

Alteração de contratos administrativos: estudo sobre vícios nos aditamentos aos contratos administrativos

Eber dos Santos Chaves¹

Resumo

A alteração do contrato representa uma das prerrogativas atribuídas à Administração Pública, nos termos dos artigos 58, I e 65 da Lei n.º 8.666/93. Tal prerrogativa se justifica pelo dever atribuído a esta de bem tutelar o interesse público, cabendo-lhe, pois, em face de determinadas circunstâncias, realizar as necessárias adequações do contrato firmado. Todavia, essas alterações não se constituem em regra, nem tampouco algo ilimitado, mas devem ser exceções, cuja ocorrência pressupõe as devidas justificativas legais que devem ser formalizadas por meio de instrumento usualmente denominado termo de aditamento, comumente denominado termo aditivo. Ocorre que, em algumas situações, quando da formalização das alterações dos contratos administrativos, por meio de termo de aditamento, alguns aspectos legais são deixados de lado, tornando esse ato administrativo em um ato vicioso. Esse artigo tem como objetivo discutir e analisar a legalidade nos aditamentos de contratos administrativos, buscando compreender os principais problemas (vícios) encontrados nas alterações de contratos administrativos. Para isso, realizou-se uma análise comparativa entre algumas práticas em confronto com os ditames da Lei nº 8.666/93, contribuindo desta maneira para o aprimoramento profissional dos gestores públicos e servidores da área administrativa responsável pela contratação de fornecedores e/ou prestadores de serviço. Neste estudo, concluímos que as alterações contratuais constituem, na maioria das vezes, fruto da má especificação do objeto do contrato ou da falta de planejamento

¹ Bacharel em Administração pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Técnico de Nível Médio - Prefeitura Municipal de Vitória da Conquista/BA. E-mail: eber.chaves79@gmail.com

dos agentes públicos.

Palavras-chaves: Contrato Administrativo. Alteração. Aditamento. Vícios. Legalidade. Segurança Jurídica.

Abstract

The contract amendment is one of the prerogatives assigned to the Public Administration, pursuant to art. 58, I, of Law n. 8.666/93. This prerogative is justified by the duty assigned to this well protect the public interest, and shall, therefore, in view of certain circumstances, make the necessary adjustments to our agreement. However, these changes do not constitute a rule, or something unlimited, but must be exceptions, the occurrence of which involves the legal justifications that must be formalized through an instrument usually called term amendment, commonly called an addendum. It happens that, in some situations when formalizing changes of government contracts through the end of addition, some legal aspects are left aside, making this administrative act vicious. This article aims to discuss and analyze the legality of administrative contracts in the riders, trying to understand the main problems (defects) found changes in contracts. For this, we carried out a comparative analysis of some practices in conflict with the dictates of the Law 8.666/93, thus contributing to the professional development of managers and public servants of the administration responsible for hiring vendors and / or service providers. In this study, we conclude that the contract changes are, for the most part, the result of misspecification of the object of the contract, or the lack of planning of public officials.

Keywords: Administrative Agreement. Amendment, Addition; Addictions; Legality; Legal Security.

1. Introdução

O contrato administrativo é um tipo de contrato da administração regido integralmente por normas de Direito Público, em que o interesse público tem prioridade sobre o interesse do particular, contendo cláusulas exorbitantes e derogatórias do direito comum. O doutrinador Meirelles (2010, p. 215) conceitua contrato Administrativo como “o ajuste que a Administração

Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.

A alteração do contrato administrativo é o reflexo jurídico da sobreposição do interesse público sobre o privado, contudo as alterações nas cláusulas contratuais não dependem tão somente do livre-arbítrio da Administração, elas precisam ser justificadas pela ocorrência de situações de fato ou de direito que comprovem a necessidade da mudança. Para tanto, os atos administrativos necessitam estar pautados nos princípios expressos no art. 37 da Constituição, que prescreve que a Administração Pública Direta e Indireta deverá observar o princípio da legalidade, devendo fazer apenas o que a lei permitir. Isso se deve porque a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei, ou seja, é a submissão do Estado à lei, sendo que suas atividades serão desenvolvidas em conformidade dos preceitos legais preestabelecidos, além de observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, publicidade e eficiência.

Em razão do interesse público essencial aos contratos administrativos e a frequência com que as alterações contratuais são praticadas, resolvemos nos inclinar mais aprofundadamente na matéria, a fim de investigar o fundo do Direito aplicável à questão.

A atividade administrativa é exercida por meio de atos ou fatos jurídicos. Dentre os atos produzidos pela Administração encontra-se como base para o desenvolvimento deste artigo o aditamento ao contrato administrativo, ato jurídico bilateral, produzido pelo Estado, concreto, complementar da lei, e sujeito ao controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Os temas abordados foram conduzidos nos termos da Lei nº 8.666/1993 – que instituiu normas gerais de licitações e contratos para a Administração Pública, além de lições da doutrina e jurisprudência pátrias sobre os temas.

Considerando a necessidade de uma melhoria contínua e atualização diante da legislação que rege os temas da gestão dos contratos da Administração Pública, a relevância da pesquisa conduzida neste trabalho está na oportunidade de fornecer aos gestores públicos subsídios importantes para cumprimento da legislação relacionada aos contratos administrativos, assegurando assim que os atos administrativos relacionados às alterações de contratos, estejam pautados nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Esse artigo tem como objetivo discutir e analisar a legalidade nos aditamentos de contratos administrativos, buscando compreender os principais problemas (vícios) encontrados nas alterações de contratos administrativos. Para isso, realizou-se uma análise comparativa entre algumas práticas em confronto com os ditames da Lei nº 8.666/93, contribuindo desta maneira para o aprimoramento profissional dos gestores públicos e servidores da área administrativa responsável pela contratação de fornecedores e/ou prestadores de serviço.

Cabe salientar que o tema Alteração de Contratos Administrativos é vasto e abrangente, não sendo exaurido pelas obras doutrinárias existentes. Este material não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas constitui-se numa fonte de consulta rápida e simplificada sobre o tema.

Os exemplos citados neste trabalho são fictícios e nomes de órgãos, entidades, empresas não foram mencionados.

2. Alteração de contratos administrativos

O art. 58, I, da Lei n. 8.666/93 confere à administração a prerrogativa de alterar seus contratos. Tal prerrogativa é justificada pelo dever atribuído a esta de bem tutelar o interesse público, cabendo-lhe, pois, em face de determinadas circunstâncias, realizar as necessárias adequações do contrato firmado. De acordo com pertinente lição de Marques (1998, p. 105):

O fato é que quando a Administração perfaz um ajuste administrativo, presume-se que esteja a perseguir um cometimento que é de interesse coletivo, geral, público. Dessume-se, portanto, que se no devir desta avença surgirem circunstâncias ou fatores — imprevistos, imprevisíveis, mal previstos, supervenientes, enfim — que imponham alterações no ajuste, seria absolutamente contraditório negar ao Poder Público a mudança no contrato na precisa medida necessária a contornar os óbices supervenientes.

Segundo Niebuhr (2011, p. 825), as alterações dos contratos administrativos não se constituem em regra, nem tampouco algo ilimitado, as modificações devem ser exceções, cuja ocorrência pressupõe as devidas justificativas. A Administração deve ser responsável em seu planejamento inicial, realizando estudos prévios e consistentes.

Encarecendo o entendimento de que a alteração do contrato, em face das circunstâncias do caso concreto, constitui poder-dever da administração pública, Justen Filho (2005, p. 540) assevera que:

A modificação contratual derivará da constatação técnica da inadequação da previsão original. Logo, dependerá de critérios técnicos que comprovem que a solução adotada anteriormente é antieconômica, ineficaz ou inviável. Enfim, deriva da demonstração científica de que a solução que melhor atende aos interesses fundamentais não é aquela consagrada no contrato original. Logo, a modificação será obrigatória. A Administração Pública terá o dever de promovê-la. Deverá apresentar os motivos técnicos aos quais se vincula sua decisão, fundamentando-a. (...) Se a Administração deixar de exercer seu poder, estará atuando mal e seus agentes poderão ser responsabilizados pelo descumprimento de seus deveres funcionais.

2.1. Alteração unilateral

Ao contrário das modificações consensuais, as alterações unilaterais são as geradas pela Administração e independem da anuência do contratado. Assim sendo, o particular não terá direitos imutáveis com relação ao objeto contratado, nem tampouco com relação às cláusulas regulamentares que

dispõem sobre o modo de sua execução do contrato. Entretanto, deverá ser assegurado seu direito com relação ao equilíbrio econômico financeiro inicial do contrato, em qualquer alteração unilateral, conforme o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal e inciso 6º do art. 65 da Lei 8.666/93, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração. Ou seja, a equação econômico-financeira da proposta inicial deverá ser mantida durante toda a execução do contrato, de modo a evitar a oneração do particular ou até mesmo da Administração.

A alteração unilateral não é um ato arbitrário, mas uma obrigação quando existir a necessidade, no sentido de proteger o interesse público. Assim, as modificações sempre devem ser motivadas e justificadas, sob pena de nulidade.

2.2. *Alteração qualitativa*

De acordo com o art. 65, inc. I, letra a, da Lei nº 8666/93, as alterações qualitativas se caracterizam pela adequação técnica do objeto contratual a novas especificações, diferentemente das alterações quantitativas que são destinadas a modificar a dimensão do objeto.

Não há menção na Lei nº 8666/93 sobre os limites para as alterações qualitativas, logo não existem dúvidas a respeito das alterações qualitativas que estão dentro do limite estabelecido para as alterações quantitativas. A questão principal está na possibilidade ou não de ultrapassar estes limites, uma vez que o legislador não estabeleceu explicitamente os limites às modificações de natureza qualitativa.

Para o autor Justen Filho (2010, p. 830), as alterações qualitativas podem extrapolar os limites estabelecidos no parágrafo 1º e 2º do art. 65 da Lei de Licitações e indica o seguinte:

Se o legislador quisesse que tais limites servissem também para alterações qualitativas, ele o teria feito expressamente. Não é correto aplicar os limites preceituados nos parágrafos 1º e 2º do

art. 65 da Lei nº 8.666/93 em relação às alterações qualitativas, o que ensejaria uma espécie de interpretação extensiva, que foge aos lindes da própria legalidade mesmo em seu sentido amplo.

Do entendimento do autor citado conclui-se que, quando surge uma nova necessidade, a Administração poderá alterar o contrato de modo a adequá-lo à nova realidade em percentuais superiores aos limites estabelecidos para as alterações quantitativas. Mas a liberdade com relação aos limites das alterações qualitativas deve possuir parâmetros. A fim de evitar atos abusivos e desvirtuamentos, faz-se necessário observar não só o princípio da razoabilidade, mas os demais princípios do Direito Administrativo, tais como os da proporcionalidade, economicidade, finalidade, eficiência etc. Em harmonia com os princípios, a alteração qualitativa não pode transformar o objeto de modo a alterar a sua funcionalidade básica, a identidade do objeto deve ser preservada.

2.2.1. Pressupostos para a alteração qualitativa

São pressupostos para a alteração qualitativa:

a) Fato superveniente ou de conhecimento superveniente, suficiente para ensejar a alteração. Não é possível alterar o contrato, quando a causa da modificação for a falta de planejamento adequado ou de cautela na contratação;

b) Existência de um motivo de ordem técnica, devidamente justificado no processo, que seja impreterível para a consecução do interesse público visado na contratação;

c) Manutenção do objeto inicialmente convencionado, não podendo ser alterada a essência do objeto, sob pena de violação ao preceito constitucional do dever de licitar;

d) Respeito aos direitos adquiridos dos licitantes (manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e adequação dos prazos de execução às mudanças ocorridas).

2.3. Alteração quantitativa

São as alterações que aumentam ou diminuem a quantidade contratada. As alterações quantitativas ocorrem quando existe a necessidade de adequar a dimensão do objeto às novas demandas decorrentes do interesse público. No § 1º do art. 65, a lei determina que o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou as supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras. Conclui-se com isto que as alterações a que refere-se esse parágrafo são unilaterais e independem da concordância do contratado. Sendo estas alterações limitadas a 25% do valor inicial atualizado do contrato para acréscimos e supressões, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite é de 50% para seus acréscimos, permanecendo o limite de 25% para as supressões. Há uma exceção no limite da supressão que poderá ultrapassar o limite de 25%, somente quando a alteração for de modo consensual.

Podemos concluir que, no caso dos acréscimos consensuais, devem ser considerados os mesmos limites estabelecidos nas alterações unilaterais. Isto se explica visto que com o acréscimo há majoração da remuneração. Com o aumento do encargo, e o acréscimo do quantitativo, a Administração terá que aumentar, na mesma proporção, a remuneração do contratado, observando sempre o equilíbrio contratual, a fim de reestabelecer a equação econômico-financeira original.

Na verdade, os limites indicados no § 1º do art. 65 não incidem exatamente sobre as dimensões do objeto, mas o quanto esta alteração do objeto resulta no valor inicial atualizado do contrato. Para elucidar esta importante distinção, citamos exemplo formulado por Niebuhr (2011, p. 827):

Por exemplo, a Administração contratou a pavimentação de 10 (dez) quilômetros de uma rodovia. Ela pretende formalizar aditivo para que sejam pavimentados outros 2 (dois) quilômetros. Muitos, apressadamente, concluem que tal aditivo é permitido, porque importa acréscimo não superior a 25% (vinte e cinco por cento) sobre a dimensão do objeto inicial. Como dito, tal conclusão é apressada, porque o limite de 25% (vinte e cinco por cento) deve ser aferido sobre o quanto a alteração repercute no valor do contrato. Ou seja, se os 2 (dois) quilômetros a mais não gerarem

despesa superior a 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, então o aditivo é permitido.

3. Vícios nos aditamentos aos contratos administrativos

A Administração pode modificar seus contratos nos casos permitidos em lei. Tais modificações devem ser formalizadas por meio de instrumento usualmente denominado termo de aditamento, também conhecido como termo aditivo.

O termo de aditamento é o instrumento apropriado e indispensável, conforme prevê o art. 60 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, para adicionar no texto do contrato vigente as alterações e/ou o novo prazo. Assim sendo, mesmo que consubstanciados em instrumentos distintos, o contrato e seu termo de prorrogação e/ou alteração passam a ser, juridicamente, um só documento. Deve ser celebrado o correspondente termo para cada alteração dessa natureza, de modo que até o fim do contrato pode-se ter mais de um termo de aditamento. Para cada um procede-se da mesma forma, observando-se as exigências próprias que devem ser atendidas caso a caso. Esses vários termos podem ser designados, para facilitar eventual citação ou pesquisa, por primeiro, segundo ou terceiro termo de aditamento (ou termo aditivo).

Ocorre que, em algumas situações, quando da formalização das alterações e/ou prorrogações dos contratos administrativos, por meio de termo de aditamento, alguns aspectos legais são deixados de lado, tornando esse ato administrativo vicioso.

Possui vício o ato que não obedecer ou enquadrar-se às normas que lhe são superiores e lhe servem de fundamento de validade. A comprovação de que um ato é portador de vício se dá por um juízo. Assim, qualquer que seja o vício, em atenção ao próprio atributo de presunção de legitimidade, todos os contratos viciados são válidos até que algum órgão competente declare o contrário.

3.1. Requisitos do termo de aditamento contratual

Toda e qualquer modificação contratual deve dar-se mediante a celebração de termo aditivo, seja ela unilateral ou consensual. Esse instrumento deverá ser utilizado, ainda, em casos como: alteração de nome ou denominação empresarial da contratada, alteração do endereço da contratada, retificação de cláusula contratual e retificação de dados (CNPJ, p. ex.) da empresa contratada (quando, por equívoco, ocorrer falha no registro desses dados).

Os arts. 60, caput, e 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, instituem requisitos formais para a celebração dos contratos administrativos, com vistas a lhes conferir o caráter de oficialidade, abrangendo, inclusive, a formalização de aditamentos aos ajustes originários.

“Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

“Art. 61 - Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.”

O TCU decidiu, no Acórdão 554/2005-Plenário, que será observado no aditamento de contratos administrativos, o princípio de que a execução de itens do objeto do contrato em quantidade superior à prevista no orçamento da licitação deve ser previamente autorizada por meio de termo aditivo contratual, o qual deverá atender aos requisitos a seguir:

- I. Ser antecedido de procedimento administrativo no qual fique adequadamente consignada a motivação das alterações tidas por necessárias, que devem ser embasadas em pareceres e

estudos técnicos pertinentes, bem assim caracterizar a natureza superveniente, em relação ao momento da licitação, dos fatos ensejadores das alterações.

II. Ter seu conteúdo resumido publicado, nos termos do art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

3.2. Termo de aditamento contratual com alterações sem previsão legal

De forma geral, a Lei Magna, em seu artigo 37, estabelece os princípios que norteiam os atos da Administração:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte...”.

Com efeito, o Direito Administrativo rege-se essencialmente pelos seus princípios; não há um “Código Administrativo”. Da lição de Meirelles (2006, p. 87), temos:

“(...) por esses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.”

A alteração contratual não constitui ato discricionário da administração contratante, tomado por juízo de conveniência e oportunidade. Exige-se desta a devida exposição dos motivos ensejadores da mudança contratual. Vale dizer que, conforme esclarecedora lição de Justen Filho (2005, p. 538):

A Administração, após realizar a contratação, não pode impor alteração da avença mercê da simples invocação da sua competência discricionária. Essa discricionariedade já se exauriria porque exercida em momento anterior e adequado. A própria Súmula n. 473 do STF representa obstáculo à alteração contratual que se reporte apenas à discricionariedade administrativa.

A Administração tem de evidenciar, por isso, a superveniência de motivo justificador da alteração contratual. Deve evidenciar que a solução localizada na fase interna da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada. Deve indicar que os fatos posteriores alteraram a situação de fato ou de direito e exigem um tratamento distinto daquele adotado. Essa interpretação é reforçada pelo disposto no art. 49, quando ressalva a faculdade de revogação da licitação apenas diante de “razões de interesse público decorrente de fato superveniente (...)”.

É necessário lembrar ainda que, no caso concreto, devem ser avaliados o princípio da mutabilidade do contrato administrativo e o da inalterabilidade do objeto. Deste modo, em caso de necessidade de adequação do contrato para melhor atender ao interesse público, cabe à autoridade administrativa competente realizar juízo de ponderação, não se admitindo que seja desnaturada a essência do objeto do contrato entabulado. Portanto, não se pode ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.

3.2.1. Não vinculação ao edital de licitação

É por meio do Edital que a instituição compradora estabelece todas as condições da licitação que será realizada e divulga todas as características do bem ou serviço que será obtido. Para a concretização de uma boa compra ou contratação são essenciais a correta elaboração do edital e a definição precisa das características do bem ou serviço pretendido pela entidade licitadora.

O contrato administrativo filia-se ao ato que lhe deu origem. Ele é produto de atos anteriores, que lhe dão determinada configuração. Assim sendo, deve ser interpretado em consonância com o ato convocatório da licitação ou com as condições norteadoras da dispensa ou inexigibilidade da licitação. Tanto é assim que a Lei prevê ser cláusula obrigatória nesses contratos aquela que estabeleça “a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor” (art. 55, inciso XI da Lei nº 8.666/93).

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

Essa mesma lei estabelece ainda em seu art. 66 que “O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.” Por tanto, a alteração unilateral não se constitui em ato arbitrário, mas uma obrigação quando existir a necessidade, no sentido de resguardar o interesse público. Desta forma, as modificações sempre devem ser motivadas e justificadas, sob pena de nulidade.

3.2.2. Não observância ao equilíbrio dos preços fixados no contrato

Sob pena de responsabilização dos agentes envolvidos, deve-se observar o equilíbrio dos preços fixados no Contrato, de maneira a evitar que, por meio de termos aditivos futuros, o acréscimo de itens com preços supervalorizados ou eventualmente a supressão ou a modificação de itens com preços depreciados viole princípios administrativos.

Porém, há casos em que, por falta de critérios de aceitabilidade de preços unitários, nem todos os valores da planilha orçamentária da proposta vencedora são os menores diante dos demais concorrentes, ainda que o valor global da oferta seja o menos dispendioso para o erário. Nessa hipótese, a Administração Pública não está necessariamente jungida à obrigação imposta ao contratado pelo art. 65, §1º, da Lei 8.666/96.

Na ocorrência de celebração de termo aditivo, com acréscimo de quantidade de serviço nos limites legais, cujo preço unitário seja superior ao de mercado, a Administração não estará obrigada a seguir o valor unitário inicialmente estabelecido na avença. Pois, permitindo a continuidade de sobrepreço desse item, restaria vulnerado o interesse público. Dessa forma,

deve a Administração contratante exigir que o preço unitário das quantidades acrescidas pelo aditivo tenha por limite máximo o preço de mercado.

Na licitação decidida pelo critério do menor preço global, em que não houve critério de aceitabilidade dos preços unitários, não há direito do contratado à utilização dos preços unitários inicialmente cotados para remunerar os quantitativos acrescidos por termo aditivo, mormente quando esses estão acima dos preços de mercado. O art. 65, §1º, da Lei 8.666/96 exprime benefício para a Administração e não para o contratado. Logo, se a alteração contratual trazer prejuízo para a Administração, caberá sempre o juízo de oportunidade e conveniência por parte do administrador público, já que, ao contrário da contratada, não se encontra ele jungido à obrigação de aceitação da alteração. Portanto, poderá o administrador, fracassadas as tratativas para redução de preço excessivo de item cujo quantitativo necessita ser ampliado, contratar esse acréscimo com outra empresa ou, se inviável a partição do serviço, rescindir unilateralmente o contrato se entender que isso melhor atenderá o interesse público.

3.2.3. Alterações com valores superiores àqueles comportados pela modalidade licitada

Segundo o Acórdão nº 402/2006 do Tribunal de Contas da União, é vedado aditar contratos em valores superiores àqueles comportados pela modalidade licitada, contrariando o art. 23 da Lei nº 8.666/1993.

Alguns autores apartam-se deste entendimento do TCU, considerando o fato de que nem sempre as alterações necessárias são previsíveis. Ao contrário, a Administração promove modificação em seus contratos, em decorrência de fatos supervenientes, para atender melhor ao interesse público. Ao comentar as modificações contratuais e modalidade de licitação, Justen Filho (2006, p. 287) esclarece:

Se o interesse público exigir a modificação contratual, não seria cabível impedi-la sob o argumento de que o valor superveniente (obtido em virtude da modificação) seria incompatível com a modalidade de licitação adotada. A escolha da modalidade da licitação, em face de certo panorama fático e jurídico, não

pode ser um fator conducente ao sacrifício do interesse público. Ademais, são questões diversas, até mesmo do ponto de vista cronológico. Um evento é a determinação da modalidade de licitação; outro, desvinculado daquele, é a alteração contratual. Por outro lado, poderá haver caso em que a modificação seja imposta pelo princípio da isonomia, tal como se passa nos casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Não se admitirá a modificação, porém, quando previsível de antemão. Se a Administração sabia que a modificação poderia vir a ocorrer e adotou a modalidade mais restrita e depois pretender prevalecer-se da faculdade de elevar quantitativos e valores, caracteriza-se desvio de finalidade. Haverá defeito na atuação administrativa e deverá reprovar-se a pretensão de elevação dos quantitativos. A situação, então, será semelhante à do fracionamento do objeto, aplicando-se solução similar para ambos os casos.

Os juristas que defendem a vinculação das alterações contratuais que ensejam aumento no preço contratado, aos valores máximos previstos para a modalidade licitatória aplicada ao caso, fazem-no com a justificativa de evitarem-se supostas fraudes à lei. Essa parte da doutrina argumenta que a Administração poderia pactuar um contrato após a realização de convite, por exemplo, e depois realizar sucessivas prorrogações, até chegar ao valor de uma concorrência, fraudando, dessa forma, a obrigatoriedade de licitar.

Entre os que alegam a impossibilidade do acréscimo além do valor máximo para a modalidade de que resultou o contrato, está o professor Jessé Torres Pereira Junior. Para esse doutrinador, não é permitido à Administração fazer uso da modalidade licitatória mais restrita, quanto à competitividade, caso se tenha ciência de que o valor do objeto corresponde à modalidade mais ampla. Para ele, a ilegalidade no acréscimo referido estaria por parte da burla à competitividade; pois, se o valor estimado do objeto tivesse logo no início incluído o valor a ser acrescido, a modalidade de licitação cabível seria outra, o que possibilitaria uma amplitude de participação e competitividade.

3.2.4. Jogo de planilhas

É o termo utilizado para a prática ilegal de se efetivar contratação de proposta de menor preço global, mas com grandes disparidades nos preços

unitários, de forma a possibilitar aditamentos ao contrato com o aumento dos quantitativos dos itens de preços unitários elevados e redução dos quantitativos dos itens de preços inferiores. Segundo a lei, o critério de aceitabilidade dos preços *unitário* e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedada a fixação de preços mínimos, deve ser um item de conteúdo *obrigatório* do edital.

A falta de tais critérios de aceitabilidade de preços unitários, devido à omissão da previsão em edital, pode dar margem ao que é chamado de jogo de planilhas. Neste caso, pode ocorrer inicialmente a contratação de proposta de menor preço global, contudo, com grandes disparidades nos preços unitários. Com isso, durante a vigência contratual, existe a possibilidade de aditamento do contrato com o aumento dos quantitativos dos itens de preços unitários elevados e redução dos quantitativos dos itens de preços inferiores.

Assim, a proposta, que parecia ser a melhor, acaba sendo mais onerosa para a Administração, ocorrendo um superfaturamento no valor final do contrato. Deve-se atentar, quando da elaboração do edital, para o cumprimento do disposto no art. 40, X, da Lei 8.666/93 a fim de se evitar tal prática.

A disparidade nos preços unitários pode ocorrer também em relação ao momento de realização dos serviços. Tal prática pode dar margem ao jogo de planilha e se caracteriza pela contratação de serviços iniciais (que serão executados no começo do contrato) com preços unitários elevados e de serviços finais com preços reduzidos, em relação aos de mercado. Isso poderá ocasionar prejuízos à Administração, pois ao pagar por serviços iniciais superfaturados é como se estivesse ocorrendo uma antecipação de pagamentos. Também poderá ocasionar a paralisação da obra pelo desinteresse da empresa em sua conclusão (em que pesem as penalidades previstas em lei), tendo em vista o desequilíbrio criado no valor do saldo dos serviços que ainda serão realizados.

4. A segurança jurídica nos atos administrativos

Se fosse possível afirmar que existe um princípio comum a todo e qualquer tipo de ordenamento jurídico, tal princípio seria o da segurança jurídica. Ordem, segurança, estabilidade, são todos valores indispensáveis às relações sociais, ao convívio entre homens. Não se afirma com isso que a

segurança jurídica seja um princípio supra-jurídico, um princípio de direito natural. Não é isso que se quer dizer. Acontece que a própria “razão de ser” do Direito vincula-se à ideia de segurança. É por propiciar segurança - estabilizando as relações sociais qualificadas como juridicamente relevantes - que o Direito se faz imprescindível na vida do homem em sociedade.

Apenas a observância, pelo administrador público, dos princípios da legalidade, como expressamente determina o caput do art. 37 da Constituição da República de 1988, e do princípio da segurança jurídica, consagrado dentre os direitos e garantias individuais, é que assegurará a estabilidade que se espera da prática dos atos administrativos e, conseqüentemente, o respeito aos direitos dos indivíduos, posto que não haverá espaço para arbitrariedades a serem praticadas pelo administrador público.

Assim sendo, não há como negar que a segurança jurídica alcançou um nível de tamanha importância na atualidade que não se pode conceber a prática de atos administrativos sem sua observância, pois sendo a função primordial do Estado assegurar o bem-estar de todos e a convivência harmônica em sociedade, deve a estabilidade das relações jurídicas ser sempre o foco do administrador, já que é inaceitável a prática de atos que conduzam a instabilidade das relações jurídicas, situação que comprometeria a própria razão de ser do Estado Democrático de Direito.

O princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição. Muitas vezes o desfazimento do ato ou da situação jurídica por ele criada pode ser mais prejudicial do que sua manutenção, especialmente quanto a repercussões na ordem social. Por isso, não há razão para invalidar ato que tenha atingido sua finalidade, sem causar dano algum, seja ao interesse público, seja a direitos de terceiros. Muitas vezes as anulações e revogações são praticadas em nome da restauração da legalidade ou da melhor satisfação do interesse público, mas na verdade para satisfazer interesses subalternos, configurando abuso ou desvio de poder. Mesmo que assim não seja, a própria instabilidade decorrente desses atos é um elemento perturbador da ordem jurídica, exigindo que seu exame se faça com especial cuidado, vide princípio da estabilidade.

Resta claro, portanto, que a segurança jurídica encontra sua razão de

ser para que a justiça se concretize e sejam assim atingidos os fins do Direito e, por que não dizer, os próprios fundamentos e objetivos do Estado, pois concede aos indivíduos a garantia imprescindível ao desenvolvimento das relações entre particulares.

4.1. A segurança jurídica na preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados

Parte da atuação administrativa se volta precipuamente para garantir, para dar segurança – contornos de certeza – a uma dada situação que lhe é posta. Desta forma, a atuação do Estado está relacionada à segurança jurídica. Sempre que o Estado age traz consigo a presunção de que o faz legitimamente (de acordo com a lei e buscando um fim de interesse público).

Compete ao Estado produzir normas de aplicação geral e cogente (função legislativa), dar execução a estas normas (função administrativa) e dirimir conflitos havidos em sua aplicação (função jurisdicional), tudo isto de acordo com os ditames estabelecidos na Constituição. Em qualquer dessas atividades, a presunção de legitimidade dos atos estatais se faz presente. Isso não quer dizer que tais atos não possam ser desconformes às diretrizes constitucionais ou às leis ordinárias (em se tratando de atividade infralegal) e, conseqüentemente, suscetíveis de invalidação. Significar dizer apenas que, num primeiro momento, gozam de uma presunção de legitimidade, presunção que admite prova em contrário.

Nos atos administrativos, acompanhada da presunção de legalidade segue a autoexecutoriedade, isto é, a condição de serem aplicados diretamente, sem a necessidade de pronunciamento judicial prévio. Embora exista a possibilidade de os atos administrativos sofrerem invalidação - requerida por terceiros ou promovida pela própria Administração -, a tendência natural, previsível, de seu destino é a permanência no ordenamento jurídico. Sua retirada posterior, mesmo que promovida por motivo de ilegalidade, desaponta esta previsibilidade e com isso a segurança que se deposita em tais atos.

Disto deriva uma das razões para que os atos produzidos com vício devam ter seus efeitos preservados. As situações por eles geradas provocam o fundamentado anseio de perenidade, pois são gerados com a expectativa –

não só dos administrados, mas expectativa do próprio sistema jurídico – de que perdurem pelo prazo indicado em seu escopo (do ato administrativo). Frustrar esta expectativa não é a primeira das alternativas dada pelo sistema no caso de vício no ato. A desconstituição de seus efeitos é remédio extremo, só adotado quando o ato não suportar convalidação, ou quando a situação gerada não estiver protegida por normas ou princípios que lhe garantam a existência (e o da segurança jurídica reclama, em determinados casos, esta providência).

4.2. O princípio da segurança jurídica e o dever de convalidar

No Direito Administrativo Brasileiro, o instituto da convalidação está expressamente previsto no art. 55 da Lei nº 9.784/99 (lei que regula o Processo Administrativo Federal), admitindo-se, portanto, que a Administração aproveite os atos administrativos com vícios superáveis, confirmando-os integralmente ou parcialmente.

O objetivo da convalidação é o de conservação do ato viciado. Uma vez eliminado o defeito, o ato apresenta-se em plena conformidade com o ordenamento. Afasta-se, assim, a possibilidade de o ato ser fulminado em razão do requisito de validade sobre o qual recaiu a convalidação.

A legalidade violada por um ato viciado estaria restabelecida tanto pela convalidação quanto pela invalidação do ato produzido com vício; e como seria uma decisão a ser tomada discricionariamente pela Administração: convalidar ou invalidar? A atitude a ser adotada dependeria exclusivamente de critérios de conveniência e oportunidade do administrador. Esta tendência, no entanto, não é mais dominante.

Couto e Silva (2007, p. 30) conclui ser tanto o ato de invalidar quanto o de convalidar uma manifestação de um dever, e não de um poder da Administração:

“É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-

se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido.”

Se a convalidação não for possível, a Administração deve invalidar o ato administrativo, desconstituindo seus efeitos retroativamente. Este é o meio que resta para preservar a legalidade, na impossibilidade de convalidar o ato. Esta regra, no entanto, é neutralizada em determinadas situações por outras normas jurídicas, ou por princípios gerais do Direito – dentre eles o princípio da segurança jurídica – que atuam no sentido de impedir que se proceda à invalidação e consequente desconstituição dos efeitos do ato administrativo viciado.

O princípio da segurança jurídica não atua sempre no sentido de preservar os efeitos dos atos administrativos viciados. Num sistema de Direito positivo, a segurança jurídica está garantida com a observância da Lei, o que, nos casos em que não fosse possível convalidar, implicaria a invalidação do ato viciado, provocando a desconstituição dos efeitos por ele produzidos.

5. Considerações finais

De tudo o que foi exposto, concluímos que as alterações contratuais constituem, na maioria das vezes, fruto da má especificação do objeto do contrato, ou da falta de planejamento dos agentes públicos. Afinal, a Administração, deve planejar adequadamente obras, serviços e compras (art. 7, § 2 e art. 15, § 7º da Lei 8.666/93), definindo seu objeto da melhor forma possível. Atitude contrária significa deixar uma porta permanentemente aberta para o desvio de poder, o que vai contra o interesse público.

É certo que os erros de planejamento devem ser corrigidos para atender ao interesse público. Porém a Administração deve apurar se as alterações foram provocadas levando-se em consideração o interesse público ou se para favorecer um fornecedor ou uma empreiteira. Destarte, posicionamo-nos ao

lado daqueles que consideram que as alterações contratuais, qualitativas ou quantitativas, devam ser investigadas pela própria Administração.

Restou evidente, ainda, que qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei. Por isso, buscou-se compreender a importância dos princípios da legalidade e da segurança jurídica nos atos administrativos, no ordenamento jurídico brasileiro, apontando que a solução a ser adotada diante de determinado vício do contrato deve visar ao melhor atendimento do interesse público. Ressalva-se que o interesse público não se apresenta como um dado imutável, que se coloca *a priori*. Deve ser identificado no caso concreto, levando-se em consideração a multiplicidade de interesses envolvidos na questão.

Por fim, vale ressaltar que a Lei de Licitações e Contratos, Lei Federal nº 8.666/93, prevê, nas entrelinhas de seus artigos, que o Administrador Público deve organizar e introduzir em órgãos públicos um sistema de gestão de contratos, compreendendo o gerenciamento, acompanhamento e a fiscalização da execução até o recebimento do objeto. Dessa forma, a Administração Pública deve orientar e auxiliar seus servidores da área administrativa na execução de suas funções cotidianas, mormente no que se refere às instruções necessárias à execução de todo o ciclo de contratação de fornecedores de produtos, mercadorias ou serviços, isto é, desde a elaboração do projeto básico até o arquivamento do processo.

Referências

BRASIL, Presidência da República. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

_____, Presidência da República. **Lei nº 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999.** Estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

_____, Tribunal de Contas da União. **Consulta sobre a possibilidade de alteração de contrato administrativo**. Conhecimento. Acórdão 554/2005-Plenário, Ministro Relator: José Antonio B. de Macedo, DOU 21/05/1999. Disponível em: <portal2.tcu.gov.br/.../03_licitacoes_e_contratos_lucas_furtado.ppt>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____, Tribunal de Contas da União. **Consulta sobre a possibilidade de alteração de contrato administrativo**. Conhecimento Acórdão nº 402/2006 TCU-Plenário, Ministro Relator: José Antonio B. de Macedo, DOU 21/05/1999. Disponível em: <portal2.tcu.gov.br/.../03_licitacoes_e_contratos_lucas_furtado.ppt>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____, Tribunal de Contas da União. **Consulta sobre a possibilidade de alteração de contrato administrativo**. Conhecimento 1755/2004 Plenário TCU-Plenário, Ministro Relator: José Antonio B. de Macedo, DOU 21/05/1999. Disponível em: <portal2.tcu.gov.br/.../03_licitacoes_e_contratos_lucas_furtado.ppt>. Acesso em: 20 mar. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. 2. reimpr. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. **Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: EF Editora Fórum, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Almiro do Couto e. **Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2007 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Administrativo: módulo 2).