PARECERES

Licitações e Contratos Administrativos

CONTRATO ADMINISTRATIVO — ALTERAÇÃO QUANTITATIVA E QUALITATIVA — LIMITES DE VALOR

PARECER

I

A consulta está formulada nos termos seguintes:

A consulente contratou obras de recuperação das estruturas da barragem de usina, na conformidade do contrato anexo por cópia à presente, celebrado em 20 de outubro de 1992, após cumprido o necessário processo licitatório.

Durante a execução do mencionado contrato surgiram dúvidas quanto ao entendimento sobre as seguintes questões, que são objeto de consulta ora formulada a V.Sa.:

“1 — Na hipótese de modificação unilateral do projeto ou de suas especificações, de natureza qualitativa, feita pela contratante para melhor adequação técnica de seus objetivos, e que implique em aumento quantitativo de obras e serviços, os limites estabelecidos no § 1 do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21-06-93, poderão ser ultrapassados?

2 — Em caso de resposta positiva

a — havendo preços unitários expressos previstos no contrato para obras e serviços idênticos deverão eles observados em relação aos acréscimos?

b — para as novas obras e serviços, semelhantes às contratadas com composição de custos constante da planilha, como deverão ser fixados os novos preços?

c — para as novas obras e serviços, sem semelhança com as contratadas e, portanto, sem previsão de custos constante da planilha, como deverão ser fixados os novos preços?”

A resposta a ser oferecida aos quesitos da consulta impõe a definição de premissas essenciais ao exato entendimento da matéria.

II

Mutabilidade dos Contratos Administrativos

O contrato é eminentemente uma relação de direito privado dominada pelo princípio da igualdade entre as partes contratantes que torna inviável a alteração unilateral de direitos e obrigações. Do acordo de vontades emana a recíproca observância do pacto tal como concebido (*pacta sunt servanda*). Bilateral em sua origem e formação, somente outro ajuste de igual categoria poderá inovar o sinalagma constituído. Sobrepara, soberanamente, como princípio geral, a regra da imutabilidade do contrato privado.

A presença da Administração Pública traz, contudo, às relações bilaterais das quais participe um regime jurídico especial que se distingue do regime de direito comum: o contrato de direito privado se transfigura no contrato administrativo.

De logo se destaca, no contrato administrativo, o fim de interesse público, de tal modo que a tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses privados para a satisfação de uma finalidade coletiva, no pressuposto da utilidade pública do objeto do contrato.

O princípio de igualdade entre as partes cede passo ao da desigualdade no sentido da prerrogativa atribuída ao Poder Público de fazer variar a obrigação da outra parte na medida necessária à consecução do fim de interesse público que é o alvo da atividade estatal.

A chamada mutabilidade do contrato administrativo é uma cláusula implícita, a que adere a outra parte, em razão da qual a Administração Pública pode modificar, dentro do âmbito da razoabilidade, a obrigação de co-contratante, uma vez seja respeitado o objeto do contrato.

Em correspondência a este poder unilateral da Administração será assegurado ao outro contratante o chamado direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo a que se torne estável a equivalência entre as obrigações de dar, ou de fazer, de um agente e a obrigação de pagar do outro ator da relação bilateral.

Cuida-se, em suma, de preservar, no contrato revisto, sua natureza comutativa (equivalência intrínseca entre as obrigações) e sinalgmática (reciprocidade das obrigações).

Assim, por força da especificidade do contrato administrativo nele convivem, mas se destacam as cláusulas de serviço e as cláusulas financeiras. As primeiras comportam a dinâmica regulamentar, suscetível de acolher imposições unilaterais, concentrando-se nas últimas a feição tipicamente contratural no sentido de que se respeite o que LEON BLUM chamou "a equivalência honesta" entre as obrigações.

O regime jurídico do contrato administrativo mediante o qual se realiza o desempenho de serviços públicos atende a esta construção peculiar que há muito mereceu acolhida no direito positivo e na doutrina brasileira e atualmente se espelha na Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883, antecedida, em equivalente preceito, pelo Decreto-lei nº 2.300/86.

III

O regime jurídico próprio da gestão do serviço público se estende, por igual, às relações constituídas por entidades direta ou indireta-

mente controladas pela União. É o ditame do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 a que precedeu o art. 86 do Decreto-lei nº 2.300/86.

As obras e serviços a serem prestados pelos particulares aos órgãos da Administração Pública em sentido amplo (abrangendo, como assinalado, as entidades controladas) devem ser objeto de prévia seleção, em processo licitatório, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa ou inexibilidade do certame.

Em qualquer caso o contrato terá necessariamente objeto certo e determinado, a ser expresso em projeto básico, integrante do edital.

À luz dessa dimensão ou escala do contrato é que se irá definir o projeto executivo e suas especificações pelas quais se governará a execução contratual.

A regra da mutabilidade do contrato administrativo tem como fronteira o obrigatório respeito à predeterminação de seu objeto a ser cumprido pelas prestações contratuais.

A complementação permitida nas condições operacionais do contrato, visando ao seu aperfeiçoamento técnico ou à atualização dos encargos do contratado, não se compatibiliza com a substituição da essência do projeto básico, ou seja, do objeto específico do contrato.

Esta é a medida da flexibilidade das cláusulas de serviço que poderão contemplar situações imprevistas desde que guardem coerência com a substância do serviço contratado e se mantenham na órbita de seu objeto.

IV

O contrato celebrado entre a consultante e determinada empresa privada, tendo como objeto a reforma de instalações de serviço (recuperação das estruturas de barramento de usina, foi celebrado em 1º de outubro de 1992, na vigência de Decreto-Lei nº 2.300/86.

Nos termos da redação original do art. 121 da Lei nº 8.666/93 estava excluída a incidência da lei nova.

Contudo, a Lei nº 8.883/94, modificando a disposição, tornou aplicável aos contratos anteriormente celebrados,

“o disposto no art. 57, nos §§§ 1º, 2º e 8º do art. 65, no inciso XV do art. 78.”

É mister, conseqüentemente, que se aprecie a consulta tendo presentes os mencionados preceitos que se tornaram extensivos à execução do contrato em apreço.

V

As Alterações Unilaterais do Contrato Administrativo

Firmado o princípio da mutabilidade do contrato Administrativo impõe-se recordar, como limite à sua incidência, o correlato princípio da inalterabilidade do objeto. Um e outro são princípios que se devem harmonizar na interpretação dos preceitos legais que admitem alterações unilaterais dos contratos administrativos.

Tanto o Decreto-lei nº 2.300/86 (em cuja vigência foi celebrado o contrato em exame) como o atual Estatuto, consolidado na Lei nº 8.666/93, com o adendo da Lei nº 8.883/94, expressamente determinam a latitude da revisibilidade das cláusulas de serviço.

Ambas as leis especificam que os contratos sob sua regência poderão ser alterados, 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 na mesma lei.

Esta a norma explícita do art. 55, item I do Decreto-lei nº 2.300/86 e do art. 65, item I da Lei nº 8.666/93, de igual teor.

Do mesmo modo, ambas as leis qualificam os limites dentro dos quais é permitida a variação quantitativa em referência:

“O contrato fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial do contrato e, no caso particular de reforma do edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos” (§ 1º do art. 55 do

Decreto-Lei nº 2.300/86 e § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93).

É importante destacar que os limites proporcionais indicados (25% ou 50%), referem-se às variações que venham a ocorrer sobre o valor inicial atualizado do contrato entendido globalmente e não sobre o valor isolado da parcela ou insumo especificamente objeto de acréscimo ou redução. Não há portanto, revisão de preços unitários a considerar, além dos reajustes essencialmente admitidos pelo contrato, segundo índices pré-estabelecidos.

À limitação quantitativa da alteração a ser imposta unilateralmente pela Administração, o Decreto-Lei nº 2.300/86 acrescia a possibilidade de que, mediante acordo, fossem superados os limites estipulados.

Era a previsão do § 4º do citado art. 55:

“No caso de acréscimos 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.”

A nova lei não incorporou esta faculdade a ser consensualmente exercida.

Antes a excluiu, mantendo tão somente a permissão de ajuste quantitativo unilateral, a critério da Administração, até os limites permitidos e intransponíveis.

É o teor do atual § 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, que, como visto, foi mandado incidir também sobre os contratos celebrados anteriormente.

Suprimindo a anterior possibilidade de que, mediante acordo, os limites de alterações quantitativas fossem ultrapassados quis o legislador evitar práticas abusivas que se valiam da permissão para superar a escala da obra ou serviço tal como posta em licitação.

Em nada de confunde este novo tratamento legal, com a figura da alteração qualitativa, a que se refere a alínea *a* do item I do art. 65, que, como veremos a seguir, tem inspiração e finalidade próprias.

VI

Alterações Qualitativas do Contrato

As alterações quantitativas do contrato, objeto do anterior capítulo, são manifestações

unilaterais da Administração, por motivo de conveniência do serviço, que se podem processar, dentro dos limites permitidos, sem que se modifiquem as especificações do contrato e os critérios definidos nas planilhas que o integram. A ordem a ser emitida, de obrigatório acatamento pelo contrato, pressupõe, nos explícitos termos da lei, o atendimento das “mesmas condições contratuais”.

Diversamente, as modificações qualitativas não tem proporção prefixada, mas devem respeitar a essência do objeto do contrato, do qual é expressão objetiva sua finalidade, caracterizada no projeto básico, a que se reporta o edital.

Os princípios fundamentais de igualdade e impessoalidade graduam, na licitação, os parâmetros das ofertas, de cuja comparação emanará a escolha da proposta mais favorável ao interesse público.

Admitir-se *a posteriori*, na fase de execução do contrato, a escolha de outro objeto representaria violação à regra de outro da licitação que repudia tratamento discriminatório, ou favorecido, entre os concorrentes. A tanto se opõe o princípio da moralidade administrativa, outro dos balisamentos constitucionais do serviço público.

Sob outro ângulo, porém, uma vez efetivado o contrato, é dever da Administração esmerar-se em alcançar plena eficiência da prestação contratada, visando à melhor adequação técnica e operacional, compatível com a escala do negócio jurídico pactuado.

Várias causas poderão recomendar que se atualizem e aperfeiçoem as especificações da obra ou serviço, em termos técnicos ou de qualidade material, mantida a compatibilidade com a estrutura do ajuste.

Expressivo, a respeito, testemunho autoriza do de HELY LOPES MEIRELLES no sentido de que

“imobilizar as cláusulas regulamentares, ou de serviço, nos contratos administrativos, importaria em impedir a Administração de acompanhar as inovações tecnológicas, que também atingem as atividades do Poder Público e reclamam sua adequação às necessidades dos administrados”

(Licitação e contrato administrativo — 10ª edição — p. 189).

A execução do contrato administrativo poderá, ainda, sofrer adaptações decorrentes de caso fortuito ou de força maior, como de atos de natureza, que são motivos influentes sobre a prática das prestações contratuais.

Também a incidência de atos gerais de governo que afetem a execução das obrigações igualmente justificam as adaptações necessárias, com base no princípio imperativo do fato do príncipe.

Por último, podem sobrevir, no curso de execução do contrato, situações imprevistas, alheias à vontade das partes, que imponham para o cumprimento do objeto do contrato a prestação de serviços complementares, não previstos no esquema original, mas essenciais ao atendimento da obra ou serviço contratado.

Em hipóteses dessa natureza, a própria fidelidade ao objeto do contrato pode levar a um agravamento físico da obrigação, que se não confunde, no entanto, com a simples alteração quantitativa em que apenas opera a vontade da Administração e para a qual a lei ditou limite percentual, em correspondência ao custo inicial previsto no projeto.

As alterações qualitativas, precisamente porque são, de regra, imprevisíveis, senão mesmo inevitáveis, não têm limite pré-estabelecido, 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 a causas determinantes devidamente explicadas.

O Equilíbrio Financeiro do Contrato

A licitação conduz à escolha da proposta mais favorável, que leva à celebração do contrato, entre cujas cláusulas essenciais figura a estipulação do preço global e sua discriminação nas planilhas da proposta, com a estipulação, conforme o caso, de preços unitários.

O preço global, ou os preços unitários, poderão sofrer reajustes previstos no edital e no

contrato, especialmente no tocante à manutenção da estabilidade da moeda.

Nas alterações quantitativas — que devem se manter dentro dos limites permitidos em lei — a norma legal específica a observância das “mesmas condições contratuais”, não variando, portanto, a expressão dos preços unitários, ou os valores das planilhas.

Na ocorrência de alterações qualitativas, originárias de modificações do contrato ou de suas especificações, pela indicada causalidade, poderá ocorrer um especial agravamento de custo que venha a abalar a correlação prevista, em detrimento da continuidade do equilíbrio econômico-financeiro gerador de relação jurídica bilateral. É a regra da chamada equação financeira do contrato, a ser respeitada em atenção ao sinalagma original que motivou o acordo de vontades.

A álea ordinária do contrato é suportada pelo contratado e permanece de sua responsabilidade na prestação regular da obra, ou serviço. Os custos efetivamente incorridos são por ele assumidos, quaisquer que sejam os resultados financeiros do cumprimento da obrigação.

Todavia, se advir álea extraordinária, imprevisível e excessivamente onerosa, será válido acrescentar ao preço contratado um *plus* que importe em manter a obrigação tal como originalmente pactuada.

Na eventualidade de alterações quantitativas em que o contratado passa a *servir mais* poderá ocorrer que deve *receber mais* na proporção do acréscido, respeitado o preço contratado. O parâmetro unitário continuará a ser o mesmo. O contrário importaria em alterar a álea ordinária pactuada, em detrimento do motivo determinante do julgamento, atributivo da adjudicação à melhor oferta, ou seja, conforme a terminologia constitucional, “mantidas as condições efetivas da proposta” (Constituição de 1988, art. 37, n. XXI).

Outra será a solução quando a modificação do contrato, ou de suas especificações, dentro da elasticidade do projeto executivo, venha a ultrapassar os lindes normais das obrigações, desequilibrando a economia do ajuste pactuado.

O preço ordinário continuará a existir, em respeito à comutatividade do contrato. Mas a onerosidade agregada, à margem da normal prestação, poderá produzir um aditamento do preço para preservação do equilíbrio financeiro original. O sobre-preço a ser observado atenderá ao princípio de proporcionalidade, em função do custo adicional incorrido, definido por acordo das partes (Lei nº 8.666, art. 65, II, alínea d).

VII

Resposta aos quesitos da consulta

Consideradas as observações acima assinadas, parece-nos que os itens da consulta merecem ser assim respondidos.

Primeiro quesito — Na hipótese de modificação unilateral do projeto ou de suas especificações, de natureza qualitativa, feita pela contratante (LIGHT), para melhor adequação técnica de seus objetivos, e que implique em aumento quantitativo de obras e serviços, os limites estabelecidos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21-06-93, poderão ser ultrapassados?

Resposta — A nosso ver, cabe distinguir, substancialmente, entre os procedimentos de alterações qualitativas e quantitativas que estão admitidas, por iniciativa unilateral da Administração no art. 65, nº I, alínea *a* e *b* da Lei nº 8.666/93 (como, anteriormente, em preceito idêntico contido no art. 55 do Decreto-lei nº 2.300/86).

Quando apenas se altere a quantidade da obrigação, está o contrato obrigado a aceitar o acréscimo que, a importar em modificação do valor contratual, não poderá ultrapassar, conforme o caso, a 25% ou a 50% do valor inicial atualizado do contrato. A estes limites não poderá exceder a determinação administrativa (§§ 1º e 2º do citado art. 65).

No caso da consulta, o limite a aplicar será o de 50%, posto que o objeto do contrato (reforma da barragem da usina dos Pombos) se enquadra na previsão legal de “reforma de equipamento”.

Se, no entanto, situação imprevista, que se imbrigue com o objeto do contrato, impuser alteração na *qualidade* do serviço, com modificação nas especificações contratuais, não se terá de cogitar de limitação da despesa superveniente e necessária à plena consecução da finalidade do contrato, podendo ser ultrapassado, na medida exigida, a preço global originariamente pactuado.

Esclarece a consulta que, no curso da execução da obra contratada, identificou-se condição desconhecida do sub-solo, impondo nova especificação do enrocamento com o conseqüente emprego de pedras de diversa conformação a serem coletadas em local distante, com despesas adicionais de transporte.

Caracteriza-se, no evento, situação imprevista, estranha à vontade das partes, apta a motivar alteração *qualitativa* do contrato, a reclamar a restauração do equilíbrio financeiro do contrato.

As alterações meramente *quantitativas* da obrigação devem ser suportadas pelo custo ordinário definido nas planilhas ou seja, como específica a lei, nas “mesmas condições contratuais”.

De outra parte, o custo mais elevado de alterações *qualitativas*, que agravem a execução do contrato, justificam o reajustamento do preço, pela via consensual, para restabelecer a correlação original entre os encargos do contrato e a retribuição devida (alínea *d* do item II do art. 65).

Em recente estudo sobre a Lei nº 8.666/93, ANTONIO MARCELLO DA SILVA comunga em idêntica conclusão:

“As alterações admitidas pela Lei são apenas as decorrentes de *modificação do projeto ou das especificações e de variação de quantidades*.

As modificações de projeto ou especificações *não se sujeitam a quaisquer limites, qualitativos ou quantitativos* mas não podem afetar o objeto contrato em sua essência;

as variações de quantidades — acréscimos ou reduções das quantidades pactuadas — *são admissíveis enquanto contidas nos limites legais* — autorizam apenas a alteração do *valor do contrato* e, em princípio, devem ser supor-

tadas pelo contratado, nas mesmas condições contratuais”.

(artigo sobre “Alterações de projeto, variação de quantidades e direito ao equilíbrio financeiro do contrato” — incluído no presente volume, p. — grifos do autor).

Em suma: os preços unitários, constantes das planilhas, serão rejeitados na medida em que apenas se altere, por acréscimo, a *quantidade* da obra ou serviço, ou dos respectivos materiais.

Ter-se-á, porém, de corrigir o preço contratado, agregando-se o custo adicional que venha a ser gerado, por mutação na *qualidade* do serviço, em razão de modificação do contrato ou de suas especificações.

Tais modificações devem guardar proporcionalidade com o objeto do contrato e deverão se fundamentar em motivação expressa e objetiva, que evidencie sua pertinência.

Segundo quesito — Em caso de resposta afirmativa ao primeiro quesito, indaga-se ainda:

a) havendo preços unitários expressos previstos no contrato para obras e serviços idênticos deverão eles ser observados em relação aos acréscimos?

Resposta — Os preços unitários, expressos nas planilhas do contrato, nos termos da proposta vencedora, a que se obrigou o contratado, deverão ser observados na medida em que correspondam, para os itens pertinentes, a acréscimos quantitativos, com observância do limite permitido em lei.

A superação desse limite, se exigida para o atendimento da atualização das especificações, deverá ser objeto de ajuste mediante acordo entre as partes de modo a manter a integridade da equação financeira do contrato.

b) para as novas obras e serviços, semelhantes às contratadas com composição de custos constante da planilha, como deverão ser fixados os novos preços?

Resposta — Se os acréscimos determinados forem coerentes com a composição do preço constante das Planilhas, deverão estas servir de paradigma para a fixação dos custos adicionais, adotado critério semelhante ao indicado na resposta à parte anterior do quesito.

c) para as novas obras e serviços, sem semelhança com as contratadas e, portanto, sem previsão de custos constante da planilha, como deverão ser fixados os novos preços?

Resposta — Tratando-se de alteração qualitativa inovadora, ou seja de especificação nova imposta pela imprevisibilidade advinda

no curso da execução do contrato, dever-se-á adotar, como base de reajustamento, o valor do custo de mercado, a ser determinado mediante acordo entre as partes.

Estas nos parecem ser as respostas adequadas aos casos focalizados na consulta,

S.M.J. — CAIO TÁCITO