada, por exemplo, pelos Acórdãos do Plenário 749/2010, 1.599/2010, 2.819/2011 e 2.530/2011’.”

¹¹⁶ “Todavia, no que tange à aplicabilidade do Acórdão 749/2010-TCU-Plenário ao caso, há precedente deste Tribunal de Contas em caso semelhante ao analisado. Na ocasião, a unidade técnica responsável avaliou como insatisfatórias as razões de justificativa sobre acréscimos de serviço em percentual superior ao legalmente permitido, com base na Decisão 215/1999-TCU-Plenário. Entretanto, considerou procedente a alegação de que o entendimento sobre a impossibilidade de compensação só teria sido consolidado em data posterior ao termo aditivo, assinado em 2009, com o advento do Acórdão 749/2010. O Relator, em seu Voto, acompanhando a

Em seu voto, o Relator concordou com a análise da Diretoria no sentido de acolher as razões de justificativa do responsável sob o fundamento transcrito abaixo:

Com relação à extrapolação do limite de alteração contratual, anoto que à época da celebração do primeiro termo aditivo ao Contrato 54/2007 ainda não havia se consolidado no Tribunal o entendimento de que as reduções e supressões de quantitativos deveriam ser consideradas de forma isolada, para fins de verificação do cumprimento do limite de modificação contratual. Tal entendimento foi inaugurado com a edição do Acórdão 749/2010-Plenário, cujos efeitos foram modulados no tempo, nos termos do Acórdão 2.819/2011-Plenário.

Ainda que tal exegese decorra da interpretação do art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993, segundo os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, observo que ela não é facilmente deduzida do comando expresso daquele dispositivo, razão pela qual não se mostra adequado exigir dos administrados a aderência a tal interpretação antes da consolidação do entendimento na jurisprudência do Tribunal.

Por essa razão, julgo inadequada a imposição de multa aos Srs. Osvaldo Leôncio da Silva Filho e Severo Maria Eulálio Filho pelo fato descrito na letra "a.1" do item 3.1 (primeira parte).

Portanto, de todas as decisões analisadas, percebe-se que a orientação da Corte de Contas, no tocante às alterações contratuais, passou por importantes mudanças ao longo dos últimos dezesseis anos, sendo as mais relevantes, principalmente em termos de necessidade de modificação das práticas administrativas utilizadas até então, a ampliação da interpretação do art. 65 para aplicar os limites legais às alterações qualitativas – Decisão nº 215/1999-Plenário –, bem como para vedar a compensação entre acréscimos e supressões para o cálculo desses limites – Acórdão nº 749/2010-Plenário –, haja vista não se tratar de ilações do texto legal¹¹⁷.

unidade técnica, considerou que não seria razoável apenar os responsáveis. O Acórdão 2914/2012-TCU-Plenário findou por acolher as razões de justificativa. Utilizando raciocínio semelhante, e levando em conta a argumentação apresentada pelos responsáveis sobre a não aplicabilidade do Acórdão 749/2010-TCU-Plenário, devem ser acatadas as razões de justificativa quanto a esse ponto da audiência.”

¹¹⁷ Além dos precedentes mencionados ao longo do texto, seguem outros pesquisados, que possuem relação com a limitação de alteração contratual em 25%, divididos de acordo com as fases de evolução da orientação do TCU. Antes da Decisão nº 215/1999-Plenário temos os seguintes precedentes: Decisão nº 83/1993-Plenário, Decisão nº 69/1996-Plenário, Decisão nº 101/1999-Plenário, Decisão nº 135/1999-Plenário e Acórdão nº 176/1999-Plenário. No período compreendido entre a Decisão nº 215/1999-Plenário e o Acórdão nº 749/2010-Plenário foram localizadas as decisões listadas a seguir: Decisão nº 217/1999-Plenário, Decisão nº 379/1999-Plenário, Decisão nº 741/1999-Plenário, Decisão nº 885/1999-Plenário, Decisão nº 33/2000-Plenário, Decisão nº 119/2000-Plenário, Decisão nº 552/2000-Plenário, Decisão nº 778/2000-Plenário, Decisão nº 264/2001-Plenário, Decisão nº 953/2001-Plenário, Decisão nº 350/2002-Plenário, Decisão nº 1204/2002-Plenário, Decisão nº 1575/2002-Plenário, Acórdão nº 1329/2003-Plenário, Acórdão nº 1673/2003-2ª Câmara, Acórdão nº 837/2004-Plenário, Acórdão nº 897/2004-Plenário, Acórdão nº 1243/2004-Plenário, Acórdão nº 424/2005-Plenário, Acórdão nº 962/2005-Plenário, Acórdão nº 996/2005-Plenário, Acórdão nº 1618/2005-Plenário, Acórdão nº 1485/2006-Plenário, Acórdão nº 2006/2006-Plenário, Acórdão nº 2152/2006-2ª Câmara, Acórdão nº 2470/2006-1ª Câmara, Acórdão nº 2079/2007-2ª Câmara, Acórdão nº 1896/2008-Plenário, Acórdão nº 176/2009-Plenário, Acórdão nº 914/2009-Plenário, Acórdão nº 1733/2009-Plenário, Acórdão nº 1981/2009-Plenário e Acórdão nº 717/2010-Plenário. Por fim, após a prolação do Acórdão nº 749/2010-Plenário, como resultado da pesquisa, é possível citar: Acórdão nº 2152/2010-Plenário, Acórdão nº 3133/2010-1ª Câmara, Acórdão nº 1203/2010-Plenário, Acórdão nº 906/2012-Plenário, Acórdão nº 2914/2012-Plenário, Acórdão nº 3364/2012-Plenário, Acórdão nº 3435/2012-Plenário, Acórdão nº 3473/2012-Plenário, Acórdão nº 8977/2012-2ª Câmara, Acórdão nº 89/2013-Plenário, Acórdão nº 1218/2013-Plenário, Acórdão nº 2157/2013-

3.4 O LIMITE DE ALTERAÇÃO DE VALOR NO DIREITO EUROPEU

No direito comparado, importante contribuição ao tema nos traz a União Europeia. Tendo em vista a relevância do setor da contratação pública para a realização do mercado europeu e baseado, principalmente, em um conjunto de princípios fundamentais, o Direito Europeu dos Contratos Públicos surge com o Tratado de Roma. É o que a doutrina denomina *europeização* dos contratos públicos (ESTORNINHO, 2014, p. 64).

É possível dizer que o início do regime comunitário de abertura dos mercados públicos se deu com o art. 3º do Tratado, através do qual restou determinado o dever de se facilitar a realização do mercado interno por meio da retirada de obstáculos à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais.

O mercado de contratação pública¹¹⁸ é um importante instrumento de consecução dos objetivos da estratégia Europa 2020 de desenvolver a economia baseada no conhecimento e inovação, proteção ao ambiente e crescimento integrador.

Do ponto de vista do regime jurídico substantivo, optou-se, inicialmente, por focar as preocupações na ordem procedimental. Porém, esse tempo há muito ficou no passado, haja vista que, hoje, com a evolução do regime jurídico comunitário, é legítimo falar-se em um verdadeiro Direito Comunitário da contratação pública, exigente e diversificado, que conseguiu uniformizar regras de sistemas jurídicos díspares.

Os princípios contidos no Tratado tiveram, ainda, outras duas importantes influências: fundamentaram a elaboração das Diretivas em matéria de contratação pública e serviram de instrumento para a interpretação delas. Além disso, admitiu-se que os princípios possuem relevância autônoma em relação a contratos não abrangidos pelas Diretivas.

Com a edição da Diretiva 2004/18/CE, os princípios do Tratado passaram a ser de observância obrigatória na adjudicação de contratos nos Estados-Membros, representando um grande avanço no âmbito de aplicação do Direito Comunitário. A necessidade de aprofundamento da integração europeia aumentava cada vez mais com a globalização e uma das razões que justifica a tendência para a internacionalização dos contratos públicos e do respectivo regime jurídico é o fato das relações contratuais públicas estarem cada vez mais frequentemente internacionalizadas.

Plenário, Acórdão n° 2372/2013-Plenário, Acórdão n° 2622/2013-Plenário, Acórdão n° 1391/2014-Plenário, Acórdão n° 4702/2014-1ª Câmara e Acórdão n° 5884/2014-2ª Câmara.

¹¹⁸ O mercado de contratação pública representa 19% do produto interno bruto da União Europeia. (Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/omc-luta-contra-suas-proprias-contradicoes-em-nova-conferencia-ministerial/>>. Acesso em 22 dez. 2015).

Na evolução das Diretivas comunitárias em matéria de contratação pública, é possível identificar algumas fases: a do alargamento progressivo do universo de contratos abrangidos, o constante aprofundamento das regras e o movimento no sentido da progressiva codificação das regras.

Grande contribuição na evolução do Direito Europeu dos contratos públicos foi dada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Nela, é possível identificar três fases caracterizadas por níveis crescentes de intensidade de regulamentação. São elas: domínio das preocupações procedimentais, prevalência das preocupações garantísticas e influências comunitárias no regime jurídico substantivo dos contratos públicos (ESTORNINHO, 2014, p. 80)

A União Europeia expediu recentemente três novas Diretivas¹¹⁹ sobre contratações públicas. A Diretiva nº 2014/23 regula especificamente o contrato de concessão, a Diretiva nº 2014/24 cuida de forma geral dos contratos públicos e a Diretiva nº 2014/25 refere-se aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores de água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Ao presente trabalho interessa a Diretiva nº 2014/24 do Parlamento Europeu e do Conselho, que expressamente revogou a anterior Diretiva nº 2004/18 e tem como prazo para a transposição aos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais o dia 18 de abril de 2016.

Dentre as principais inovações, é possível mencionar a alteração dos critérios de adjudicação (Consideranda 90 e art. 67), o que se denominou “fim da ditadura do menor preço”, passando a influenciar, na aquisição dos bens, os critérios de qualidade e durabilidade. Outros exemplos de inovações que valem ser destacados são: a questão da mudança de fases (art. 29º) e redução dos prazos (Consideranda 46 e art. 47º); a contratação mais rápida e mais racional com possibilidade de negociação direta (Consideranda 42 e art. 26º e 29º); a possibilidade de utilização de catálogos e acessos eletrônicos (Consideranda 68, art. 36º); o incentivo à compra conjunta visando economia de escala (art. 37 a 39); supressão da tradicional distinção entre serviços denominados prioritários e não prioritários, de modo que a aplicação plena da legislação não está mais limitada a um grupo de serviços; revisão dos motivos para a exclusão de licitantes (art. 57); alteração normativa em relação à anormalidade ou desproporção das ofertas (art. 69). Mas o dispositivo de maior relevância para o presente estudo é o art. 72, que trata da modificação de contratos durante o seu período de vigência.

¹¹⁹ O Livro Verde de janeiro de 2011 deu origem a essas diretivas.

A inclusão de um teto para as alterações decorreu principalmente da evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu. Podem ser mencionados dois precedentes principais.

No caso *Succhi di Frutta* (do Tribunal de Pequena Instância-TPI, Acórdão de 05/10/2000), o Tribunal considerou que as alterações ao contrato administrativo, quando substanciais, poderão constituir materialmente uma nova adjudicação, exceto se as mesmas estivessem previstas em termos precisos nas respectivas peças procedimentais. E ainda que a Administração: “*não pode modificar, seja em que fase do processo for, as condições do concurso, sob pena de violar o princípio da igualdade de todos os proponentes, bem como o da transparência*”. Para a doutrina, esse posicionamento representou “*uma tendência no sentido de conceder uma primazia da proteção da concorrência sobre a própria proteção do interesse público, ao ponto de pôr em causa o próprio (e clássico) poder de modificação unilateral dos contratos administrativos*” (MARTINS, 2015, p. 395).

O caso *Presstext* foi o mais importante. Envolvendo a *Presstext Nachrichtenagentur GmbH* x *Republik Österreich* e outros (Processo C-454/06), o Tribunal de Justiça Europeu forneceu orientações sobre o que constitui uma alteração substancial e quando uma variação de contrato deveria ser, de fato, tratada por meio de um novo processo de aquisição. Esta decisão surgiu de uma reclamação apresentada pelo *Presstext*, agência de notícias que propôs os seus serviços para o Governo austríaco. *Presstext* alegou que várias alterações introduzidas no contrato entre o governo austríaco e seu fornecedor de serviços de notícias, o *Austria Presse Agentur*, constituíam, em realidade, uma adjudicação ilegal de um contrato contrário às regras da UE.

Comentando o Acórdão *Presstext*, Pedro Costa Gonçalves salienta que “*a proteção da concorrência surge como um novo e autónomo critério de limitação da modificação dos contratos*” (GONÇALVES, 2009, p. 15).

Vale ressaltar que o âmbito de aplicação da nova Diretiva encontra-se delimitado a partir do art. 4º, onde são previstos valores mínimos dos contratos, de acordo com os tipos de objetos – são os denominados *Limiares*. Desta forma, por exemplo, aos contratos de empreitada de obras públicas, a Diretiva só será aplicada caso o valor seja igual ou superior a 5 186 000 EUR (art. 4º, alínea ‘a’).

A nova Diretiva, em seu art. 72, elencou as hipóteses nas quais o contrato pode ser modificado sem a necessidade de nova licitação: **quando as modificações estiverem previstas nos documentos inicial do concurso, desde que não prevejam a modificação que altere a natureza global do contrato**; se houver necessidade de obras, serviços ou

fornecimento complementares e a mudança de contratante não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos; se o adjudicatário precisar ser substituído por outro nos casos da alínea ‘d’; se as modificações, independente do valor, não forem consideradas substanciais, de acordo com o n.º 4:

1. Os contratos e os acordos-quadro podem ser modificados sem novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos:

a) Se as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais do concurso em cláusulas de revisão (podendo incluir cláusulas de revisão dos preços) ou opção claras, precisas e inequívocas. Essas cláusulas devem indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas. Não podem prever modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro;

b) Se houver necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares por parte do contratante original que não tenham sido incluídos no contrato inicial, caso a mudança de contratante

i) não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, como requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou instalações existentes, adquiridos ao abrigo do contrato inicial, e

ii) seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para a autoridade adjudicante.

Todavia, o aumento de preço não pode exceder 50 % do valor do contrato original. Em caso de várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente diretiva;

d) Se o adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato for substituído por um novo adjudicatário, por um dos seguintes motivos:

i) uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, em conformidade com a alínea a),

ii) transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva, ou

iii) assunção pela própria autoridade adjudicante das obrigações do contratante principal para com os seus subcontratantes, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional em conformidade com o artigo 71.o; e) Se as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais na aceção do n.º 4.

Dentro das hipóteses acima elencadas, para que uma modificação seja válida, é exigido, ainda, que se verifiquem todas as seguintes condições: a necessidade de modificação decorrer de circunstância imprevisível; não alterar a natureza global do contrato; o aumento do preço não ultrapassar 50% do valor do contrato. Vejamos a redação do dispositivo:

c) Se se verificarem todas as seguintes condições:

i) a necessidade de modificação decorre de circunstâncias que uma autoridade adjudicante diligente não possa prever,

ii) a modificação não altera a natureza global do contrato,

iii) o aumento de preço não ultrapassa 50 % do valor do contrato ou acordo-quadro original. Em caso de várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente diretiva;

Ao comentar o art. 72, José María Gimeno Feliu faz uma crítica ao limite de 50% para modificações contratuais, ainda que se trate de causa imprevisível:

Até agora, podemos dizer que o projeto de regulamentação não é consistente com a doutrina do Tribunal de Justiça (que, em princípio, continuará a ser o maior parâmetro interpretativo). Parece reconhecer, ex lege, hipóteses de modificação por imprevisibilidade em até cinquenta por cento do contrato, e desde que não afetem a substância. Um portão perigoso se abre para gerar dúvidas interpretativas, o que pode ser contrário ao necessário princípio dos contratos públicos, a fim de evitar o subterfúgio para o patrocínio de práticas clientelistas ou à má concepção. Ou mesmo quando – conceito jurídico indeterminado - há motivos econômicos, técnicos ou de inconveniência (FELIU, 2015, p. 52).

Segundo o item nº 4 do art. 72, uma alteração é considerada substancial quando tornar o contrato materialmente diferente do contrato celebrado inicialmente, e isso ocorre caso se verifique uma ou mais das seguintes condições: a modificação introduzir condições que, se estivessem presentes no procedimento de adjudicação original, teriam permitido a seleção de outros candidatos, a adjudicação do contrato a outro proponente ou, ainda, teriam atraído mais participações no concurso; a modificação alterar o equilíbrio econômico do contrato a favor do adjudicatário; a modificação alargar consideravelmente o âmbito do contrato, passando a abranger fornecimentos, serviços ou obras que não estavam inicialmente abrangidos; houver a substituição do adjudicatário em casos não previstos na alínea ‘d’. Vejamos as hipóteses, conforme a Diretiva:

4. A modificação de um contrato ou de um acordo-quadro durante o seu período de vigência é considerada substancial, na aceção do n.º 1, alínea e), quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente. Em qualquer caso, sem prejuízo dos n.ºs 1 e 2, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma ou mais das seguintes condições:

- a) A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso;
- b) A modificação altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial;
- c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro;
- d) O adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos no n.º 1, alínea d).

Ainda sobre alteração substancial do contrato, vale transcrevermos o Consideranda 107 que trata da distinção entre esta e a que altera a natureza global do contrato:

É necessário esclarecer as condições em que as modificações de um contrato durante a sua execução exigem um novo procedimento de contratação, tendo em conta a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia. É exigido um novo procedimento de contratação em caso de alterações materiais ao contrato inicial, em particular ao âmbito de aplicação e ao conteúdo dos direitos e obrigações mútuos das partes, incluindo a distribuição de direitos de propriedade intelectual.

Tais alterações demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais desse contrato. Isso verifica-se, em particular, nos casos em que as condições alteradas poderiam ter tido influência no resultado do procedimento, se tivessem sido inicialmente contempladas. **As modificações do contrato que resultem numa pequena alteração do valor do contrato até determinado valor deverão ser sempre possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de contratação.** Para o efeito, e a fim de garantir a segurança jurídica, a presente diretiva deverá prever limiares «de minimis» abaixo dos quais não é necessário um novo procedimento de contratação. As modificações do contrato acima desses limiares deverão ser possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de contratação, na medida em que cumpram as condições previstas na presente diretiva.

Esses limiares, em que o contrato pode ser alterado sem que seja necessário verificar o preenchimento das condições já apontadas, estão previstos no item nº 2 do art. 72, abaixo transcrito: quando o valor da modificação for inferior a ambos os seguintes valores: aqueles estabelecidos no art. 4º; 10% do valor inicial do contrato, no caso de serviços e fornecimentos, e 15% no caso de empreitada de obras.

2. Além disso, e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no n.º 4, alíneas a) a d), os contratos podem igualmente ser modificados sem necessidade de novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, caso o valor da modificação seja inferior a ambos os seguintes valores:

- i) os limiares estabelecidos no artigo 4.º, e
- ii) 10 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de serviços e fornecimentos, e 15 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de empreitada de obras.

Nesse ponto, a Diretiva faz novamente o alerta de que a modificação não pode alterar a natureza global do contrato e, em caso de várias modificações, os valores devem ser avaliados com base no valor líquido acumulado das modificações sucessivas:

Contudo, a modificação não pode alterar a natureza global do contrato ou do acordo-quadro. Em caso de várias modificações sucessivas, esse valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das modificações sucessivas.

Por fim, interessante demonstrar que a Diretiva, em sua Consideranda 109, pondera expressamente sobre a possibilidade de elaboração de um projeto que não contenha todas as informações necessárias para a execução da obra (sem grifos no original):

As autoridades adjudicantes podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram o contrato, em especial quando a execução deste se prolonga por mais tempo. Neste caso, é necessário ter alguma flexibilidade para adaptar o contrato a essas circunstâncias sem um novo procedimento de contratação. O conceito de circunstâncias imprevisíveis refere-se a factos que a autoridade adjudicante não podia prever, apesar de ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a **necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível.** Contudo, este conceito não se pode aplicar nos casos em que uma modificação dê lugar a uma alteração da natureza global do contrato público, por exemplo substituindo obras, fornecimentos ou serviços a adjudicar por algo

diferente ou alterando profundamente o tipo de contrato, uma vez que, em tal situação, é previsível que o resultado final seja influenciado.

Percebe-se, de certo modo, uma aproximação do art. 72 da Diretiva com o art. 65 da Lei nº 8.666/93. É necessário algum tempo para aguardar o posicionamento do Tribunal de Justiça sobre dúvidas e conflitos que certamente surgirão.

Em resumo, quanto ao presente estudo, podemos perceber em dois momentos da Diretiva a preocupação com a possibilidade de elaboração de projetos incompletos, mas apenas nas hipóteses nas quais tais omissões sejam intencionais no bojo de um planejamento, no qual seja apurada a relação custo-benefício para a busca de todas as informações.

Além da Consideranda 109 supracitada, o próprio caput do art. 72, ao dispor que as modificações poderão ser promovidas quando “estiverem previstas nos documentos inicial do concurso, desde que não prevejam a modificação que altere a natureza global do contrato”, a Diretiva indica que determinados itens, caso desde antes da licitação sejam expressamente considerados como estimados, poderão ser alterados nos limites estipulados naquele dispositivo, sem que sejam consideradas alterações substanciais.

Essa boa ponderação europeia servirá, como será exposto adiante, de base para a proposta de regulação – ou regulamentação – do art. 65 da Lei nº 8.666/93¹²⁰.

3.5 A LIMITAÇÃO DO ART. 65 §§ 1º E 2º E UMA NOVA EXEGESE

Apesar da discussão sobre a natureza do limite de 25% (50%) ter sido pacificada junto ao Tribunal de Contas da União, a questão merece ser analisada sob outra perspectiva¹²¹. Abaixo, discorreremos sobre (i) a natureza do limite de valor; e (ii) a sua metodologia de cálculo.

O TCU e a doutrina, ao se manifestarem pela modificação do objeto contratual com a ultrapassagem do limite de 25%, (50%) prevista no art. 65 da Lei nº 8.666/93 estão atrelando

¹²⁰ É importante registrar que o art. 72 da Diretiva, nesse ponto (alterações expressamente previstas no projeto), impõe o limite de 50%, dispondo que “Em caso de várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor de cada modificação”. É dizer: não há proibição da compensação (atual entendimento do TCU) e também não é necessário compensar (metodologia utilizada anteriormente ao Acórdão nº 749/10) para que as alterações, com os acréscimos e supressões, totalizem montante inferior ao limite, no caso brasileiro, de 25% para empreitada por preço unitário.

¹²¹ As mesmas considerações abaixo são estendidas às empreitadas por preço global e integral e à contratação integrada nas hipóteses de alterações do projeto por decisão da Administração contratante.

o objeto contratado ao valor. Em outras palavras, o objeto do contrato seria o mesmo que as especificações técnicas e quantidades, isto é, a sua composição analítica.

No entanto, não concordamos com esse entendimento. O objeto contratual deve ser visto como um conjunto de fatores formado pela intenção da Administração Pública em implantar determinada utilidade, analisando-se a natureza do bem, suas especificações, qualidade, quantidade, prazo contratual e outras características concretas que tornam uma obra singular¹²². A generalização do limite de 25% esconde essa condição básica da engenharia, que talvez esteja sofrendo além da conta com conceitos jurídicos, como alertado por Luiz Freire de Carvalho e Mário Sérgio Pini:

As imposições legais trouxeram consigo um efeito perverso, que tem sido a ânsia por enquadrar a realidade das obras a padrões tabeláveis. Assim, não é surpresa que se busquem taxas-padrão para o BDI, que é a impressão digital do construtor, para os Encargos Sociais, que contém vários fatores de adequação, e, sucessivamente, para Canteiro, Administração Local, e outras variáveis de custos, de essência singular e perfeitamente orçáveis. Os preceitos da Engenharia de Custos não admitem tratamentos reduzidos, com o recurso a percentuais, supostamente aplicáveis a todas as obras. A padronização é parteira de um sem número de distorções de análise e avaliação, que substituem a aplicação do conhecimento de Engenharia e abrem campo para a atuação de profissionais não especializados [...] É mais confortável o estudo de qualquer objeto a partir de padrões, mas essa transposição para a engenharia vai implicar a sua sucumbência. Os padrões simplesmente ignoram o raciocínio lógico, o cálculo e a demonstração com conhecimento, o que está desestimulando o desenvolvimento da Construção. Esse quadro é reforçado pela LDO que reflete engessamentos progressivos nas relações entre agentes de obras públicas. Há outra decorrência. Não se pode deixar de contabilizar uma consequência negativa da Lei de Licitações: o processo progressivo de liquidação da Engenharia de Projetos nacional.” (CARVALHO; PINI, 2012, p. xxii-xxiii).

Essa seria a forma de compatibilizar a possibilidade prevista no art. 9º da Lei nº 8.666/93 de que a obra seja licitada com um projeto básico¹²³. Então, para que serviria o limite de 25% (50%)?

¹²² É esse o sentido do Manual de Procedimento de Contratação da Petrobras, que serve como uma espécie de regulamentação e integração do Decreto nº 2.745/98. Confira-se os itens 2.1.34 e 5.2.13: “2.1.34 - Escopo: aspectos atinentes ao objeto contratual como especificações, local e metodologia”; “5.2.13 - Os Contratos podem sofrer alterações no Escopo, desde que não importem em alteração do seu objeto de execução”.

¹²³ Nessa esteira, segue o parecer de Floriano de Azevedo Marques: “Desnecessário dizer que os quantitativos e o rol de serviços necessários à consecução da obra contratada não integram o seu objeto. A esse respeito, já pudemos consignar em outra oportunidade: ‘Assim, quando o poder público contrata com um particular a construção de uma escola, está firmando um contrato com o objetivo de adquirir um prédio, com tais e quais características, e quantitativos suficientes para seu uso como local de ensino, ou seja, para a finalidade que se lhe afeta. Sim, porque entender por objeto de um contrato administrativo não só o desiderato qualitativo deste (construção de uma - ou mais - escola (s), reforma de prédio público específico, edificação de uma ponte no trecho x do rio y, etc.) como também todas as especificações técnicas e os quantitativos que lhe acompanham, remeter-nos-ia à impossibilidade de se exercer o *jus variandi* nos termos de que dispõe a lei nova, em seu art. 65, I, a.’” (MARQUES NETO, 1998, 103-119).

O tradicional contrato de obra pública foi moldado para empreendimentos mais simples, nos quais a busca pelas informações justificam o custo para a elaboração de um projeto o mais completo possível. Contudo, para as hipóteses mais complexas, a completude do projeto não é possível, também porque simplesmente inviável a previsão sobre todas as situações que podem ocorrer durante a execução dos serviços. Como visto no primeiro capítulo, o valor isoladamente não espelha o objeto licitado e contratado.

A superação dos problemas geralmente decorrentes da incompletude pode ser promovida por meio de um desenho contratual eficiente, no qual o contratado tenha incentivos para lidar com os riscos – eventos previsíveis e quantificáveis que não constaram originalmente do projeto contratado. Entrementes, como explicado, o tradicional contrato de obra pública não foi moldado de forma a viabilizar essa possibilidade.

Por isso, o tradicional contrato de obra pública deve conviver com um sistema de governança cooperativa entre as partes que lide com salvaguardas para limitar ou mesmo suprimir comportamentos oportunistas, como a previsão de sanções, robusta fiscalização e limite de valor para as alterações contratuais, este último, representando verdadeira cláusula de resolução automática do contrato, como se fosse uma condição, caso ultrapassado. **Assim, nesse ponto, concordamos com a orientação consolidada no TCU de que também as alterações qualitativas devem ser subordinadas a um limite objetivo de valor.**

Analisando-se o dispositivo legal que versa sobre a limitação da alteração pelo valor, é possível perceber que ali o legislador pretendeu impedir (i) que o valor total do contrato fosse elevado de forma a proporcionar um gasto sem planejamento pela Administração e ao contratado um ganho muito superior ao originalmente proposto pela contratação, violando-se o princípio da isonomia – mas sem relação com a alteração do objeto licitado e sim por uma questão financeira; e (ii) que esse mesmo contratado fosse prejudicado com uma diminuição acentuada de sua performance contratual, salvo a hipótese de um acordo entre as partes. Cuida-se, pois, de cláusula concernente ao *valor* total da avença, tendo em vista uma relação entre ganhos e dispêndios, que não se relaciona com a alteração do objeto contratado.

Nessa linha, veja-se que o inc. II permite a alteração em montante superior a 25% no caso de acordo. Então, em havendo mútuo consentimento, o limite de 25% aplica-se, apenas e tão-somente, aos acréscimos, e não às supressões, de acordo com a dicção expressa do § 2º. Mas aí fica a questão: se a finalidade última do art. 65 como um todo é – tal como defende o TCU – a preservação do objeto contratual licitado, por que permitir a supressão ilimitada?

Apenas em razão do acordo das partes? Poderia este último alterar a seu talante o objeto contratual, suprimindo itens a torto e a direito, sem qualquer limitação?¹²⁴

Em suma, a análise do texto legal mostra que o intuito do art. 65 é de caráter limitador. Mas não com relação ao objeto contratual, e sim com *certa manutenção do equilíbrio econômico-financeiro*¹²⁵ do ajuste firmado entre a Administração Pública e o particular, quando tal equilíbrio, de um modo ou de outro, é comprometido por motivos endógenos à relação contratual, isto é, alterações contratuais.

A Lei evidentemente permite alterações contratuais, inclusive aquelas de natureza unilateral, mas exige que as mesmas sejam feitas com cuidado e atenção, de modo a evitar ganhos ou perdas excessivas de parte a parte.

Nessa ordem de ideias, a natureza da limitação é evidentemente *orçamentária e financeira* – trata o art. 65, em todos os seus incisos e parágrafos, de possíveis efeitos de natureza relativa a dispêndio de valores que podem ser suportados pelas partes no caso de alterações contratuais¹²⁶. Este é o cerne, o núcleo da questão: o legislador, no art. 65, visou proteger os contratantes dos bruscos e desmedidos efeitos financeiros decorrentes de alterações contratuais. Esta a *ratio* por trás da fixação dos percentuais de 25 e 50%: presumiu o legislador que, observados esses percentuais, os efeitos financeiros dos acréscimos e supressões não serão de tal monta a gerar ganhos ou perdas financeiras excessivas às partes. Vale lembrar que os recursos do Estado são finitos e que seu manejo depende de planejamento

¹²⁴ Mais que isso, deve ser alcançada a *ratio* que ampara a proteção do objeto dado em licitação. Modificá-lo implicaria em tese esvaziar a competição havida no certame e inviabilizar a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. A possibilidade legal deve ser complementada por dois “axiomas” advindos da Economia: (i) quanto menos complexo/vultoso ou mesmo de menor escala o bem ou serviço a ser contratado, maior o número de *players* no mercado capaz de adimpli-lo – isto é, passíveis de se habilitarem numa licitação; e (ii) quanto maior o número de habilitados numa licitação, havendo um cenário de competição normal, menor deve ser o preço a ser desembolsado pelo Erário. Desta feita, encerrando o raciocínio *ad absurdum*, se o dispositivo em comento servisse para o controle de modificação do objeto contratual, de modo a manter a vantajosidade experimentada pela Administração por meio da licitação, somente funcionaria em caso de acréscimo, mas seria inócuo em caso de supressões. Isto porque, e encerra-se o argumento, imagine-se que a Administração licitasse projeto bastante complexo e exigisse qualificação técnica consoante as dificuldades técnicas. Neste cenário, ter-se-ia uma competição de poucos interessados, diminuindo o potencial desconto a ser obtido pelo Poder Público. Contudo, prosseguindo-se, tem-se que, durante a execução do contrato, permite-se a redução do objeto. E aqui tem-se o aspecto mais relevante: os itens e serviços remanescentes poderiam ter sido contratados, em tese, a menor preço, uma vez que se tivessem sido licitados isoladamente, demandariam menor exigência técnica e, consequentemente, poderiam ser disputados por mais particulares, o que implica a obtenção de maior desconto. Por essa razão, caso o valor contratual fosse de fato parâmetro para o limite de alteração do contrato, não haveria sentido a previsão sobre a possibilidade de supressão de volume superior a 25%.

¹²⁵ O equilíbrio econômico financeiro que aqui se alude não é aquele que determina a manutenção das condições originárias da contratação, mas o que tende a evitar, diante da necessidade de alteração daquelas circunstâncias iniciais – sem transfiguração do objeto –, um ganho ou perda demasiada para o contratante ou contratado.

¹²⁶ A única exceção, no ponto, a nosso sentir, é a letra “d”, do inc. II do art. 65 que, a bem ver, trata do desequilíbrio econômico-financeiro quando oriundo de fatores externos ao contrato (fatos supervenientes) e que, por isso, não deve estar submetida a limite de valor.

e de uma série de leis que impõem limites aos gastos públicos, como o Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), além da Lei nº 4.320/64 e da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00).

Portanto, tendo em vista a análise a respeito do recente posicionamento do TCU, é importante, pensamos, fixar a premissa de que o limite de 25% (50%) não se presta a estabelecer uma fronteira entre alterações de itens que preservam o objeto contratual e aquelas que o desnaturam; na realidade, a manutenção do objeto contratual deve ser averiguada em cada e qualquer alteração de itens, independentemente do impacto percentual desses no valor global do negócio.

A identidade do objeto licitado não está diretamente ligada ao valor dos itens contratuais eventualmente acrescidos ou suprimidos, como aponta a teoria econômica. Por isso, não concordamos com a afirmação de que a ultrapassagem do limite de 25% (50%) necessariamente significa a transfiguração do objeto licitado ocasionando uma nova contratação direta sem respaldo na legislação.

Nessa ordem de ideias, o teto de 25% (50%) serve, inclusive, tal como na hipótese de preço global, como uma forma de incentivo para que os preços de itens novos sejam até mesmo reduzidos, ou seja, como mais uma forma de barganha da Administração Pública. O contratado, em determinadas situações, terá que escolher entre diminuir o preço ou rescindir o contrato¹²⁷.

Além da incorreta utilização do limite de 25% (50%) como parâmetro único para a conservação do objeto licitado e contratado, pensamos que a metodologia empregada que veda a compensação entre o conjunto de acréscimos e de supressões não encontra amparo no texto da lei¹²⁸. Veja-se que os dispositivos que tratam dos limites da alteração são claros.

¹²⁷ É claro que a metodologia restritiva - que impede compensações - do TCU reforça esse aspecto. Mas nossa intenção é demonstrar que o limite de valor é relacionado com questões financeiras e não imediatamente com o objeto licitado.

¹²⁸ André Mendes, já prevendo os inúmeros problemas que a nova metodologia de cálculo do limite de 25% do contrato irá causar, entende possível a sua superação com base em três requisitos: “Imagine-se o orçamento da construção de um trecho rodoviário que prevê grandes volumes de movimento de terra, trazidos de uma área de empréstimo a 10Km de distância. Suponha-se que, quando do início da obra, obtém-se a liberação para a exploração do material compatível de outra jazida, esta localizada a apenas 5Km da obra. Na hipótese de exclusão do item relativo à distância de 10Km e a inclusão de outro, correspondente à distância de 5Km, significar acréscimo superior a 25%, a aplicação automática e inflexível da jurisprudência que ora se discute impediria essa alteração, mesmo significando redução no valor final da obra. Em casos assim, deve-se apelar para o bom senso e flexibilizar esse entendimento, desde que em harmonia com o interesse público. Se uma detida avaliação do caso concreto indicar que: a) não há de fato nenhuma alteração do objeto, pois os serviços incluído e excluído são da mesma natureza e executados com os mesmos insumos, endo a diferença da distância de transporte a única distinção entre eles, não havendo que se falar, portanto, em quebra do princípio da isonomia; b) a contratada não está auferindo nenhuma vantagem extra com a modificação, pois seus preços para ambos os serviços guardam a mesma proporção em relação ao valor referencial considerado; c) a mudança é

O § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 dispõe que o contratado está obrigado a aceitar um total de 25% (50%) de aumento de valor do contrato – trata-se de cláusula exorbitante já estudada. Confira-se a sua redação: “§ 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*”. É importante verificar que o legislador utilizou o plural das alterações, ou seja, quis que fossem consideradas na conta **todas as alterações**, que não podem resultar em montante acima de 25% ou (50%). A não ser que o contratado concorde – ele não poderia ser forçado –, de modo que os valores superiores a esse limite incorporados ao contrato seriam resultado de alteração bilateral e não mais unilateral decorrente de cláusula exorbitante. Ora, por óbvio, o valor total de 25% somente pode ser encontrado com o cálculo da compensação entre acréscimos e supressões, pois entendimento contrário levaria ao absurdo procedimento de criação de dois valores diferentes para os contratos administrativos: os valores consolidados advindos dos acréscimos ao lado dos valores consolidados de supressão, o que seria no mínimo irrazoável e sem sentido.

Já no § 2º do art. 65, a Lei nº 8.666/93 - que nesse caso não trata mais da questão da unilateralidade, *mas do limite em si* - utiliza-se de linguagem no singular: “§ 2º **Nenhum** acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (...)”. É dizer: a cada acréscimo ou subtração deve ser apurado o limite de 25% (50%). Aqui, portanto, a metodologia é outra. A redação deste último (art. 65, § 2º da Lei nº 8.666/93) não tem qualquer relação com o desfecho decidido no Acórdão nº 749/10, que se refere ao conjunto de acréscimos e supressões. Rememore-se que o TCU considera o limite como o total de acréscimos de 25% de um lado e o total de supressões de 25% de outro. Vendo esse conjunto separadamente, entendeu que não poderia haver compensação. Contudo, com a devida vênia, não é essa a letra da lei, nem, como visto, a sua teleologia.

Para que fique mais claro o que veio a ser dito, demonstramos abaixo as quatro metodologias até hoje criadas e estudadas para a aplicação do limite de valor de 25% (50%):

vantajosa para a Administração, pois o valor final da obra será reduzido e o produto final será exatamente o mesmo” (MENDES, 2013, p. 217).

Tabela 5 – Metodologias de cálculo do limite das alterações contratuais qualitativas quanto ao valor

Hipótese de interpretação	Local em que foi verificada	Fundamento normativo
(i) As alterações podem ser compensadas para o cálculo de 25%	Metodologia comumente utilizada antes do Acórdão nº 749/10 TCU – Plenário	Inteligência do § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 – voltado à unilateralidade exorbitante
(ii) As alterações devem ser verificadas em conjuntos de acréscimos e supressões que não podem ser compensados, sendo que cada um desses conjuntos possui o limite de 25%	Acórdão nº 749/10 TCU – Plenário	Não identificamos essa previsão na Lei nº 8.666/93
(iii) As alterações, sejam de acréscimo, sejam de supressões, sempre são somadas em conta única (soma algébrica)	Projeto de Lei do Senado nº 559/13	Não há no momento; em fase de discussão em processo legislativo
(iv) Cada alteração, individualmente, sofre a incidência do controle de 25%	Previsão do art. 72 da Diretiva nº 2014/24 da União Europeia para alterações não substanciais	Consideramos que essa é a inteligência do § 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 em relação ao cálculo do limite de alteração de valor para modificações qualitativas

Em suma, entendemos que o item (i) acima é o que reflete adequadamente a inteligência do § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 e o item (iv) a do §2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, devendo ser afastadas as interpretações (ii) e (iii) por não encontrarem suporte na letra da lei nem em uma interpretação finalística da norma.

4 DA NORMATIZAÇÃO DAS ALTERAÇÕES QUALITATIVAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS RELATIVOS A OBRAS DE INFRAESTRUTURA

Foi visto ao longo dos capítulos anteriores que o tema das obras públicas no Brasil merece um extenso e detalhado tratamento legislativo. Diplomas editados e aprovados pelo Poder Legislativo, e sancionados e promulgados pelo Poder Executivo, se propõem a disciplinar a concepção, seleção, contratação e execução das mais variadas empreitadas que, de uma maneira ou de outra, envolvam o Poder Público.

Seria de se supor que, nesse caso, as leis aplicáveis - desde a Lei nº 8.666/1993 até a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o RDC - trouxessem um conjunto de regras e disposições que regessem a matéria do modo mais amplo e detalhado possível, prevendo as situações com as quais os vários atores envolvidos - em especial a Administração Pública e os particulares contratados - tivessem de lidar no desenvolvimento e realização dos projetos e no dia a dia dos canteiros.

Mas essa suposição é quimérica. É uma experiência comum que nem a lei mais bem elaborada, mais cuidadosamente concebida pelos especialistas mais dedicados, consegue prever todas as situações, todas as hipóteses que sua aplicação diuturna aos fatos da vida pode desencadear.

No caso de obras públicas, as leis são omissas em torno das questões de execução dos contratos, regulando, no mais das vezes, apenas a licitação. A Lei nº 8.666/93 não estabelece como deve ser elaborado um projeto levado à licitação, apenas definindo elementos mínimos que devem constar naquele documento e determinando que a sua alteração pode chegar ao limite de 25% (ou 50% para acréscimos em caso de reforma de edifícios ou equipamentos). A lei prevê apenas parâmetros a serem obedecidos, porém, sem maiores especificações. Em palavras precisas, o projeto básico de engenharia é uma soma de conceitos que exigem conhecimentos técnicos, jurídicos e econômicos, aliados a deliberações políticas, para serem concretizados.

A decisão sobre esses elementos deve partir do Poder Executivo, que, afinal de contas, é o contratante e legitimado para, dentro da margem estabelecida pelo Poder Legislativo, definir a melhor maneira de se desenhar a estratégia a ser utilizada para a elaboração do projeto e execução da obra. O grau de completude do projeto e sua consequente alteração dependem do entendimento sobre os efeitos jurídicos, sociais e econômicos da obra e seus custos, ou seja, é sistêmica e ultrapassa as cláusulas do contrato.

Ocorre que essa função de regulação – ou regulamentação – da Lei nº 8.666/93, em relação ao projeto básico e suas alterações, não vem sendo exercida devidamente, dando margem para que os órgãos de controle, notadamente o TCU, estabeleçam regras as quais, com a devida vênia, não estão no âmbito de sua competência constitucional de órgãos de controle. Como será alinhavado, “Corte de Contas não é Conselho de Estado” (SUNDFELD; CÂMARA, 2012, p. 61).

O posicionamento da Corte de Contas da União sobre os requisitos para a elaboração do projeto básico é um bom exemplo. Num primeiro momento, foi editada a súmula nº 261/10, que, em linguagem aberta, somente fazia menção à própria redação da lei:

Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.

Perceba-se que dois elementos constituem a principal fonte de orientação de precedentes do Tribunal. O primeiro cuida dos estudos – os quais, como visto, são genéricos na própria lei – e o segundo, sobre o objeto contratado. O que seria a sua transfiguração? Existe algum método que possa apurar essa hipótese?

Posteriormente, em uma tentativa de integrar e dar maior concretude ao aludido enunciado, o TCU decidiu, na TC 002.089/2012, que o Instituto Brasileiro de Obras Públicas, formado por membros dos próprios Tribunais de Contas, poderia regular o art. 6º da Lei nº 8.666/93. Esse instituto, *de natureza privada*, editou a OT IBR 01/2006 (mencionada no segundo capítulo). Confira-se trecho do Acórdão 632/2012:

9.1. determinar à Segecex que dê conhecimento às unidades jurisdicionadas ao Tribunal que as orientações constantes da OT IBR 01/2006, editada pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP), passarão a ser observadas por esta Corte, quando da fiscalização de obras públicas.

O CONFEA, recentemente, através da Decisão Normativa nº 106/2015, também aderiu a essa definição. A ABNT está se encaminhando na mesma direção, por meio da Comissão de Estudo Especial CEE-162¹²⁹. A orientação do TCU está sendo aplicada inclusive por cortes de contas de outras esferas federativas¹³⁰.

¹²⁹ Vale registrar que a Lei nº 4.150/62 dispõe o seguinte: “Art. 1º Nos serviços públicos concedidos pelo Governo Federal, assim como nos de natureza estadual e municipal por êle subvencionados ou executados em regime de convênio, nas obras e serviços executados, dirigidos ou fiscalizados por quaisquer repartições federais ou órgãos paraestatais, em todas as compras de materiais por êles feitas, bem como nos respectivos editais de concorrência, contratos ajustes e pedidos de preços será obrigatória a exigência e aplicação dos requisitos mínimos de qualidade, utilidade, resistência e segurança usualmente chamados 'normas técnicas' e elaboradas

Apesar da nobre intenção de impedir a ocorrência de prejuízo ao Erário, existem requisitos contestáveis previstos na OT IBR 01/2006. O primeiro deles é o da falta de delegação legal que permita a regulação do tema pelo IBRAOP, que seria, caso referida delegação existisse, uma hipótese de regulação pública não estatal. A ausência de comando legal nesse sentido impede a obrigatoriedade por terceiros da observância da aludida orientação técnica, tendo em vista a violação ao princípio da legalidade, corolário da própria noção de Estado de Direito. Alexandre Aragão ensina que:

Do conceito de regulação propriamente dita deve ser excluída a regulação pelo mercado e pelas regras de autorregulação provenientes de entidades ou empresas privadas (regulamentos de empresa, decisões associativas, códigos privados de conduta, etc.), salvo se oriundos de delegação do Poder público, caso em que estaremos diante da *regulação pública não estatal*, pela qual as entidades sociais, normalmente concernentes a determinada coletividade profissional (entre nós, por exemplo, os conselhos profissionais e as entidades desportivas), assumem, no seu âmbito, a função de regulação sem que, contudo, sejam transformadas em órgãos do Estado, que, todavia, lhes empresta a sua autoridade por via legislativa ou constitucional (*verbi gratia*, art. 207 e 217, I, CF).

Em realidade, na ausência de delegação legal, no máximo, as normativas do IBRAOP constituiriam hipótese de autorregulação, mas não poderiam ter efeitos vinculantes a terceiros não associados ao Instituto. Dessa forma, não há como o TCU impor a observância da referida orientação técnica pela Administração Pública.

O segundo é a intenção declarada de evitar os aditivos, fechando as margens de decisão da Administração Pública na elaboração do projeto levado à licitação. Em que pese o amplo permissivo do art. 6º IX da Lei nº 8.666/93, os requisitos constantes daquela diretiva técnica do IBRAOP são descritivos, detalhando inúmeros elementos que devem constar do projeto. Um exemplo é a necessidade de constar de projeto básico de obras rodoviárias o levantamento cadastral e o custo com a desapropriação de todos os imóveis que estão na faixa de domínio da rodovia. Como será adiante demonstrado, essa informação, em se tratando de obras complexas de infraestrutura, notadamente as de grande extensão linear, dificilmente pode ser fielmente retratada no projeto básico. Por poder envolver, no limite, centenas e às vezes até milhares de imóveis, muitos sem qualquer anotação atualizada no RGI, a demora,

pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, nesta lei mencionada pela sua sigla 'ABNT'". Entendemos que não caberia à ABNT deliberar sobre como a Administração Pública pode planejar os seus contratos, mas apenas sobre os requisitos do projeto executivo, como previsto na lei, por se tratar de questão técnica.

¹³⁰ No Estado do Rio de Janeiro há a notícia de pelo menos um precedente, no processo 101.790-0/15, que cuida de auditoria sobre obras de infraestrutura e pavimentação promovidas pelo Estado no Município de Duque de Caxias.

em determinadas circunstâncias, não justifica que se deixe de iniciar a obra¹³¹. Além disso, a negociação é dilatada e, normalmente, deve ser proposta ação de desapropriação junto ao Poder Judiciário, o que eleva os custos¹³²⁻¹³³.

Veja-se que o Tribunal de Contas da União, aos poucos, está extinguindo a empreitada por preço unitário, obrigando a Administração, em que pese a previsão legal, a contratar com um projeto próximo ao executivo e à empreitada por preço global.

Não podem ser igualmente esquecidas que as falhas redacionais da Lei nº 8.666/93 têm proporcionado uma atuação excessiva do controle externo exercido pelo TCU. Basta ver que nem ao menos está expressa na lei a limitação de variação em decorrência de alterações qualitativas, a qual, como exposto, decorreu de interpretação daquela Corte de Contas e, até hoje, causa discussão, sendo que muitos autores defendem a sua não incidência.

O presente capítulo busca propor, a partir da análise de dois casos tomados como exemplos, uma forma de superar a insegurança jurídica causada pela atuação do TCU no cotejo da necessidade de contratação de um projeto parcialmente incompleto.

4.1 CASO 1: AS NORMAS TÉCNICAS DO DNIT E A CONSTRUÇÃO DA PONTE SOBRE O CANAL DAS LARANJEIRAS EM LAGUNA – SC

¹³¹ Por óbvio, não seria economicamente viável a emissão de ordem de serviço para a execução do contrato em trechos recortados da obra. Por isso, a liberação de frente deve ser vista caso a caso à luz da relação custo benefício.

¹³² A obra de implantação do Arco Rodoviário do Rio de Janeiro, por exemplo, envolveu quase três mil desapropriações, sendo cerca de quinhentas pela via judicial.

¹³³ Nesse aspecto, merece alguma ponderação o entendimento de Flavio Amaral Garcia que, ao comentar as sugestões do grupo de trabalho criado pelo ex-Ministro Joaquim Levy para propor medidas voltadas ao aprimoramento das normas para melhorias do ambiente de negócios no Brasil, do qual faz parte, se posiciona no sentido de incluir a obrigatoriedade de plano de desapropriação no projeto básico: “Cria-se um dever para o contratante em conceber um plano de desapropriação/servidão administrativa, com a identificação precisa das áreas, ato declaratório de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, laudo de avaliação detalhando o valor a ser desembolsado e previsão dos recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes. O objetivo é evitar o deslocamento do tema para o momento de execução do contrato, constituindo-se em fato da administração impeditivo da execução da obra. Por isso a previsão de que a adjudicação do objeto somente poderá ocorrer se, em até 120 (cento e vinte) dias corridos contados da declaração do vencedor o contratante, em cumprimento do plano de desapropriação, comprovar a liberação das áreas necessárias à execução contratual” (GARCIA, 2015). O plano de desapropriação já é feito antes da licitação, mas realmente sem a avaliação de todos os imóveis. Contudo, esse risco sempre é alocado à Administração, mesmo nas hipóteses de contratação integrada. A experiência demonstra que a desapropriação é causa de paralisação da obra, pois, em muitos casos (quando não há acordo ou o proprietário, possuidor ou detentor de benfeitoria não é encontrado), depende da atuação do Poder Judiciário, o que pode levar alguns anos. Exigir que todos os imóveis sejam cadastrados e avaliados antes da licitação não impedirá essa discussão no momento da execução da obra e, por outro lado, trará mais custos antes da licitação, ocasionando mais demora para o início dos trabalhos.

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT expede normas técnicas que devem ser obrigatoriamente observadas no âmbito dos seus contratos¹³⁴. Para além dessas, são também elaboradas diretrizes, que têm como condão orientar a preparação de projetos que darão subsídios aos contratos de obras rodoviárias. Sobre estas, assim dispõe o Manual “Das Diretrizes Básicas para a Elaboração de Estudos e Projetos Rodoviários”¹³⁵:

Nunca é demais repetir que as Diretrizes Básicas, mesmo sem ter poder coercitivo, constituem uma documentação fundamental para a engenharia rodoviária, ilustrando e apontando caminhos seguros para a obtenção de resultados satisfatórios, para os quais também concorrem o bom senso, a inteligência, as reminiscências e a habilidade de unir prática e teoria que devem caracterizar o engenheiro rodoviário.

Um dos itens desse Manual é a Instrução de Serviço (IS) nº 214, que cuida da confecção do projeto de obras de arte especiais (OAE), como é o caso de pontes¹³⁶.

Toda obra rodoviária de grande extensão linear é projetada a partir da composição de subprojetos, como terraplanagem, pavimentação, drenagem e sinalização. A pavimentação possui uma série de fases, finalizadas com os procedimentos para colocação do concreto, cujas placas acumulam o duplo papel de base e revestimento, e podem ser concebidas em diferentes tipos (PESSOA JUNIOR, 2014, p. 277). A IS nº 214 do DNIT possibilita a utilização do concreto armado e protendido¹³⁷, sendo que ambos requerem a mistura com aço para que possam suportar a carga pesada do tráfego que passará na rodovia. O aço, portanto, é um insumo de grande relevância para a construção das OAEs – não apenas para a pavimentação, mas também para a própria estrutura.

O estudo de um recente julgamento do Tribunal de Contas da União sobre o quantitativo de aço utilizado no projeto inicialmente licitado e contratado à luz da Lei nº

¹³⁴ As normas técnicas do DNIT são elaboradas pelo Instituto de Pesquisas Rodoviárias, nos termos da Portaria nº 166/2002 da Diretoria-Geral, publicada no Boletim nº 13-A de 01 a 05 de julho de 2002 (Disponível em: <<http://ipr.dnit.gov.br/Intranet/menu-navegacao/boletins-administrativos/2002/suplemento-ndeg-13-a-01-a-05-de-julho-de-2002.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2015).

¹³⁵ Disponível em: <http://www1.dnit.gov.br/arquivos_internet/ipr/ipr_new/manuais/diretrizes_basicas_instrucoes_servicos.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2015.

¹³⁶ Os estudiosos dos projetos de engenharia dividem as obras de arte entre correntes e especiais: “A partir do século XVII a engenharia foi se modernizando e aprimorando e o empirismo foi aos poucos sendo substituído pelos métodos científicos. No entanto, esta expressão permanece até os dias atuais, se subdividindo em “obras de arte correntes” (OAC) e “obras de arte especiais” (OAE). O primeiro é assim chamado quando se trata de estruturas que possuem projeto padrão tais como, pontes com vão até 25 metros, pontilhões com vão até 12 metros, drenos superficiais ou profundos, bueiros com vão ou diâmetro até 5 metros, passagens inferiores e superiores com vão até 25 metros, etc. O segundo é formado por obras de pontes, viadutos, aquedutos, passarelas, etc. em que existe um projeto específico para cada caso” (FRANÇA, 2011, p.01).

¹³⁷ “Tecnicamente o concreto protendido é um tipo de concreto armado no qual a armadura ativa sofre um pré-alongamento, gerando um sistema auto- equilibrado de esforços (tração no aço e compressão no concreto). Essa é a diferença essencial entre concreto protendido e armado” (ISHITANI; LEOPOLDO; FRANÇA, 2002, p. 2)

8.666/93 para a construção da ponte Anita Garibaldi sobre o Canal das Laranjeiras ilustra a questão objeto da presente pesquisa.

O projeto foi concebido para viabilizar a melhoria do acesso ao Município de Laguna, no Estado de Santa Catarina. Do tipo estaiada, o projeto previa a utilização de 12.520 toneladas de aço¹³⁸. Segundo o DNIT¹³⁹:

Obra integrante do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, a Ponte Anita Garibaldi é a primeira ponte estaiada em curva do país e representou um investimento do Governo Federal, por intermédio do DNIT, da ordem de R\$ 777 milhões. Possui 2.830 metros de extensão, sendo 400 metros no vão central com estais (cabos); dois mastros de sustentação com 63 metros de altura; 136 estacas escavadas com diâmetro de 2,50m. Em sua construção foram utilizadas 20.000 toneladas de aço, 100.000 m³ de concreto e 251.500 m² de forma. Importando tecnologia diretamente da Europa, o empreendimento contou com a maior treliça lançadeira do Brasil, de 132 metros de comprimento.

Figura 1 – Ponte de Laguna



Fonte: www.pontedeleguna.com.br

A quantidade de aço inicialmente prevista foi fortemente majorada durante a execução dos serviços. Isso porque, a constante do projeto básico era apenas preliminar, baseada em desenhos e estimativas, nos termos da alínea “f” do item 3.2 da IS nº 214 do DNIT:

3.2 FASE DE PROJETO BÁSICO

Em função da análise dos elementos topográficos, hidrológicos, geotécnicos e complementares e das informações do projeto da rodovia, levantados na fase preliminar, será elaborado o projeto da obra-de-arte nesta fase, que se constituirá de: (...)

¹³⁸ Disponível em: <<http://infraestruturaurbana.pini.com.br/solucoes-tecnicas/Transporte/obras-de-ponte-estaiada-de-quase-tres-km-de-extensao-335295-1.aspx>>. Acesso em: 8/11/2015.

¹³⁹ Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/noticias/presidenta-dilma-inaugura-ponte-de-laguna-em-santa-catarina>>. Acesso em: 08/11/2015

f) Memória de cálculo estrutural da solução adotada definindo as principais seções e elementos de relevância na estrutura, constando as verificações de resistência e quantidade aproximada de armadura;

A quantidade aproximada – e não definitiva – de armadura (estrutura) significa a opção pela celebração de um contrato incompleto, pois não foram obtidas todas as informações para a elaboração do projeto executivo.

Ainda durante a execução da obra, o Tribunal de Contas da União instaurou a TC nº 003.807/2011-8, com o achado sobre o memorial de cálculo e os desenhos correspondentes aos elementos estruturais da ponte. No Acórdão nº 896/2015 (julgado em 22/04/2015), o Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Junior entendeu o seguinte:

27. O que se verifica é que não há uma convergência de qual percentual seria tolerável para essas alterações de projeto. Contudo, no caso concreto tratado nesses autos, em que as peças estruturais não são sequer detalhadas e as quantificações de insumos são apenas estimadas, mediante aplicação de taxas médias de consumo, de tal forma que grande parte dos itens orçados são passíveis de substancial alteração, entendo que resta totalmente comprometida a adequação técnica do projeto licitado. Ademais a própria conceituação de projeto básico leva a presunção de que apenas alguns ajustes se façam necessários no decorrer do processo de elaboração do projeto executivo, não sendo tolerável tamanha imprecisão no orçamento-base.
(...)

31. As sérias deficiências verificadas no projeto básico em tela, conforme explicitado nos itens precedentes desta Proposta de Deliberação, impossibilitam a adequada descrição dos serviços que serão implementados na obra, comprometendo o procedimento licitatório realizado, tendo em vista que a falta de rigor técnico na elaboração do projeto básico pode afastar do certame as empresas que optem por não correr o risco de apresentar um orçamento elaborado sem a necessária precisão, havendo, portanto, prejuízo à competitividade do certame e à contratação da proposta mais vantajosa pela Administração Pública, o que enseja a nulidade da concorrência efetivada.
(...)

114. Conclui-se, então que a Instrução de Serviço para Projeto de Obras de Arte Especiais (IS-214) não atende o inciso IX do art. 6º da Lei nº 8.666/93, principalmente com o descrito na alínea b, a qual exige que o projeto contenha 'soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem'.

O TCU, portanto, não concordou com a celebração do contrato incompleto nesse ponto, manifestando-se contrariamente à própria norma técnica emanada da Administração Pública, que orienta a contratação nesse sentido. De fato, a contratação baseou-se em projeto não definitivo, pois, nos termos do item 3.3 da IS nº 214 do DNIT, as informações completas apenas são obtidas durante a fase do projeto executivo¹⁴⁰:

¹⁴⁰ É importante informar que no caso de pontes em rios a licença ambiental é fundamental para a configuração dos pilares, por conta da vazão dos corpos hídricos, sendo que essa informação normalmente somente é obtida com a licença de instalação, após a elaboração do projeto de básico. É dizer: usualmente há alteração contratual

3.3 FASE DE PROJETO EXECUTIVO

Esta fase compreenderá o detalhamento do projeto elaborado na fase anterior, e aprovado, através da determinação e preparação dos seguintes elementos necessários à execução da obra:

- a) Cálculos estruturais;
- b) Desenhos;
- c) Especificações;
- d) Quantitativos;
- e) Orçamento e plano de execução.

A opção do DNIT pela licitação a partir de projeto básico sem todas as informações ocorre principalmente em razão do custo de oportunidade. O início das obras independe de uma série de estudos que podem ser desenvolvidos posteriormente à licitação, mas que, dependendo dos resultados, acarretam alterações no projeto originalmente licitado. Privilegia-se, assim, a janela de oportunidade para a realização da obra, que depende de um ambiente favorável, como orçamento, mercado, vontade política e opinião pública (obras exigem escolhas de prioridades e causam contratempos físicos à vida da população). Nesse caso, deve-se considerar o custo não apenas aparente. É preciso lembrar que a demora inicial também acarreta custos, pois a realidade muda a todo tempo, de modo que ganhos aparentes com um suposto maior planejamento, na verdade, podem acobertar prejuízos incomensuráveis¹⁴¹, que devem ser verificados caso a caso.

Um dos estudos que mais enseja mudança é o geotécnico (acompanhado do geológico), que analisa as características dos terrenos. É de fundamental importância, pois, dependendo do tipo do solo¹⁴² ou da existência de lençol freático, pode dar azo à necessidade

por conta da expedição da licença ambiental. No mesmo sentido, a possibilidade de modificação do projeto pela compensação ambiental, também conhecida na fase de licença de instalação.

¹⁴¹ Custo de oportunidade refere-se à alternativa que foi deixada de lado. Por exemplo, um agricultor, que possui limitação de área, decidiu plantar mais verduras do que frutas para elevar seu ganho. No entanto, ele deve calcular na soma total não apenas o que auferiu com as verduras, mas também o que deixou de ganhar com as frutas. Esse cálculo evolui com a complexidade dos negócios, como demonstra o exemplo de Cooter e Ulen: “Em geral, a noção econômica de custo de oportunidade é mais ampla do que a noção comum de custo contábil. Um exemplo irá esclarecer este aspecto. Suponha que uma parente rica lhe dê um carro cujo valor de mercado é de US\$ 15.000,00. Ela diz que se você vender o carro, poderá ficar com a receita, mas se você mesmo usar o carro, ela pagará a gasolina, o óleo, a manutenção os consertos e o seguro. Em suma, diz ela: 1º uso do carro é GRÁTIS!’ Mas será que é? Suponha que os US\$ 15.000,00 pelos quais o carro poderia ser vendido rendessem 12% de juros por ano numa caderneta de poupança, representando uma renda de US\$ 1.800,00 por ano em juros. Se você usar o carro durante um ano, seu valor de revenda cairá para US\$ 11.000,00 – o que lhe custará US\$ 4.000,00. Portanto, seu custo de oportunidade do uso do carro por um ano é de US\$ 4.000,00 mais o juro perdido de R\$ 1.800,00, num total de US\$ 5.800,00. Isto está longe de ser grátis. O custo contábil do uso do carro é zero, mas o custo de oportunidade é positivo” (COOTER e ULEN, 2010, P. 53).

¹⁴² A ABNT define o solo como “Materiais constituintes essenciais da crosta terrestre que, provenientes da decomposição ‘in situ’ das rochas pelos diversos agentes geológicos, ou pela sedimentação não consolidada dos

de diferentes espécies de fundações e estaqueamentos que refletem a quantidade e tipo de material utilizado na pavimentação. O solo exige soluções de engenharia que justificam inclusive a alteração do traçado de uma rodovia. Esse estudo é realizado através de sondagens, as quais demonstram a profundidade da resistência do solo e a localização do nível d'água.¹⁴³

A IS nº 206 do DNIT exige a realização de sondagem a cada 500 metros na fase do projeto básico, enquanto que no projeto executivo os furos são feitos em no máximo a cada 150 metros. Para a autarquia federal, os estudos preliminares indicam, com certo grau de precisão, o tipo de solo, viabilizando o desenho e a orçamentação aproximada da quantidade e qualidade dos insumos, como o aço, por exemplo. Por isso, em regra, não seria necessário empregar mais custos no momento anterior à licitação.

Contudo, como demonstrado, a possibilidade de alteração do projeto, segundo o TCU, é suficiente para que os estudos geotécnicos sejam mais robustos, o que exigiria a concentração de mais esforços durante a preparação do projeto básico levado à licitação, tornando o projeto mais caro e demorado. O Tribunal, portanto, deu prevalência à licitação em detrimento do posicionamento da autarquia federal.

Veja-se que a relação custo benefício foi cedida em favor da licitação, pois os riscos supostamente elididos pela sondagem mais cara (em virtude da necessidade da realização de mais amostras do solo) podem não ocorrer, ou seja, não seria necessário, em tese, que a Administração incorresse nesse gasto, pelo menos sob a ótica do DNIT na obra da ponte de Laguna, conforme acima explicado.

4.2 CASO 2: OBRAS EM COMUNIDADES CARENTES

O cumprimento da determinação do TCU sobre a realização de sondagem da forma mais completa possível, em relação à execução de projetos rodoviários, especialmente do tipo *greenfield* como a estudada acima, ocasiona, em tese, maior dispêndio de tempo e de recursos na fase anterior à contratação, porém, sem grandes problemas concernentes à questão

grãos elementares não constituintes das rochas, com adição eventual de partículas fibrosas de material carbonoso e matéria orgânica em estado coloidal” (NBR 6502). Os tipos de solo são categorizados pela mesma norma técnica por :muito mole, mole, médio, rijo e duro.

¹⁴³

Disponível

em:

<http://www.valec.gov.br/download/normastecnicas/especificacoes_de_projeto/Estudos%20geotecnológicos%20-%2080-EG-000A-29-0000%20Rev7.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2015

fundiária. Isso porque, em geral, a maior parte dessas estruturas é implantada em áreas despovoadas, com maior facilidade de acesso para a análise do solo.

Porém, quanto a obras realizadas em áreas urbanas, não se pode considerar essa mesma situação.

No Município do Rio de Janeiro existem cerca de 2 milhões de pessoas residindo em 763 comunidades populares¹⁴⁴. Notoriamente, a imensa maioria dessas localidades não possui qualquer tipo de infraestrutura. A omissão histórica do Poder Público resultou em aglomerados de pessoas sem ordenamento e que podem, em muitas ocasiões, ser consideradas estruturas de organização à margem do Estado.

Por isso, a Administração Pública vem investindo bastante nas favelas. No ano de 2013 estavam previstas obras de cerca de R\$ 2,6 bilhões¹⁴⁵ apenas no Município do Rio de Janeiro. Portanto, cuidam-se de grandes obras que merecem ser estudadas. Ocorre que executar obras nesses locais é extremamente difícil.

A mobilização é normalmente feita de forma precária, ainda mais quando realizada em morros. As vielas impedem a subida de equipamentos e material. Além disso, todo o cronograma físico-financeiro sofre com intercorrências sociais, que fogem de qualquer possibilidade de controle prévio da Administração Pública, como violência e mesmo alteração da conformação física das moradias. Passagens antes existentes na fase de projeto não podem ser utilizadas no momento da execução do contrato porque instalado no local uma nova birosca ou até mesmo uma pequena quadra de futebol; casas pequenas, em pouco tempo, tornam-se prédios de quatro andares. A guerra do tráfico pode paralisar o andamento dos serviços, exigindo o pagamento de custos superiores, até mesmo em pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro.

A falta de direito de propriedade gera enorme incentivo para que os moradores deixem de investir em suas casas, ainda que tenham recurso para isso¹⁴⁶. Nessa linha, é muito interessante analisar os apontamento de Hernando de Soto:

¹⁴⁴ Pesquisa divulgada pelo Instituto Data Favela em 2014 mostrou que os dois milhões de moradores das favelas do Rio formariam o sétimo maior município do Brasil, com uma população maior do que capitais como Manaus, Recife, Curitiba e Porto Alegre. Ainda segundo a pesquisa, juntos, os moradores das comunidades cariocas têm renda anual de R\$ 12,3 bilhões e são responsáveis por 19% do total da renda dos brasileiros que moram em favelas. Já a renda média mensal é R\$ 965 (Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/09/com-2-milhoes-de-moradores-favelas-do-rio-seriam-7-maior-cidade-do-pais.html>>. Acesso em: 08/11/2015.

¹⁴⁵ (Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-06-14/favelas-cariocas-vaio-receber-r-26-bilhoes-em-obras-de-infraestrutura>>. Acesso em: 08/11/2015

¹⁴⁶ “Em 2013, a média salarial do favelado era de 1.068 reais contra apenas 603 reais, em 2003. Trata-se de um salto notável de 54,7%. No Brasil em geral, a renda pulou de 1.172 reais para 1.616 reais, uma evolução de 37,9%. Conclusão: na favela, o ritmo do avanço é mais acelerado. O bem-estar recente, portanto, tem relação

Em consequência, os informais preferiram investir em aparelhos eletrodomésticos e veículos, que são móveis e podem facilmente ser salvos em caso de erradicação ou desalojamento, em lugar de investimentos fixos, como encanamentos, esgoto, telhados e outros. Nesse sentido, não é estranho encontrar em assentamentos informais automóveis, televisores e outros tipos de artefatos que contrastam abertamente com a qualidade das construções. Essa subvalorização dos investimentos fixos significa que é pouco provável que o informal invista em sua moradia na mesma proporção que o proprietário de um terreno e edifício legais. Não é de estranhar, então, que as casas construídas informalmente estejam em muitos casos bastante descuidadas e que, por outro lado, não haja investimentos em saneamento público, com as graves consequências disso para o bem-estar de todos (SOTO, 1986, p. 227).

Nesse cenário de informalidade, os custos para a obtenção de todas as informações necessárias para a elaboração de um projeto executivo são enormes.

Pense-se na Rocinha, onde vivem, segundo o censo de 2010, cerca de 70.000 pessoas em 25.000 residências¹⁴⁷. Em 2013, a Presidente Dilma Rousseff anunciou obras de R\$ 1,6 bilhões apenas nessa comunidade, ainda não licitadas. A intenção seria implantar redes de esgoto, drenagem, pavimentação e iluminação¹⁴⁸. Assim como nas obras rodoviárias, é necessária a realização de estudos sobre o solo para que se possa elaborar o projeto executivo. Naquela região, nunca foram feitas obras desse porte e não se sabe, por exemplo, se existe uma fonte de água subterrânea, ou até mesmo um rio, que exijam soluções mais complexas de engenharia que as usualmente aplicadas.

direta com o processo contínuo de ascensão social e econômica. No cotidiano de lutas e desafios, os moradores das favelas favoreceram-se de mais recheio na carteira e mais comida na geladeira” (MEIRELLES e ATHAYDE, 2014, p. 30).

¹⁴⁷ Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/12/maior-favela-do-pais-rocinha-discorda-de-dados-de-populacao-do-ibge.html>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

¹⁴⁸ “Em breve, a Rocinha receberá obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) 2, um investimento dos governos estadual e federal de R\$ 1,6 bilhão para melhorar a qualidade de vida dos moradores da área pacificada. O anúncio foi feito nesta sexta-feira (10/5), durante a cerimônia que oficializou o início das intervenções complementares do PAC 1, na comunidade da Zona Sul.

As melhorias que serão realizadas pela Emop (Empresa de Obras Públicas) na complementação do PAC 1 incluem a construção do plano inclinado, a reurbanização do Caminho dos Boiadeiros, a revitalização do mercado popular, além de creche, localizada nas proximidades da Biblioteca Parque. O investimento será de R\$ 22,5 milhões. As obras devem ser concluídas no fim do segundo semestre.

Com 140 metros de extensão, o plano inclinado, que terá três estações, ligará o acesso principal da Rocinha (Autoestrada Lagoa-Barra) ao fim da Rua 1, com uma estação intermediária na Travessa Esperança. Já no Caminho dos Boiadeiros, área de comércio na entrada da Rocinha, a Secretaria de Obras irá implantar rede de esgoto, além de pavimentar ruas e realizar intervenções urbanísticas. O espaço contará ainda com projeto de iluminação elaborado em acordo com as normas da Rio Luz, órgão da Prefeitura do Rio de Janeiro.

O mercado popular da comunidade também será revitalizado e contará com 31 lojas, praça de alimentação e terraço. Também estão previstas obras de drenagem, pavimentação, abastecimento de água, iluminação e sinalização nas ruas do Valão e Via Sul”. (Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/imprensa/exibeconteudo?jsessionid=A3B4BB320C458B3C71EC126C44D6852A.lportal2?p_id=exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ&p_p_lifecycle=0&p_p_state=pop_up&p_p_mode=view&exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_struts_action=%2Fext%2Fexibeconteudo%2Fview&exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_groupId=103138&exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_articleId=1571296&exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_viewMode=print>. Acesso em: 2 dez. 2015)

A única forma de realizar a sondagem seria retirando diversas casas para que os furos pudessem ser feitos (inclusive para viabilizar a chegada das máquinas ao local). Para tanto, é necessário indenizar as benfeitorias¹⁴⁹, na medida em que a desapropriação normalmente não pode ser promovida, pois não há regularidade quanto à propriedade. Cuida-se de processo demorado e que causa grande conflito social. Muitos moradores simplesmente não concordam com os valores e não aceitam se retirar do local.

Figura 2 - Rocinha



Fonte: Genilson Araújo

Para o Autor peruano retromencionado, a informalidade cria ainda a existência de organizações diferentes em um pequeno espaço. A mistura de interesses impede a concentração uniforme de esforços em torno de um objetivo único, como o investimento em bens que possam agregar utilidade à comunidade. Assim, a presença do Estado é de extrema relevância para que possa canalizar os recursos existentes de forma a ser promovido o

¹⁴⁹ No Estado do Rio de Janeiro a indenização de benfeitorias é regulada pelo Decreto nº 43.415/12. Os moradores têm a opção de escolherem pela compra assistida na própria comunidade, o recebimento de uma unidade habitacional construída pelo Estado ou a indenização.

desenvolvimento da infraestrutura. O problema é que, muitas vezes, o Estado tem que agir com força, pois não possui formas de convencimento pacífico nesse ambiente de caos social:

Tomemos como exemplo um assentamento informal onde se pretenda construir uma rua que custa 3.000 intis. No assentamento vivem cinquenta famílias, dez das quais dizem avaliar a construção da rua em duzentos intis e as quarenta restantes só em cinquenta. Isso significa que a coletividade em sua totalidade confere um valor de 4.000 intis, o que implica que é benéfico construí-la se tal avaliação excede o custo de construção. Mas, se há submissão ao voto da maioria, onde cada família será gravada com uma parte proporcional do custo (sessenta intis), o projeto de construção da rua será deixado de lado, já que quarenta das cinquenta famílias vão considerar-se perdedoras líquidas, na medida em que sua avaliação do benefício é menor. Uma presença mais ativa do Estado pode evitar essas dificuldades, simplesmente obrigando todos a pagarem através de impostos (SOTO, 1986, p. 226).

Após a realização dos serviços de sondagem, será preciso murar a área e vigiá-la, visto que provavelmente será invadida. Essa situação ocorrerá em inúmeras localidades, pois, especificamente no caso da Rocinha, tratam-se de intervenções em toda a área da comunidade, a maior favela do país.

A lógica da razoabilidade diz que deve haver possibilidade, nesses casos históricos de primeira intervenção no solo, em locais de grande pressão populacional e de conflitos sociais, de celebração do contrato de obras a partir de um projeto incompleto, que poderá ser muito modificado. As soluções de engenharia forçosamente deverão ser obtidas com a obra em curso, pois o custo social para a obtenção de todas as informações não compensa a elaboração de um projeto mais completo.

Deve existir uma margem de decisão política – e não apenas econômica - sobre a possibilidade de realização de sondagem incompleta *vis a vis* a exigência de licitação. O conflito social e os problemas daí decorrentes podem ser considerados suficientes para que se decida por uma contratação na qual se saiba, de antemão, que será alterada.

Visto que o projeto básico poderá guardar incompletude, inclusive potencialmente capaz de gerar alterações qualitativas acima de 25%, cumpre, no próximo tópico, discutir uma forma de superar as dificuldades trazidas pelo atual entendimento do TCU. Uma possibilidade nesse sentido é que a Administração Pública venha a exercer poder normativo a fim de aclarar as lacunas da lei.

4.3 EXERCÍCIO DE PODER NORMATIVO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, a partir de meados do século XIX, vê-se diante de desafios e demandas – oriundas em grande medida da complexidade e dinamismo da sociedade – que

não estavam previstas no arcabouço do Poder Público tal como concebido e imaginado pelas revoluções liberais de fins do século XVIII, que tinham a sua base no primado da lei.

Passou a ser necessário superar o liberalismo oitocentista, intervindo não apenas nas relações pessoais, mas especialmente naquelas de carácter económico; era preciso garantir a eficiente circulação de bens e serviços, suprir a sociedade de utilidades que permitissem a satisfação das necessidades sócio-económicas de massa. Lembra Sérgio Guerra a respeito que: *“O desenvolvimento científico, técnico e industrial, o aumento populacional, a especialização, a divisão de trabalho, o crescente entrelaçamento e a transformação mais rápida das condições de vida aumentaram e alteraram as tarefas do Estado”* (GUERRA, 2013, p. 45).

O problema é que esse novo estado de coisas se mostrava incompatível com as funções então entendidas do Poder Legislativo. Tal insuficiência se agravava com o passar do tempo: as sociedades cada vez mais complexas, com relações sociais cada vez mais tensas e potencialmente explosivas, não encontravam o devido tratamento nos atos do Poder Legislativo. As leis passaram então a serem menos restritas sobre o caso concreto, possibilitando-se o exercício pela Administração de uma decisão discricionária, assim definida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 66):

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é baseada em critérios de mérito – oportunidade, conveniência, justiça, igualdade, a serem perquiridos pela autoridade, porque não definidos pelo legislador. Foi este que, ao reger a matéria, deixou intencionalmente a decisão para a Administração, segundo critérios que só podem ser levados em consideração, adequadamente, diante do caso concreto. (DI PIETRO, 2001, p. 66)

O princípio da reserva legal, entendido como a atuação da Administração Pública na hipótese de previsão em lei, não poderia mais ser aplicado ao pé da letra, sendo necessária a edição de regulamentos. Segundo Cabral de Moncada:

Estão pois maduras as condições para se poder afirmar que o entendimento clássico da legalidade administrativa está em crise. Para este, a acção administrativa justificava-se enquanto execução fidedigna da lei por aí se medindo a sua legitimidade com base nessa mesma medida democrática. Sucede, contudo, que a complexidade da moderna acção administrativa, a que já se aludiu, modificou por dentro o alcance da legalidade administrativa ao mesmo tempo que colocou em novos moldes a questão da legitimidade da atividade administrativa, como não podia deixar de ser. A moderna acção administrativa não pode configurar-se como uma mera execução da lei e por assim ser não pode esperar-se que a lei seja a única fonte de sua legitimidade. Carece pois a moderna atividade administrativa de novas fontes de legitimidade capazes de lhe emprestar uma remota dignidade. Mas onde as vai buscar? (MONCADA, 2002, p. 21-22).

Daí o fortalecimento da função normativa da Administração Pública ¹⁵⁰ que, estruturada de maneira burocrática, e de posse dos princípios de organização racional da ciência da administração e da economia, e de mais conhecimento e agilidade do que o Parlamento, passou a agir como um gerente das relações sociais, de maneira não mais vinculada inteiramente às leis. Para Paulo Todescan Lessa Mattos:

As justificativas para o aumento do uso de normas secundárias e terciárias têm relação com a necessidade de aumento da expertise, eficiência e correção de problemas de legitimidade na edição de normas, uma vez que o poder Legislativo não tem (i) conhecimento (informação) de detalhes (expertise) de determinados fenômenos sociais ou do funcionamento de sistemas (como o econômico) que precisam ser por algum motivo regulados; (ii) capacidade operacional (eficiência) de deliberar sobre todos os aspectos relacionados à regulação de determinado fato social ou problema sistêmico; e (iii) um sistema jurídico moderno não tem como ser concebido apenas com um sistema estático fundado em normas primárias estabelecidas por um poder legislativo soberano, gerando a exigência de delegação de poder normativo (problemas de legitimidade). (MATTOS, 2006, p. 336)

No Brasil, até o advento da Emenda Constitucional nº 32/01, a Administração Pública apenas podia expedir decretos de execução, com o propósito de fiel cumprimento da lei, detalhando os seus comandos sem extrapolá-los ¹⁵¹, nos termos do art. 84, IV da Constituição da República. Cuida-se do clássico poder regulamentar.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 32/01, que alterou o art. 84, VI, “a” da Constituição da República, passou a existir no ordenamento jurídico brasileiro, além do

¹⁵⁰ A ideia de que a Administração Pública deveria se submeter à lei aprovada pelo Parlamento, cumprindo-a fielmente, de maneira autômata e mecânica, sem grandes perquirições – como mera *bouche de la loi* – nunca foi inteiramente aplicada. Duas são as razões. A primeira é que a construção da Administração Pública pelas mãos dos revolucionários franceses não representou uma ruptura com as práticas do antigo regime. Como afirma Gustavo Binbenojm: “O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação” (BINENBOJM, 2014, p. 11). Uma segunda razão é a interpretação que se fez do princípio da separação dos Poderes. Afastando-se do pensamento de Locke e Montesquieu a respeito, os revolucionários insistiram numa separação estrita entre os Poderes, culminando esse posicionamento com a ideia de que o Poder Executivo não devia - ou não podia - submeter-se às determinações do Poder Legislativo sem ferimento de sua autonomia. Daí o surgimento de uma Administração Pública robustecida, que não se comprazia com a mecânica tarefa de executar as leis baixadas pelo Legislativo, mas encontrava espaço para exercer ela também uma espécie de poder regulamentar, e, mais importante ainda, desenvolver um corpo de direito próprio, especial, distinto do comum, que mais tarde veio a se conhecer como o direito administrativo.

¹⁵¹ Gustavo Binbenojm (2014, p. 165) nota que a noção de que o regulamento não pode inovar no ordenamento jurídico deve ser tomada com cautela: “A utilização, cada dia mais frequente, de conceitos jurídicos indeterminados e de amplo espectro semântico elastece sensivelmente o âmbito do poder regulamentar. Na doutrina e na jurisprudência caminha-se em direção a uma concepção ampla de regulamentos de execução. Neste sentido, Caio Tácito explica que ‘regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos em que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar’”.

regulamento de execução, o regulamento autônomo¹⁵², que pode ser considerado nova fonte de direito, emanado diretamente da Constituição¹⁵³. Nos termos do aludido dispositivo, compete ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Modernamente, a regulação ganhou força com a percepção de que o Estado não poderia financiar todas as demandas da sociedade. Essa noção desaguou no consenso de um *“novo modelo de governança que incluisse a privatização de muitas partes do setor público, mais concorrência em toda a economia, maior ênfase na economia no lado da oferta e reformas de longo alcance no Estado do bem-estar”* (MAJONE, 2014, p. 08). O Estado providência - referido por Giandomenico Majone como “Estado positivo” - viu as suas principais bases de atuação, seus fundamentos mesmo, o poder de tributar e gastar, erodirem-se. Foi necessária então a retirada do Estado como ator econômico, na modalidade de intervenção direta - por meio de estatais - permitindo-se aos particulares o protagonismo na economia. Deu-se o período das privatizações e diminuição da publicização de vários setores econômicos, como os serviços públicos.

O novo modelo de Estado, o chamado “Estado regulador”, adveio no Brasil na década de 90 como uma alternativa ao esgotamento do Estado positivo. Mas isso não implica um desmantelamento das estruturas de intervenção - o que há de fato é uma transformação, um tipo de mudança de qualidade.

É importante enfatizar o ponto: o Estado regulador não é um Estado absentéista, como ocorria no liberalismo. Na verdade, como mencionado acima, não se trata de um recuo do Estado com relação às tarefas assumidas ao longo dos últimos anos. O caso é que novas ferramentas, mais flexíveis, expeditas e amigáveis ao mercado, tiveram de ser desenvolvidas para que essas mesmas tarefas pudessem ser desempenhadas de maneira mais eficiente e econômica, a partir da subsidiariedade¹⁵⁴. Portanto, os processos de desestatização, de uma menor intervenção direta do Poder Público na economia, não significaram uma saída do Estado da ordem econômica. O Estado entendido como Poder Legislativo recuou, mas, em

¹⁵² André Cyrino aponta que alguns administrativistas entendiam pela existência do Decreto autônomo nos regimes constitucionais anteriores, como Hely Lopes Meirelles, Sérgio Ferraz e Sérgio Andréa Ferreira (2005, ps. 95/96)

¹⁵³ É interessante verificar a opinião de André Cyrino (2005, p. 99) sobre a reserva de competência para os temas que podem ser tratados pelo regulamento autônomo, que elidiriam a possibilidade de edição de lei pelo Poder Legislativo: “Os regulamentos autônomos são editados com base em uma competência normativa, diretamente fundada na Constituição, que exclui a competência do Legislativo”.

¹⁵⁴ A atuação do Estado se dá naquilo em que o indivíduo não pode por conta própria resolver.

seu lugar, ascendeu o Estado regulador, o Estado das agências independentes¹⁵⁵ que procura, através de uma série de mecanismos regulatórios, mitigar o fenômeno das falhas de mercado, induzindo a atuação do particular a se alinhar às políticas públicas adotadas.

Os regulamentos, assim sendo, são verificados (i) na possibilidade da Administração Pública expedi-los para normatizar a sua própria atuação (ou como forma de regulamentar a lei ou para organizar o seu funcionamento, tendo como base normativa a própria constituição); e (ii) na conformação da atuação dos particulares, a partir de lei. A regulação, segundo Gustavo Binenbojm (2014, p. 163), pode ser promovida pelo Chefe do Poder Executivo ou por entes especializados:

O regulamento é o gênero do qual são espécies (i) o regulamento presidencial e o (ii) regulamento setorial. Enquanto o regulamento presidencial tem pretensão de maior alcance e generalidade, o regulamento setorial tem seu espectro de incidência normalmente circunscrito ao setor (econômico ou social) regulado. Aqui, o critério de distinção é, basicamente, o do espectro de incidência das normas regulamentares. As entidades reguladoras também exercem, portanto, ao lado do Presidente da República e de outras autoridades administrativas, a função regulamentar. Tal função nada mais é do que uma expressão do rol de competências da agência não plenamente vinculadas à lei (ditas discricionárias). Essas competências poderão ensejar a prática de atos administrativos concretos (individuais) ou normativos (genéricos e abstratos).

E continua:

Outra classificação é a que distingue os regulamentos em autônomos e de execução. Os primeiros têm previsão expressa no art. 84, VI a, da Constituição (na redação dada pela EC nº 32/01), além de serem admitidos implicitamente na sistemática constitucional, em condições específicas, enquanto os regulamentos de execução são previstos no art. 84, IV. (BINENBOJM, 2014, p. 163)

Sérgio Guerra aponta diferença entre a regulação e a regulamentação:

Se por um lado se admite como constitucional a função normativa prevista expressamente nas leis de criação das Agências Reguladoras, entende-se, por outro, que a função regulamentar de competência do Presidente da República não se confunde com a função reguladora das Agências Reguladoras, que, em parte, se consubstancia na edição de normas regulamentares.

Resta dizer, ‘regular’ abrange outros institutos muito mais profundos do que a ‘regulamentação’ de uma lei.

Nas palavras de Caio Tácito, a função regulamentar detida pelo Chefe do Poder Executivo não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar.

¹⁵⁵ A partir da desestatização ocorrida no Brasil na década de 90, foram criadas entidades, sob a forma de autarquias sem subordinação ao poder central, com a função de regulação de subsistemas dentro de uma nova perspectiva gerencial da Administração Pública, de forma a superar o viés hierarquizado próprio do Estado burocrático, para que pudessem decidir com independência sobre aspectos preponderantemente técnicos. Para Sérgio Guerra (2012, p. 224): “Pode-se inferir que o fator fundamental para a adoção desse modelo estava atrelado à premente necessidade de atrair investimentos, sobretudo estrangeiros, gerar salvaguardas institucionais que significassem, para o setor privado globalizado, um compromisso com a manutenção de regras e contratos a longo prazo”.

Por outro lado, como assevera Justen Filho, a função regulatória (ou reguladora) visa realizar o gerenciamento dos múltiplos e antinômicos interesses da sociedade, se traduzindo ‘em restrições à autonomia privada para evitar que o exercício abusivo de certas prerrogativas ponha em risco a realização de outros valores.

(...)

Nesse mesmo sentido, Marcos Juruena Villela Souto afirma que enquanto a regulação é técnica, a regulamentação é política, havendo legitimidade eleitoral para tanto. O mesmo não ocorre na regulação, que se limita a implementar a decisão política. A regulação atende a interesses coletivos (setoriais), enquanto que a regulamentação a interesses públicos, gerais. (GUERRA, 2005, p. 120-123)

De toda sorte, isso não significa que a lei em sentido formal, fruto da deliberação do Poder Legislativo, não desempenhe ainda o papel de alicerce básico da construção do edifício jurídico. A despeito das transformações ocorridas ao longo principalmente do século XX, bem como das novas reflexões encetadas pelos juristas a esse mesmo respeito, ideias como as de lei, legalidade e segurança jurídica mostram-se resistentes, quase mesmo inexpugnáveis. Malgrado parte da doutrina entender que os regulamentos têm sua origem na deslegalização¹⁵⁶, prevalece a opinião de que não houve a retirada de determinadas matérias que possam ser reguladas por lei, como assinala Binenbojm (2014, p. 297) ao rejeitar essa tese:

Ora, diante da evidente preocupação do constituinte em delimitar e circunstanciar, expressa ou sistematicamente, as hipóteses, as condições e os instrumentos para o exercício do poder normativo primário pelo Poder Executivo, o que milita a favor da proteção dos administrados, não parece existir fundamento constitucional para a técnica da deslegalização. Revela-se mesmo um contra-senso reconhecer, por um lado, que a Constituição previu, em seu art. 68, hipótese expressa de delegação legislativa, definindo-lhe claros limites e condições, e, por outro, aquiescer com a possibilidade genérica de deslegalização, a qual, ontologicamente, equivale a verdadeira delegação legislativa inominada (ainda que os defensores da técnica procurem apresentá-la como rebaixamento do grau hierárquico de certa matéria, e não como elevação do grau hierárquico do ato regulamentar). (BINENBOJM, 2014, p. 297)

Contudo, diante do crescente e contínuo desenvolvimento da sociedade, fruto da globalização, a técnica legislativa cada vez mais se vale de conceitos indeterminados para ser integrada. É o que se passa no campo da infraestrutura.

4.4 DA NORMATIZAÇÃO DAS ALTERAÇÕES QUALITATIVAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS RELATIVOS A OBRAS DE INFRAESTRUTURA E SEUS LIMITES

¹⁵⁶ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 105) narra esse fenômeno como deslegalização, ou seja, a “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de loi*) passando-as ao domínio da norma secundária (*domaine de l’ordonnance*)”.

A infraestrutura tem matriz econômica, sendo entendida pelos economistas como essencial para o desenvolvimento de um país¹⁵⁷. Para a OCDE:

A infraestrutura e serviços de alta qualidade são considerados essenciais para uma economia local, regional e nacional forte (...) No caso do transporte, a modernização da infraestrutura melhora o acesso (pela diminuição do tempo de viagem), que por sua vez afeta os preços dos imóveis e aluguéis, e influencia as decisões dos domicílios (localização residencial, padrões de consumo) e das empresas (produção local, acesso a mercados e decisões de investimento). Estes, por sua vez, têm um impacto líquido positivo sobre a economia, aumentando as receitas fiscais, criando empregos e gerando recursos para novos investimentos (OCDE, 2013, p. 129).

Edmundo Emerson de Medeiros, citado por André Castro de Carvalho, define infraestrutura como “(...) o conjunto de estruturas, equipamentos e instalações que constituem a base sobre a qual é produzida a prestação de serviços considerados essenciais para a vida e/ou para o desenvolvimento de fins produtivos” (MEDEIROS, 2009, apud CARVALHO, 2014, p. 116).

A infraestrutura é fundamental para que o Estado possa prover a sociedade de serviços públicos, justificadores de sua própria existência. Nas palavras de Vitor Rhein Schirato:

Assim, entendemos que qualquer atuação estatal analisada deve ser vista a partir dos direitos fundamentais, uma vez que eles são os definidores das prerrogativas criadas em favor dos indivíduos, ocupantes do centro da ordem jurídica e, em contrapartida, das obrigações impostas ao Estado. Na medida em que todos os direitos dos indivíduos decorrem, de modo direto ou indireto, de um direito fundamental, todas as obrigações do Estado – aí incluídos os serviços públicos – também têm como base a relação de direitos fundamentais contemplada nos textos constitucionais contemporâneos (SCHIRATO, 2012, p. 99-100).

O estudo desse setor pelos juristas tornou-se tão específico que já há quem considere um novo ramo: o Direito da Infraestrutura¹⁵⁸.

Esse novo direito empresarial administrativo, que estamos construindo, com elementos do direito comercial, econômico e administrativo e da economia, é indispensável nos grandes projetos de infraestrutura. Efetivamente, pelas suas dimensões, pela sua duração e, algumas vezes, até pela situação geográfica, como é o caso do pré-sal e da Amazonia, são muito mais imprevisíveis do que os contratos comuns. Exigem a elaboração de novas fórmulas e ferramentas que não existiam no passado. A complexidade da vida moderna não se contenta mais com os conceitos tradicionais. Assim, temos no mundo dos negócios, um conjunto de contratos de cooperação e de caráter atípico, que pressupõem o uso de instrumentos mais hábeis,

¹⁵⁷ "Inversões em infraestrutura básica – como saneamento, transportes urbanos e construção residencial – geram, simultaneamente, aumento da competitividade sistêmica e da economia e importantes efeitos sociais” (PUGA, JUNIOR e NASCIMENTO, 2010, p. 59).

¹⁵⁸ André Castro Carvalho (2014, p. 118) explica que: “O Direito da Infraestrutura seria um ramo de estudo relacionado a qualquer tipo de relação jurídica que envolva as infraestruturas públicas, seja por meio de investimentos públicos ou privados. Diante disso, pertence a esse ramo o estudo de medidas governamentais a fim de se promover a infraestrutura pública, tanto pelo setor público como pelo privado – como o planejamento governamental ou o uso de PPPs. Dessa forma, tanto a aplicação de parcela de arrecadação da CIDE – combustíveis em infraestrutura de transportes como um edital de licitação para concessão de aeroportos seriam objeto de análise dessa seara de estudo, envolvendo participação pública, privada ou mista”.

eficazes e rápidos, para fazer os sucessivos accertamentos que a prática e a ética podem impor.

Quando se pensa nas grandes hidrelétricas, nos aeroportos gigantescos ou no trem-bala, os modelos tradicionais pré-estabelecidos, ou seja, a roupa feita, não podem mais ser adotados integralmente. Novos conceitos e técnicas e modificações dos sistemas se impõem desde antes da licitação, no curso do contrato e até a sua finalização, para evitar a sua paralisação ou inviabilidade e os litígios judiciais decorrentes. Urge produzir-se um novo arcabouço para estes investimentos (WALD; SAMPAIO, 2013).

A infraestrutura no Brasil é implantada através de contratos de desembolso ou investimento¹⁵⁹. A primeira ocorre com recursos públicos exclusivos, como é o caso das obras públicas, ou de estatais (orçamento de investimento disposto no art. 165, § 5º, II da Constituição), cujos modelos (Lei nº 8.666/93, RDC e Petrobras) foram estudados no segundo capítulo. A segunda é prevista com o aporte de recursos privados, como nas hipóteses de concessão e parceria público-privadas.

A exploração pelo particular pode ocorrer com um bem, nos casos, por exemplo, de uma rodovia ou aeroporto, ou serviço, como nos transportes e saneamento básico. Essa atividade é objeto da regulação de serviços públicos, inserida no âmbito da regulação da economia¹⁶⁰ voltada para o regime geral da livre iniciativa. Nesse caso, a intenção é: (i) buscar eficiência econômica visando à redução dos custos com a contratação; (ii) promover a concorrência; (iii) assegurar a qualidade do serviço; (iv) estimular a inovação; e (v) garantir segurança e proteção do meio ambiente¹⁶¹. A regulação da economia, dessa forma, é dirigida para os particulares, condicionando sua atuação de acordo com os princípios da ordem econômica previstos no art. 170 da Constituição da República, bem como às políticas públicas eleitas.

¹⁵⁹ Egon Bockmann Moreira leciona que: “Mas quais seriam os contratos aptos a implementar obras de infraestrutura? Em termos simplistas, são de duas ordens: os de desembolso e os de investimento. Os primeiros dependem do orçamento público e geram uma relação em que o Estado define minuciosamente o que será feito, para depois licitar e contratar o particular para a execução. Exemplo marcante é o tradicional contrato de empreitada, regido pela Lei 8.666/1993 e, mais recentemente, também pelo Regime Diferenciado de Contratações – o RDC. Estes dependem da disponibilidade de receita pública (quem os paga é só o contribuinte). São contratos que envolvem obras de interesse público – o que, por si só, demonstra a necessidade de terem preservada a respectiva segurança jurídica. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-pppmais-seis-pontos-chave-para-dar-in%C3%ADcio-ao-debate>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

¹⁶⁰ A regulação da economia tem fundamento no art. 174 da Constituição da República, que dispõe o seguinte: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. É importante verificar o conceito de regulação para Vital Moreira: “o estabelecimento e a implementação de regras para a actividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos” (MOREIRA, 1997, p. 34).

¹⁶¹ Disponível em: <http://www.bndespar.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro/co90_07.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2015.

Destarte, os contratos da Lei nº 8.666/93 e do RDC não poderiam, sob essa ótica, serem considerados parte da objeto da regulação estatal da economia. Alexandre Aragão, porém, faz uma ressalva:

Até a segunda edição desta obra sustentávamos que no conceito de regulação estaria excluída a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços e como fomentador das atividades econômicas privadas, que, junto com a regulação, constituiriam espécies do gênero da intervenção do Estado na economia. Hoje evoluímos para sustentar que, se essas atuações do Estado tiverem como objetivo condicionar o comportamento dos agentes econômicos, também devem ser incluídas no conceito de regulação. (ARAGÃO, 2014, p. 26).

Pensamos que, em relação a obras complexas de infraestrutura, essa perspectiva poderia ser revisada, dada a relevância dessas obras para o desenvolvimento socioeconômico, por vezes capazes de fomentar e alterar a realidade de toda uma região (como, por exemplo, no caso de construção de uma grande usina hidrelétrica, rodovia ou ferrovia – que venham a ser licitados apenas como obra, cabendo a provisão do serviço ao Estado). Existe um ponto muito importante a ser entendido: as obras públicas não devem ser observadas como uma categoria única. Não se pode analisar a construção de uma praça ou de uma escola da mesma forma que a implantação de uma rodovia. As obras públicas de infraestrutura poderiam ser tratadas como um microordenamento setorial, e reguladas. Devido à sua importância, quando o Estado decide executar uma obra de infraestrutura, ele está atuando na economia.

Relatório elaborado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), publicado em 2010¹⁶², dava conta de que até 2013 seriam aplicados cerca de R\$ 274 bilhões no setor, sendo que grande parte decorrente de investimento público¹⁶³. Ainda assim, o volume é insuficiente. Dados da Consultoria McKinsey¹⁶⁴, de outubro de 2013, demonstram que, como o Brasil investiu de 1992 a 2012 apenas a média de 2,2% de seu PIB (enquanto a China, por exemplo, investiu 8,5%), a lacuna demandaria o emprego de R\$ 5 trilhões nos próximos anos para ser fechada. Em 2014, o investimento público em obras foi de

¹⁶² KUPFER, David et al. *Perspectivas do Investimento no Brasil: síntese final*. 2010, 135 p. Disponível em: <www.ie.ufrj.br/projetopib/include/clique.php?ai=506> Acesso em 10 jun. 2015.

¹⁶³ O art. 12 § 4º da Lei nº 4.320/64 trata as obras como investimento: “§ 4º Classificam-se como investimentos as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro”.

¹⁶⁴ Disponível em: <www.exame.abril.com.br/topicos/mckinsey>. Acesso em: 10 jun. 2015

4,4% do PIB de R\$ 5,2 trilhões¹⁶⁵. O volume de recursos é tão gigantesco que as obras públicas representam quase que a totalidade do subsetor da construção pesada¹⁶⁶.

Por isso, entende-se que a licitação pode ser utilizada como forma de regulação, sendo que a elaboração do projeto básico é um dos seus componentes. O tema¹⁶⁷ é abordado por Marcos Juruena Villela Souto:

A licitação representa o início do processo de implementação da regulação, desde a elaboração do edital, que pode ou não caber ao agente regulador, até a definição dos critérios de participação na competição e escolha do contratado (...) A primeira etapa é a ‘modelagem’, que envolve o ‘termo de referencia’ do serviço ou da utilização do bem que se deseja conceder ou permitir, com suas especificações (...) Trata-se, como dito, de verdadeira regulação do mercado, à luz do ‘poder de contratação’ da Administração. (SOUTO, 2005, p. 309).

A regulação da obra pública poderia ser promovida inclusive por agência independente, como já proposto pelo IPEA¹⁶⁸, em relação a compras. A regulação setorial¹⁶⁹ decorre do reconhecimento de que existem áreas muito próprias que exigem a criação de entes, como as agências, com autonomia para que possam normatizar e fiscalizar a atuação dos agentes econômicos, incluindo o Estado¹⁷⁰. A blindagem institucional da agência possibilitaria a contratação de obras sem influências políticas e daria respaldo para o enfrentamento dos excessos dos órgãos de controle. A agência poderia decidir acerca do modelo de contrato mais adequado a determinada situação (integrada ou alguma espécie de empreitada), elaborar o projeto com grau de detalhamento ou amplitude mais adequado ao

¹⁶⁵ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/08/1508548-investimento-publico-empaca-no-pais.shtml>>. Acesso em: 29 dez 2015.

¹⁶⁶ Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/liv_perspectivas/09_Perspectivas_do_Investimento_2010_13_CONSTRUCAO_CIVIL.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2015.

¹⁶⁷ Para Thiago Araújo (2015, p. 64), a “vantagem da licitação pode ser caracterizada em função da modificação do paradigma que a Administração pretende implementar, em razão de políticas públicas”.

¹⁶⁸ Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/131101_notatecnicadiest08.pdf>. Acesso em: 26/12/2015

¹⁶⁹ Alexandre Aragão (2007, p. 3), amparado na teoria dos ordenamentos setoriais de Massimo Severo Giannini, leciona que: " Os ordenamentos setoriais ou seccionais vieram, então, a constituir instituto de crescente valia quando o Estado verificou a impotência dos seus mecanismos regulatórios tradicionais. Não era mais possível atuar satisfatoriamente sem encarar com agilidade e conhecimentos técnicos específicos a emergente realidade sócio-econômica multifacetária com a qual se deparara”

¹⁷⁰ Segundo Sérgio Guerra (2013, p. 89): “A regulação existe quando a classe política se libera se uma parte de seus poderes a favor de entidades não eleitas pelo povo, que são capazes de bloquear as decisões das eleitas. Para que essa condição ocorra, não basta a separação entre regulador e operador. É também necessária a separação entre regulador e governo, cujo fim é evitar a politização das decisões. Ele permite distinguir toda forma de intervenção ou controle desenvolvida sob a direção do governo da regulação em sentido estrito.

caso concreto, se posicionar quanto à incompletude e ainda determinar o limite de sua variação, em modelo no qual o contratante seria a Administração Pública¹⁷¹.

Entrementes, de volta ao atual contexto brasileiro de obras públicas, nos posicionamos por uma solução imediata para a questão das alterações contratuais e seus limites, que seria a regulamentação, nos termos do art. 84, IV da Constituição do art. 65 da Lei nº 8.666/93. Não vemos óbice, até mesmo, caso inexistisse a previsão legal, que fosse promovida essa disciplina por meio de regulação autônoma constante do art. 84, VI da Carta Constitucional. Em suma, entendemos premente o exercício da função normativa da Administração Pública.

Veja-se nesse sentido, por exemplo, o controle de gastos no âmbito dos contratos administrativos, dentro do qual, como exposto, está inserido o limite de alterações do contrato. Para tanto, foram criados os sistemas de referência de custos que têm como finalidade balizar a elaboração dos orçamentos da própria administração, como os federais Sinapi, gerido pela Caixa Econômica Federal, destinado a obras de construção civil, e o Sicro, do DNIT, utilizado para obras rodoviárias, mencionados no segundo capítulo.

A Administração Pública pode determinar o quanto quer gastar em seus contratos. Essa medida, malgrado produzir resultados no mercado, além daqueles de âmbito interno estatal, não configura propriamente intervenção direta no domínio econômico, que, aí sim, dependeria de lei, nos termos do art. 174 da Constituição.

A restrição econômica ocorreria apenas caso o particular fosse compelido a contratar e aceitar o preço proposto pela Administração, em clara restrição ao princípio da livre concorrência. Numa hipótese de tabelamento de preços, por exemplo, os efeitos seriam direcionados a terceiros que não a Administração.

A adoção das tabelas de preços oficiais como referência para a elaboração dos orçamentos públicos tem sido considerada como instrumentalização do cumprimento da regra constitucional da economicidade¹⁷², prevista no art. 70 da Constituição da República, e, repise-se, é dirigida à própria Administração.

¹⁷¹ A elaboração do edital pela agência e do contrato pela Administração ocorre, por exemplo, no setor de portos, nos termos do art. 16 c/c art. 6º, § 3º da Lei nº 12.815/13.

¹⁷² Segundo Ricardo Lobo Torres: “Controle da economicidade significa controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação. Transcende o mero controle da economia de gastos, entendida como aperto ou diminuição de despesa, pois abrange também a receita, na qual aparece como efetividade na realização das entrada orçamentárias. É, sobretudo, a justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas. O controle da economicidade, relevante no direito constitucional moderno, em que o orçamento está cada vez mais ligado ao programa econômico, inspira-se no princípio do custo/benefício, subordinado à ideia de justiça, que deve prevalecer no fornecimento de bens e serviços públicos.” (TORRES, 1994, p. 267).

Destarte, como a utilização dos sistemas referenciais de preços serve para organizar o funcionamento da Administração Pública na elaboração de orçamentos levados às licitações, sem acarretar restrição a terceiros, tal medida encontra-se no âmbito do poder regulamentar autônomo do Chefe do Poder Executivo, sem depender de lei específica.

O mesmo ocorreria com as alterações e seus limites caso não existisse a previsão do art. 65 da Lei nº 8.666/93, pois essa matéria não é de reserva absoluta de lei. Não entendemos essa previsão como norma geral de licitação (art. 22, XXVII da Constituição), sendo que cada unidade federativa poderia inclusive dispor sobre essa questão. Em que pese concordarmos que a previsão na lei garante maior segurança, e até mesmo que esse limite de fato exista¹⁷³, não vemos problema na expedição de decreto autônomo para esse fim, tendo em vista tratar-se de organização interna da Administração Pública, inserida no âmbito do poder regulamentar autônomo do Chefe do Poder Executivo¹⁷⁴, ainda que tal possibilidade, de certa forma, conste do art. 40, inc. X da Lei nº 8666/93¹⁷⁵, pois concordamos com o entendimento de Gustavo Binembojm sobre a primazia da lei:

A matéria relativa à organização e funcionamento da Administração Pública pode até ser tratada por regulamento, mas no caso de superveniência de lei de iniciativa do Presidente da República, esta prevalecerá no que dispuser em sentido diverso. De igual modo, será cabível a expedição de regulamentos autônomos em espaços normativos não sujeitos constitucionalmente a reserva de lei (formal ou material), sempre que à mingua do ato legislativo, a Administração Pública estiver compelida a agir para cumprimento de seus deveres constitucionais. Também neste caso, por evidente, assegura-se a preeminência da lei superveniente sobre os regulamentos até então editados. (BINENBOJM, 2014, p. 176).

Como explicado no terceiro capítulo, o limite de valor pode até ser parâmetro para a verificação da alteração do objeto licitado, mas não é sua função imediata. O preço, como

¹⁷³ Modificamos nosso entendimento em relação ao artigo “Os Limites de Alteração do Contrato de Obra Pública e o Atual Entendimento do Tribunal de Contas da União” publicado na obra “Teoria do Estado Regulador” (2015, p. 135-154), no qual enquadrávamos a limitação das alterações contratuais no âmbito da regulamentação da lei do art. 84, IV e não do art. 84, VI, ambos da Constituição da República.

¹⁷⁴ Existe opinião contrária: “A atividade de controle dos contratos administrativos implica a criação de dois vínculos de naturezas distintas: a) relação entre controlador e controlado (entes estatais), que se justifica e colhe a sua razão de ser diretamente do princípio republicano, como expressão própria do ‘sistema de freios e contrapesos’ (‘vínculo intraestatal’); e b) relação controlador (Administração) e particular contratado (administrado), que se funda justamente neste vínculo de supremacia geral mantido entre a Administração e Administrado, com origem no exercício do poder de polícia estatal (‘vínculo extraestatal’) (...) A segunda relação – extraestatal – decorre de vínculo contratual episódico e eventual que o sujeito privado, como corresponsável por eventuais atos danosos ao erário, firma com a Administração. Neste particular, o controle exercido é próprio de regulação econômica, poder de polícia administrativa, com viés fiscalizatório, isto é, com intuito de condicionar determinada conduta aos ditames da legalidade ou de acompanhar a sua observância, dentro do conceito de poder de polícia anteriormente apresentado.” (LUNA, 2013, p. 37-38).

¹⁷⁵ A Lei nº 8.666/93 apenas determina que Administração tenha critérios de aceitabilidade de preços unitário e global fixando preços máximos, sem determinar a adoção dos sistemas referenciais de custos. Mesmo que existisse essa previsão na lei, como ocorria na Lei de Diretrizes Orçamentárias, entre os anos de 2003 e 2013, não haveria problema, pois a lei pode dispor de temas afetos ao regulamento autônomo, como defendido anteriormente.

exposto, não identifica, isoladamente, o bem que se quer contratar, pois não traduz todas as informações do negócio.

A limitação de valor endereça um teto para os gastos da Administração Pública em contratos sem a existência expressa de matriz de risco, no qual a Administração assume o projeto, à guisa do fato de que esse documento não foi elaborado pelo mesmo executor da obra. Em palavras precisas, como já dito, o limite volta-se a questões orçamentárias e financeiras.

Por isso, diante da finitude do orçamento público, a Administração deve estabelecer um limite calculado a partir do grau de incompletude do contrato, caso a caso. Para tanto, é necessário o estabelecimento de um procedimento transparente, com acesso aos órgãos de controle, no qual sejam estabelecidos os parâmetros adotados a partir de estudos empíricos que embasem a decisão tomada.

A procedimentalização traz a transparência necessária para a escolha regulatória, bem como garante a segurança técnica e o controle. A cada subprojeto, dependendo do tipo de obra, poderia ser especificado o motivo pelo qual se deixou de completar o projeto. Por exemplo, no caso das desapropriações acima referidas, a Administração poderia justificar pelo número de moradias, quantidades delas sem registro e dificuldade em localizar os proprietários, possuidores ou detentores de benfeitorias. Nesse sentido, os ensinamentos de Marcos Nóbrega:

Dois tipos básicos de custos de transação devem ser considerados: *ex ante* e *ex post*. O principal custo *ex ante* é o do desenho do contrato; o custo de estabelecer todas as contingências e peculiaridades que possam afetar o contrato durante a sua execução. Por óbvio, quanto mais complexo for o objeto, mais caro será estipular as cláusulas contratuais. Assim, haverá sempre um *trade off* completude *versus* custos. Dependendo das circunstâncias, valerá a pena deixar um certo grau de incompletude apostando na possibilidade de repactuação mais à frente. Isso parece uma equação simples, mas não é. A correta mensuração desses custos *vis a vis* o grau de completude do contrato repercutirá em toda a execução contratual e também determinará os custos da repactuação e do inadimplemento (NÓBREGA, 2011, p. 106)

O mais importante é que seja demonstrada a relação custo-benefício da falta de completude do contrato com dados concretos e empíricos, que poderiam ser contestados pela população ou pelos órgãos de controle. A escolha regulatória deve-se enquadrar na fórmula cogitada por Sérgio Guerra, a da “reflexividade administrativa”:

Sob ótica da estrutura reflexiva, o regulador deve, por meio de uma ‘clausura auto-referencial’ do subsistema, permitir que brote, de modo cíclico, a produção de encaminhamentos decorrentes das próprias condições originárias de produção do subsistema, isto é, este deve deixar de fazer suas escolhas com base no que entende ser, em sua ótica, conveniente e oportuno, encarando a situação (o caso concreto) em si mesma, sistemática e transparentemente, ao longo de uma interpretação

analítica e empírica, para além de suas experiências pessoais, de difícil – se não impossível – sindicabilidade por terceiros. (GUERRA, 2013, p. 192).

Para tanto, deve ser levada em conta certa flexibilidade regulatória¹⁷⁶. Poderiam ser utilizados dois instrumentos: o decreto e o contrato. Isso porque há necessidade de detalhar algumas questões da Lei nº 8.666/93, como a incidência do limite de valor também para as alterações qualitativas, o tratamento específico de erro de projeto, a constatação superveniente de fato imprevisível e a metodologia do cálculo dos 25%, que, como defendido, deve possibilitar a compensação entre acréscimos e supressões para a hipótese de imposição unilateral ao contratado e aplicação sobre cada alteração, para o cálculo do limite de alterações do contrato quanto ao valor.

Esse decreto também poderia estabelecer que o próprio projeto expressamente teria que definir o seu grau de incompletude e que as alterações daí decorrentes não seriam consideradas como de mudança do objeto licitado.

Assim, restaria ao contrato, no caso concreto, diante da singularidade de cada obra e de cada setor da infraestrutura, explicitar as omissões intencionais, explicando o motivo pelo qual não foi possível ou viável, sob a ótica econômica ou social, previamente completá-lo ao máximo ainda que tecnicamente possível.

Como essas alterações não seriam entendidas como substanciais, do ponto de vista de alteração do objeto licitado, poderiam ultrapassar o limite do art. 65 de 25%. Porém, desde que motivadas previamente à luz da juridicidade (incluindo aí os princípios da Administração Pública) e, principalmente, repise-se, comprovada a relação custo-benefício. Esses ônus argumentativo é essencial para que os contratos sejam mantidos em que pese a ultrapassagem do limite de valor.

E qual seria o papel dos órgãos de controle nesse caso?

A atuação da Administração Pública dentro dos limites impostos pela lei deve ser controlada pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário, porém, em regra, não quanto à discricionariedade técnica e política - ou reflexividade - que deram base à decisão.

Assim, caso se dê início à obra sem que se incorporem no projeto básico todas as informações necessárias geralmente associadas à elaboração de um projeto completo, deve-se perquirir se a decisão da Administração Pública foi fundamentada, inclusive com a demonstração de que analisou as outras possibilidades em jogo antes de se definir pela adotada.

¹⁷⁶ Retiramos essa expressão de Gomes-Ibanez (2006, p. 30). É preciso registrar que o Autor se referia à regulação da infraestrutura sob a ótica da regulação estatal da economia.

Aos órgãos de controle caberia verificar se esse procedimento foi efetivado e não aos motivos (mérito) que levaram o Administrador a essa decisão, a não ser que não exista correlação ou que sejam violados direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição da República, em especial os direitos de minorias frente a majorias ocasionais. É necessária certa deferência dos órgãos de controle frente às escolhas técnicas e políticas adotadas pela Administração Pública.

Ao TCU cabe, nos termos do art. 71 da Constituição da República, a fiscalização da aplicação dos recursos da União. Apesar da evolução do conceito da separação dos poderes, que não corresponde mais à versão originária de Montesquieu, não cabe à Corte de Contas a função de regulamentar dispositivo legal ou regular determinado setor da economia. Note-se que não foi possibilitada às cortes de contas, ao contrário das agências reguladoras, qualquer forma de poder normativo, a não ser a sua organização interna¹⁷⁷.

Destarte, é o Chefe da Administração Pública que, exercendo sua atribuição regulamentar constitucional, pode definir com autoridade a fórmula de cálculo das alterações contratuais para fins de observância ao limite de 25% ou até mesmo, em hipóteses extremamente restritas, a sua ultrapassagem.

¹⁷⁷ Entendemos que o TCU não pode determinar a rescisão do contrato pela inobservância da determinação acerca da impossibilidade de compensação do acréscimo e supressão de itens, uma vez que tal medida violaria a competência do Congresso Nacional. Explica-se: a Constituição apenas conferiu aos Tribunais de Contas a possibilidade de sustar atos e não contratos (art. 71, X da CRFB). Atos são praticados na fase anterior à contratação, como na licitação. Contratos são acordos de vontade sobre os quais apenas o Congresso tem o poder de sustar (art. 71, § 1º da CRFB), visto que tal medida afrontaria a segurança jurídica. O fato do § 2º do art. 71 atribuir ao Tribunal de Contas decidir na hipótese de silêncio do Congresso ou do Poder Executivo não o autoriza a sustar o contrato. Nesse sentido, segue a lição de Carlos Ari Sundfeld: “A Constituição foi clara, em seu art. 71 §1º, ao atribuir a competência de sustar contratos só ao Congresso Nacional. Assim, a competência decisória do Tribunal de Contas, a que se refere o § 2º do art. 71, derivada da omissão do Executivo e do Legislativo na sustação de contratos, só pode dizer respeito à adoção de medidas que estejam em sua esfera de competências (como a punição de responsáveis), jamais a providências que foram clara e expressamente retiradas de sua esfera de atuação.” (SUNDFELD, 2011, p. 136)

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho procurou-se demonstrar que o contrato de obra pública deve ser celebrado, para obras complexas de infraestrutura, com a adoção do modelo de contratação integrada. Contudo, diante da atual impossibilidade, em razão de vedações legais ou elementos técnicos, deve ser conferida margem ao gestor público para que possa celebrar um contrato a partir de um projeto básico incompleto, em razão dos custos envolvidos, quando conveniente e oportuno à luz do interesse público.

Após a pesquisa realizada, podemos tecer as seguintes conclusões:

1. A alteração qualitativa do projeto básico está prevista no art. 65, I, “a” da Lei nº 8.666/93 e decorre da necessidade de alteração do projeto contratado por questões de adequação técnica;
2. Esta difere da alteração quantitativa, que aumenta o volume da dimensão do objeto licitado por conveniência e oportunidade da Administração Pública, na medida em que poderia ser promovido outro certame;
3. A Lei nº 8.666/93 permite a licitação do contrato de obra pública a partir de projeto básico, o qual se apresenta incompleto, e que, portanto, necessariamente será alterado após o início da execução contratual;
4. A incompletude do projeto básico decorre da impossibilidade de inclusão de todos os eventos que podem ocorrer, bem como da inviabilidade financeira de se buscar todas essas informações, que simplesmente não são necessárias para o início do trabalho e podem até mesmo ser dispensáveis para a sua execução final;
5. As alterações qualitativas, portanto, podem decorrer da incompletude do projeto, ou seja, de omissões constantes de forma intencional. Mas podem também advir de falhas.
6. A celebração de um contrato incompleto pode ocasionar graves consequências, como condutas oportunistas dos contratados em razão de assimetria de informações;
7. Teorias econômicas do contrato, como as mencionadas Economia dos Custos de Transação, de Oliver Williamson, e a dos direitos pós-contratual, de Oliver Hart e Grossman, buscaram descrever essas situações;
8. Os subsídios trazidos por essas teorias foram incorporadas a modelos contratuais que tinham como objetivo a promoção de incentivos para que as partes concorressem de forma eficiente para a execução contratual;

9. Algumas espécies de contratos foram estudadas, como os contratos de reembolso, de preço fixo e de incentivo;
10. Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, foram analisadas as formas de contratação da obra pública: as espécies constantes da Lei nº 8.666/93 – empreitadas por preço unitário, global, integral; a contratação integrada prevista na Lei nº 12.462/11 (que dispôs sobre o Regime de Contratação Diferenciado – RDC) e, especificamente, o Decreto 2.745/98, que regula as obras da Petrobras;
11. Foi demonstrado que cada uma das espécies contratuais possui especificidades e sua aplicação deve ser analisada pela Administração para cada caso concreto;
12. Obras mais complexas em regra exigem a alocação do risco do projeto ao contratado, como é o caso da contratação integrada. A elaboração da matriz de risco, nesse caso, demanda o estabelecimento de uma taxa de risco (ou reserva de contingência);
13. No entanto, nem sempre é possível a adoção da contratação integrada, vez que as hipóteses de aplicação do RDC são restritas na legislação;
14. Dessa forma, a Administração acaba por se utilizar da versão constante da Lei nº 8.666/93, que não possui expressamente a hipótese de elaboração de matriz de risco;
15. Como nesse caso o projeto deve ser confeccionado pela Administração, ela termina por assumir esse risco. Além disso, o Decreto nº 7.983/13, que disciplina a contratação da obra pública com recursos da União, não prevê, em relação ao contrato de obra pública celebrado com base na Lei nº 8.666/93, a possibilidade do estabelecimento de taxa de risco, a não a ser a constante do BDI, que diz respeito apenas aos riscos ordinários, próprios da atividade de construção, como acidentes, e não aqueles decorrentes de projetos incompletos de engenharia;
16. As empreitadas previstas na Lei nº 8.666/93, desse modo, estão sujeitas à assimetria de informação, o que pode gerar grave prejuízo à Administração Pública. Por tal razão, devem conviver com salvaguardas, forte fiscalização e limitação de valores dos aditivos.
17. O Tribunal de Contas da União exerce profunda fiscalização sobre a completude dos projetos nesses casos, pois normalmente considera que a superação do limite de 25% constante do art. 65 da Lei nº 8.666/93 acarreta a alteração do objeto licitado;
18. O TCU estendeu a aplicação desse limite às alterações qualitativas, em que pese grande parte da doutrina entender que apenas as alterações quantitativas estariam abrangidas por esse teto;

19. Posteriormente, decidiu pela impossibilidade de compensação entre o conjunto de acréscimos e de supressões;
20. Sustentamos a nossa discordância quanto a esse posicionamento da Corte de Contas: a uma, porque a lei não dispôs nesse sentido; a duas, em razão da limitação ser financeira, ou seja, deve ser verificado o acréscimo final do valor do contrato, de forma a se resguardar o gasto público. A alteração do objeto do contrato já é vedada pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório;
21. Iniciamos o quarto capítulo comentando as razões para a necessidade de maior regulação do contrato de obra pública pela Administração. Diante de sua inércia, o contrato de obra pública está sendo indevidamente regulado pelo Tribunal de Contas da União;
22. Trouxemos dois casos concretos que ilustram essa afirmativa: o primeiro relativo à obra rodoviária, no qual o TCU manifestou discordância quanto à norma técnica do DNIT que permite a sondagem em espaços que a Administração julga suficientes para a elaboração do projeto básico; o segundo cuidou de obras em comunidades carentes com altíssima densidade demográfica e necessidade de desalojamento de muitas casas para a sondagem do terreno;
23. Procurou-se mostrar que cabe à Administração Pública verificar o grau de incompletude dos projetos básicos anexos a esses contratos que são desejáveis nesses casos: a relação custo-benefício, que inclusive possui componente político-social, não deve ser decidida por órgão de controle, que não tem legitimidade para tanto;
24. Cuida-se de decisão discricionária - ou reflexiva -, que apenas pode ser controlada: (i) através da verificação da coerência da fundamentação da Administração, no sentido de que a decisão foi promovida após estudo técnico de todas as soluções existentes; (ii) caso sejam violados direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição da República;
25. Por outro lado, devem existir parâmetros concretos para a elaboração do projeto básico e limites para a sua alteração no curso da execução do contrato;
26. Através da normatização de um procedimento que percorra todos os subprojetos de determinada obra, a Administração poderia justificar o motivo pelo qual entendeu que não poderia inserir todas as informações imprescindíveis para a completude do projeto e definir margens para a sua alteração;

27. O Brasil é um país com a sua infraestrutura ainda em formação. Apenas com o manejo de critérios técnicos e uma interpretação razoável das lacunas da lei será possível a elaboração de projetos passíveis de finalização de forma eficiente.

Qualquer obra está sujeita a alterações. Faz parte da engenharia, desde os primórdios da humanidade. Conta a História que as pirâmides do Egito foram construídas com milhões de blocos de arenito, por milhares de escravos, orçamento ilimitado, mas com uma forma de controle extremamente eficaz, que normalmente induzia a sua execução conforme o cronograma físico-financeiro: o responsável pela obra seria morto se o faraó não pudesse ser enterrado nas tumbas (LIMMER, 1996, p. 2). Todas as grandes obras sofrem intempéries ou são alteradas por decisões posteriores ao início de sua execução, de acordo com as características singulares de cada empreendimento. Por isso, assim como nos contratos privados, também no âmbito do contrato administrativo boas soluções devem ser viabilizadas e bons gestores premiados pela maior economia proporcionada em conjunto com a qualidade. Por conta dos escândalos de corrupção, da pressão da imprensa e da atuação cada vez maior dos órgãos de controle, forçoso reconhecer que a discussão em tela sobre aditivo em obra pública não encontra um ambiente dos mais favoráveis, porém, deve ser lembrada a sentença de Publílio Siro escrita em Roma no Séc I da era comum: “o plano que não pode ser mudado não presta”.

REFERÊNCIAS

- ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; LOSSA, E.; SPAGNOLO, G. Procurement contracting strategies. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006.
- ALTOUNIAN, C. S. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. Belo Horizonte: Fórum, v. 4, 2014.
- ARAGÃO, A. S. D. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAGÃO, A. S. D. Evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, ago. 2013.
- ARAGÃO, A.S.D. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, mai/jun/jul 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-ALEXANDRE%20ARAG%C3%83O.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2015.
- ARAÚJO, F. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARAÚJO, T.C. Egressos, licitação e função promocional do direito: como pode a Administração Pública fomentar a reinserção social? *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 164, 2015.
- AZEVEDO, P. F. Contratos: uma perspectiva econômica. In: ZYLBERSTAJN, D.; SZTAJN, R. *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 120.
- BAETA, A. P. *Orçamento e controle de preços de obras públicas*. São Paulo: PINI, 2012.
- BANDEIRA, P.G. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BAJARI, P.; HOUGHTON, S.; TADELIS, S. *Bidding for incomplete contracts: an empirical analysis of adaptation costs*. Disponível em: <<http://faculty.haas.berkeley.edu/stadelis/incomplete.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2015.
- BAJARI, P.; TADELIS, S. Incentives and award procedures: competitive tendering vs. negotiations in procurement. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006.
- BARROSO, L. R. Contratos administrativos: limites e possibilidade de alteração. In: ALMEIDA, F. D. M. D., et al. *Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 421-433.
- BENATTI, R. M. D. Contratação integrada do regime diferenciado de contratação: estudo de caso à luz da economia dos custos de transação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 131-193, out./dez. 2014.

- BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CAETANO, M. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, v. I, 1970.
- CARVALHO, A.C. *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- CARVALHO, L.R.F.D.; PINI, M.S.. Elementos de engenharia de custos: desatando o nó para os agentes de obras públicas na formação do preço para a construção civil. São Paulo: Pini, 2014. CARVALHO FILHO, J. D. S. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- CAVALLI, C. *Empresa, direito e economia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.
- COASE, R. H. Journal of Law and Economics. In: SALAMA, B. M. *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COOTER, R.; ULEN, T. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CYRINO, A. R. *O poder regulamentar autônomo do presidente da república: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ESTORNINHO, M. J. *Curso de Direito dos Contratos Públicos*. [S.l]: Editora Almedina, 2014.
- FELIU, J. M. G. El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades. La transposición em España. In: Curso de verano sobre Las nuevas Directivas de contratación pública de la Unión Europea. *Apostila...* Oporto : Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa, 2015, p. 52.
- FLYVBERG, B. *Machiavellian Megaprojects*. Oxford: Blackwell, 2005.
- FRANÇA, A.L.V.F. *Métodos executivos de obras de arte especiais: estudo de caso*. 2011. 99f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação). Curso de Engenharia Civil. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://monografias.poli.ufrj.br/monografias/monopoli10006962.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2015.
- FURTADO, L. R. *Curso de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2001.
- FURTADO, L.R.; CAVALCANTI, A.S. Os Limites Legais às Alterações de Contratos Administrativos – possibilidades de extrapolação. Revista do Tribunal de Contas da União. V. 30, n. 82, out/dez 1999. Brasília: TCU, 1999.

GAMA JR., L. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004*: Softlaw, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

GARCIA, F.A. Chegou a hora: uma necessária mudança na execução de obras públicas no Brasil. *Direito do Estado*, 21 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/chevou-a-hora-uma-necessaria-mudanca-na-execucao-de-obras-publicas-no-brasil>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

GÓMES-IBANEZ, J.A. *Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

GÓMEZ, L.A.; COELHO, C.C.S.R.; DUCLÓS FILHO, E.O.; XAVIER, S.M.T. *Contratos EPC Turnkey*. Florianópolis: Visual Books, 2006.

GONÇALVES, P. *Acórdão Pressetext*: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato. *Justiça Administrativa* n° 73. Janeiro/Fevereiro 2009, p. 15. Disponível em: <<http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2015

GROSSMAN, S. J.; HART, O. D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration. *Journal of Political Economy*, Chicago: University of Chicago, v. 98, n. 4, p. 691-719, 1986.

GUERRA, S. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUERRA, S. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GUERRA, S. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUIMARÃES, F. V. *Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/93*. São Paulo: Malheiros, 2003.

INTERNATIONAL Monetary Fund. Site do International Monetary Fund. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/np/tr/2014/tr093014.htm>>. Acesso em: 8 dez. 2014.

ISHITANI, H.; LEOPOLDO, R. *Concreto Protendido: fundamentos iniciais*. São Paulo: Escola Politécnica – USP, 2002, 30 p. Disponível em: <http://www.lem.ep.usp.br/pef2304/protendido_c1e2.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2015.

JUSTEN FILHO, M. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, M. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KLEE, L. *Intenational Construction Contract Law*. Oxford: John Wiley & Sons, 2015.

KNIGHT, F. H. *Risco, incerteza e lucro*. Tradução de Hunfredo Cantuária. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1972.

LIMMER, C. V. *Planejamento, orçamento e controle de projetos e obras*. Rio de Janeiro: LTC, 1997.

LUNA, G. F. G. *Controle de preços nos contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013

MACKAAY, E. *History of law and economics*. Montreal: University of Montreal, 1999.
Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em: 09/07/2015

MAJONE, G. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. In: *Revista do Serviço Público*. Ano 50, n.1 (Jan-Mar/1999). Brasília: ENAP, 1997.

MARIA, P. E. P. S. *Preço global em obras públicas: licitações e projeto básico*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARINANGELO, R.; KLEE, L. *Recomendações FDIC para Orientação de Contratos de Projetos e Obras*. São Paulo: PINI, 2014.

MARQUES NETO, F. D. A. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, F. D. A.; AZEVEDO, F. (Coord.); ARAGÃO, A. S. D (Coord.);
MARQUES NETO. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MARQUES NETO, F. D. A. Contrato Administrativo: superveniência de fatores técnicos dificultadores da execução da obra – inaplicabilidade dos limites de 25% de acréscimo. *Boletim de Direito Administrativo*. Fev/1998. São Paulo: NDJ, 1998.

MARTINS, L. L. *Empreitada de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2015.

MARTINS, M. G. O direito comporta testes empíricos? In: PORTO, A. M.; SAMPAIO, P. R.P. *Direito e economia em dois mundos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

MATTOS, A. D. *Planejamento e Controle de Obras*. São Paulo: Pini, 2010.

MATTOS, P.T.L. Autonomia Decisória, Discrecionalidade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro. In: ARAGÃO, A.S.D (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEIRELLES, R; ATHAYDE, C. *Um País Chamado Favela*. São Paulo: Gente, 2014.

MELLO, C. A. B. D. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, A. *Aspectos polêmicos de licitações e contratos de obras públicas*. São Paulo: Pini, 2013.

MENDONÇA, J.V.S.D. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MONCADA, L. C. D. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MOREIRA NETO, D. D. F. M. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, D. D. F. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: *Revista de Direito da Associação dos Novos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. n. 17. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOREIRA NETO, D.D.F. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, R.J.D. *Cláusula “rebus sic stantibus”*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA, V. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

NÓBREGA, M. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NÓBREGA, M. A contratação integrada no regime diferenciado de contratação: inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico financeiro do contrato. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. Lisboa: Centro de Direito Privado da Universidade de Lisboa, v. 2, 2015.

NORTH, D. C. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

OCDE. *Relatório territorial da OCDE: Brasil 2013*. [S.l]: OECD Publishing, 2013.

PESSOA JUNIOR, E. *Manual de Obras Rodoviárias e Pavimentação Urbana – execução e fiscalização*. São Paulo: Pini, 2014.

PEREIRA JUNIOR, J. T. In: MARIA, P. E. P. S. *Preço global em obras públicas: licitações e projeto básico*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREZ, M. A. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PUGA, F. P.; JUNIOR, G. R. B.; NASCIMENTO, M. M. O Brasil diante de um novo ciclo de investimento e crescimento econômico. In: ALÉM, A. C.; GIAMBIAGI, F. *O BNDES em um Brasil em transição*. Rio de Janeiro: BNDES, 2010.

RIBEIRO, M. P. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N.; PINTO JUNIOR, M. E. P. *Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012.

RIGOLIN, I. B.; BOTTINO, M. T. *Manual prático das licitações*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSILHO, A. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALAMA, B. M. Direito, Justiça e Eficiência: a perspectiva de Richard Posner. In: ROSRIGUEZ, J. R.; COSTA, C. E. B. S; BARBOSA, S. R. *Formalismo, Dogmática Jurídica e Estado de Direito*: um debate sobre Direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Junior. Cadernos Direito GV. São Paulo, v. 7, n. 3, 2010.

SAMPAIO, P.R.P. *Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SCHIRATO, V.R. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHWARTZ, J.; CARMARGO, Á. *Manual de projetos de infraestrutura e engenharia*. São Paulo: Edição dos Autores, 2014.

SILVA, J. A. D. *Regime jurídico das empreitadas de obras públicas*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

SOTO, H. D. *Economia subterrânea*: uma análise da realidade peruana. Tradução: Gilson Schwartz. Rio de Janeiro: Globo, 1986.

SOUTO, M. J. V. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, C.A. Contratos Administrativos: acréscimos de obras e serviços. *Revista Trimestral de Direito Público*. n.º 2. São Paulo: Malheiros, 1992.

SUNDFELD, C.A.; CÂMARA, J.A.. O Tribunal de Contas da União e a Regulação. In: *Novos Rumos para o Direito Público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*. FIGUEIREDO, M. (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNDFELD, C.A. Contratações Públicas e o Regime da Concorrência. *Revista de Contratos Públicos*. Ano 1, n. 1, mar/ago 2012. Belo Horizonte: Fórum, 2012

SUNDFELD, C. A. Controle das Contratações Públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 136, maio/ago 2011.

SZTAJN, R. Sociedades e Contratos Incompletos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, p. 171-1190, jan-dez 2006.

TÁCITO, C. Contrato administrativo. Alteração quantitativa. Alteração qualitativa. Limites de valor. *Boletim de Licitações e Contratos*, n. 3 São Paulo: NDJ, 1997.

TORRES, R. L. *Revista de informação legislativa*, Brasília-DF, jan/mar 1994.

TIMM, L.B. *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

URYN, A. Os Limites de Alteração do Contrato de Obra Pública e o Atual Entendimento do Tribunal de Contas da União. In: GUERRA, S. (org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2015.

WALD, A.; SAMPAIO, E. O Direito da Infraestrutura . *Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3026076/o-direito-da-infraestrutura>>. Acesso em: 25 dez. 2015.

WILLIAMSON, O. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSTAJN, D.; SZTAJN, R. *Direito & Economia*: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 16-59.

ZYLBERSTAJN, D.; SZTAJN, R. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.