

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016



OS LIMITADORES PERCENTUAIS DE ALTERAÇÕES CONTRATUAIS ELENCADOS PELO §1º DO ARTIGO 65 DA LEI FEDERAL N.º 8.666/93 E A CONTROVÉRSIA DE SUA APLICAÇÃO SOBRE OS VALORES UNITÁRIOS FORMADORES DA PLANILHA DE PREÇOS.

Elisandra da Silva Fortkampⁱ
Felipe Boselliⁱⁱ

RESUMO: Este artigo tem o propósito de apresentar qual o posicionamento adotado pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais de contas quanto ao método de utilização dos percentuais de acréscimos e supressões determinados pelo §1º do artigo 65 da Lei Federal n.º 8.666/93 em sua base de cálculo. Para tanto, fez-se necessário demonstrar quais os diferentes posicionamentos emanados da doutrina, comparando-os às decisões exaradas pelos tribunais de contas acerca do tema. Dessa forma, temos que comumente em licitações contratadas com base no valor global, há diversos itens na formação de seu preço. Sob essa ótica, qual a base de cálculo deverá ser utilizada pelo administrador para a aplicação dos percentuais, limitadores legais, apresentados pelo art. 65, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666/93? Questão tormentosa e não muito difundida seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, o presente trabalho busca apresentar quais os diferentes posicionamentos adotados e como eles se desenvolveram no tempo.

Palavras-chave: alterações contratuais; contrato administrativo; limites; base de cálculo.

1. INTRODUÇÃO

Com o objetivo de apresentar qual o posicionamento adotado pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais de contas quanto ao método de utilização dos percentuais de acréscimos e supressões determinados pelo §1º do artigo 65 da Lei Federal n.º 8.666/93 em sua base de cálculo. Este artigo busca demonstrar qual o posicionamento da doutrina, e comparar as decisões exaradas pelos tribunais de contas acerca do tema.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

É sabido que as licitações contratadas com base no valor global, por vezes, apresentam na construção de seu preço diversos itens. Sob essa ótica, qual a base de cálculo deverá ser utilizada pelo administrador para a aplicação dos limitadores legais apresentados pelo art. 65, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666/93? Questão tormentosa e não muito difundida seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, o presente trabalho busca apresentar quais os diferentes posicionamentos adotados.

O artigo tem por base os estudos publicados de Carlos Ari Sunfeld, Jessé Tores Pereira Júnior, Joel de Menezes Niebhur, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Marçal Justen Filho, dentre outros, além de decisões emanadas de Tribunais de Justiça e Corte de Contas. A metodologia adota foi a pesquisa bibliográfica documental, descritiva de opinião e motivação, desenvolvida a partir de materiais publicadas em livros, artigos, e documentos, com vista a registrar, analisar e correlacionar os fatos, sem manipulá-los, de modo a buscar descobrir os pontos de vista e preferências adotados pela doutrina e jurisprudência na realidade presente.

Será possível verificar que o posicionamento adotado pela Corte de Contas se modificou no decurso do tempo e que apesar da escassez de manifestações doutrinárias, aqueles que se aventuram nesse tema não perfilham de opiniões análogas.

2. A ALTERAÇÃO CONTRATUAL COMO FERRAMENTA DA CONSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

A alteração contratual é uma ferramenta necessária para o atendimento das demandas do interesse público, uma vez que cuida de preservar a adequação do objeto contratado às realidades mutáveis vivenciadas durante a vigência do contrato, com vistas a evitar uma possível rescisão e respectivos gastos impostos à Administração Pública.

Visando o atendimento das mutáveis necessidades, decorrentes de fatos novos ou imprevisíveis, ou mesmo de falhas de planejamento na definição do objeto, foi inserido na Lei n.º 8.666/93 o art. 65, *in verbis*:

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

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

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;

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.

§ 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.

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.[...]

(grifou-se)¹.

Com relação ao tema, interessante transcrever trecho de obra de Marçal Justen Filho:

A alteração do contrato retrata, sob alguns ângulos, uma competência discricionária da Administração. Não existe, porém, uma liberdade para a Administração impor a alteração como e quando melhor se aprover. [...] A Administração, após realizar a contratação, não pode impor alteração da avença mercê da simples invocação da sua competência discricionária. Essa discricionariedade já se exaurira porque exercida em momento anterior e adequado. A própria Súmula n.º 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.

¹ BRASIL. Lei n.º 8.666/93, 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/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2015.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Deve indicar que os fatos posteriores alteraram a situação de fato ou de direito e exigem um tratamento distinto daquele adotado².

Note-se que as alterações contratuais, constituem exceção, não regra, às condições contratadas. Ainda, a sua utilização não deve cumular em uma transfiguração do objeto, seu objetivo é unicamente atender ao interesse público, constituindo, portanto, um poder-dever da administração pública, cabendo-lhe obrigatoriamente apresentar suas motivações, de modo a comprovar a importância e necessidade das alterações efetuadas, sob pena de responsabilização de seus agentes.

3. A NECESSÁRIA DISCRIMINAÇÃO DOS VALORES UNITÁRIOS NA PLANILHA DE PREÇO.

Independentemente do critério de contratação utilizada ser o menor preço por item, lote ou global, em observância aos ditames do art. 40, inciso X, da Lei Federal n.º 8.666/93, a limitação dos valores que compunham o objeto contratado é dever da Administração Pública. Fato este, inclusive, já sumulado pelo TCU, *in verbis*:

Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor³.

Acerca do tema e dos critérios de aceitabilidade das planilhas de valores unitários para as propostas participantes de licitações, cujo parâmetro de julgamento seja o menor valor global, interessante ainda transcrever as conclusões da advogada Elaine Cristina Bertoldo, que sintetizou a questão em artigo científico:

É obrigatória a estipulação de critérios em instrumentos convocatórios, independentemente da modalidade licitatória a ser utilizada, no que tange à aceitabilidade de preços unitários, quando o objeto consubstanciar-se em itens, os

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. Ed. São Paulo: Dialética, 2009. Página 742.

³ TCU. Súmula 259/2010. Plenário. Julg. 16/06/2010.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

quais por si só, possam remeter à possibilidade/necessidade de posterior alteração contratual-quantitativa, a exemplo de obras e serviços de engenharia, os quais, conforme Súmula 259/10, submetem-se à obrigatoriedade e não faculdade do gestor no que pertine à estipulação dos referidos critérios. Entretanto, nesses casos, embora seja obrigatório o estabelecimento de critério de aceitabilidade de preços unitários, a Comissão Julgadora deverá fazer uma análise mais flexível no que concerne aos preços unitários apresentados, na hipótese de haver proposta mais vantajosa sob o ponto de vista global, porém aparentemente desvantajosa sob o enfoque unitário dos preços propostos. Embora essa flexibilidade na análise dos preços unitários não tenha o condão de suplantarem o entendimento de que é obrigatória a estipulação de critérios de aceitabilidade de preços unitários, quando o objeto caracterizar-se em itens, os quais possam ensejar a possibilidade de posterior alteração quantitativa, em observância ao princípio da razoabilidade, o julgamento das propostas não deve se fundar em mera presunção, mas sim em evidências (ou, ao menos, em alto grau de probabilidade) a serem constatadas de forma diligente (pelos membros da Comissão envolvidos), de que poderá haver, no caso concreto, a alteração nas quantidades relacionadas aos itens cujos preços suscitam dúvidas quanto à sua atribuição monetária. Por derradeiro, salienta-se que a flexibilidade necessária na análise dos preços unitários apresentados, de certa forma, vai ao encontro do entendimento do Tribunal de Contas da União quanto à presunção relativa de inexequibilidade. O Colendo Tribunal, em observância implícita ao princípio da razoabilidade, como também à livre atuação empresarial, já decidiu que o art. 48, inc. II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei 8.666/93, “conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta”⁴.

Com o fito de coibir a efetuação do “jogo de planilhas” - assim caracterizado quando, ao se permitir que itens com preços acima do mercado sejam majorados em seus quantitativos, propiciando lucro econômico às empresas contratadas – o TCU, em mais de uma oportunidade, já se manifestou no sentido de que o edital de licitação imponha critérios de aceitabilidade não só do valor global, como também dos preços unitários que componham a planilha de preços.

Para ilustrar segue trecho do acórdão 1874/07, que na sua conjuntura, faz referência ao voto do relator Walton Alencar Rodrigues, quando da decisão do acórdão 1755/2004, cujos critérios são utilizados atualmente como base de julgamento pelo TCU:

[...] lembro os pontos resumidos no voto condutor do Acórdão 1.755/2004-Plenário, da lavra do eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues, acerca dos procedimentos exigíveis do administrador público quando confrontado com alterações de contratos de obras públicas sob sua responsabilidade, *in verbis*: “a) exigir que o projeto básico, com os elementos descritivos a ele pertinentes, seja tecnicamente adequado e atualizado, no momento da realização da licitação de obras públicas, conforme

⁴ BERTOLDO, Elaine Cristina. A obrigatoriedade na estipulação de critérios de aceitabilidade de preços unitários em instrumentos convocatórios/ editais de licitações públicas. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35870&seo=1>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

prescrevem os arts. 6º, inciso IX, e 7º, ambos da Lei 8.666/93, evitando-se alterações contratuais que o desnaturem ou que sejam motivadas por erros grosseiros, omissões, insuficiências ou obsolescência do projeto básico, o qual deve permitir a correta aferição dos quantitativos de serviços necessários à execução integral da obra; b) ainda que a licitação seja para contratação de obra no regime de empreitada por preço global, o edital deverá expressamente adotar critério de aceitabilidade de preços unitário e global, como determina o art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93; c) havendo necessidade de celebração de aditivos contratuais, certificar-se de que a alteração contratual não se destina a suprimir a vantagem econômica inicialmente obtida pela Administração ('jogo de planilha'), devendo a revisão ser coerente com o projeto básico;

d) na eventualidade de ter sido celebrado termo aditivo que evidencie a prática do 'jogo de planilha', deverá ser exigida a restauração do desconto percentual ofertado inicialmente pela licitante vencedora, a fim de manter as condições efetivas da proposta e preservar a vantagem do contrato e, se for o caso, anulado o termo aditivo modificador das condições originais; e) afastada essa hipótese, sendo a alteração tecnicamente justificável, por corresponder a um avanço qualitativo ou quantitativo genuíno em relação ao projeto da obra (art. 65, inciso I, alíneas 'a' e 'b', da Lei 8.666/93), e efetuada exclusivamente para atender ao interesse público e não para propiciar ganhos indevidos, tudo amplamente comprovado, se o termo aditivo vier a reduzir ou suprimir o desconto originalmente concedido sobre o orçamento-base, essa circunstância acarretará a presunção de possível desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a ser completa e cabalmente confirmada ou refutada pela Administração, oferecendo-se ampla oportunidade de manifestação da empresa contratada; f) na celebração de aditivos contratuais nos quais são acrescidos os quantitativos de serviços já previstos, os preços unitários devem limitar-se, no máximo, pelo valor de mercado. Caso o valor do contrato seja inferior ao de mercado, prevalece o da avença, consoante prescreve o art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93; e g) na celebração de aditivos contratuais nos quais são acrescidos novos itens de serviços, não previstos no contrato original, os preços unitários devem ser deduzidos dos preços dos itens congêneres previstos no contrato original e das condições licitadas, não se admitindo que, nas suas composições de preço, constem custos elementares de insumos diferentes dos atribuídos aos mesmos insumos em composições preexistentes nem taxas de consumo ou de produtividade em visível desacordo com as especificadas em composições semelhantes, atentando-se para o fato de que o preço de mercado sempre deverá servir de limitante superior". 38. Assim, tendo em vista as extremas dificuldades verificadas na análise deste processo, em razão do desvirtuamento do projeto original da obra, fato que se repete com notável frequência nas obras a cargo do Dnit, entendo que não seria demais que se transmitisse ao Dnit determinação expressa no sentido de que seus procedimentos de revisão do projeto passem a observar, no que couber, as diretrizes relacionadas acima, especialmente as constantes das alíneas "a", "e" e "g", além de outras que visem ao registro da responsabilidade dos autores dos projetos de obra e dos agentes que as aprovam no âmbito do Dnit, devendo ainda a autarquia realizar estudos tendentes a extirpar definitivamente de seus procedimentos, os relatórios de revisão de projetos em fase de obras, que, por não trazerem qualquer benefício adicional aos usuários das obras rodoviárias, nem guardarem relação com o projeto originalmente licitado, contrariam as normas do estatuto jurídico de licitações e contratos administrativos⁵.

No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC):

⁵ TCU. Decisão n.º 1874/2007. Plenário. Rel. Min. Augustos Nardes. Julg. 12/09/07.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Afigura-se salutar a medida de buscar, item a item, o menor preço que cada empresa se dispõe a cobrar pelo serviço. Privilegia-se, acima de tudo, a economia de recursos públicos, sem prejuízo da lucratividade das empresas fornecedoras e da exequibilidade dos contratos, evitando-se a prática do chamado “jogo das planilhas”, ou “jogo dos preços”, por meio do qual, se fosse o preço de forma global, poderia a empresa arbitrar valores irrisórios, e mesmo inexecutíveis, para os itens de menos consumo, compensando-os com preços mais altos nos itens de mais larga utilização, de modo a majorar seu faturamento, em detrimento da Administração Pública, que pagaria mais do que o necessário pelos serviços que utiliza com maior frequência⁶.

Além do dever legal de dispor acerca dos valores unitários que compõem o valor global estimado para o contrato, a observância das propostas das licitantes com relação a cada um dos itens é tarefa recomendada ao bom administrador, com vistas a evitar uma contratação cujos preços unitários possam, em uma posterior necessidade de alteração, tornar o valor do contrato excessivo ou mesmo, inexecutível.

4. CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DOS ÍNDICES PERCENTUAIS EM CONTRATAÇÕES POR "VALOR GLOBAL" COMPOSTA POR VÁRIOS ITENS

Da obra de Joel Menezes Niebuhr extrai-se o posicionamento de que os limites às alterações contratuais quantitativas dos parágrafos 1º e 2º do art. 65 da Lei n.º 8.666/93, devem ser calculados de acordo com o parâmetro de julgamento adotado pelo certame licitatório. Segundo ele:

[...] se o julgamento é pelo preço global, então os limites das alterações contratuais devem ser calculadas sobre o preço global e não em razão dos preços unitários. Continuando com o exemplo do contrato para a construção do prédio. O edital de licitação pública que antecedeu o contrato previu a utilização de dez mil tijolos, mil sacas de cimento e vários outros insumos e serviços, que somados ao Benefício de Despesas Indiretas (BDI), traduzem o preço final. À Administração Pública é permitido realizar acréscimo que dobre a quantidade de sacas de cimento, desde que o montante não importe majoração do valor global do contrato superior aos limites enfeixados nos parágrafos 1º e 2º do art. 65 da Lei n.º 8.666/93⁷.

⁶ TJSC. Mandado de Segurança n.º 2007.049009-7. Grupo de Câmaras de Direito Público. Rel. Orli Rodrigues. Julg. 13/02/2008.

⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e contrato administrativo. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Página 888.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Em sentido diverso, ao citar exemplo prático de alteração unilateral quantitativa de contrato para o fornecimento de produtos, em nota de rodapé, Lucas Rocha Furtado infere que em licitações cujos objetos referem-se a fornecimento de produtos divididos em itens, os acréscimos e supressões deverão ser efetuados proporcionalmente a cada um dos itens⁸.

Com relação a utilização dos itens unitários como parâmetros da limitação imposta, vemos em decisão isolada do TCU, no voto do relator Ministro Benjamin Zymler, no último ponto apresentado de seu relatório a seguinte informação:

9.4.21. somente prorrogue contratos de serviços que contenham apenas prestação obrigatória pela licitante vencedora. Ademais, **nas alterações contratuais, calcule o limite de 25%, previsto no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, com base no custo unitário do serviço a ser adicionado ou suprimido, não no valor total do contrato** (grifou-se)⁹.

Contudo, o posicionamento adotado em 2008, foi alterado pelo Senhor Ministro que em voto recente, assim se manifestou:

A jurisprudência mais recente do TCU tem defendido que, para se concluir pela ocorrência de dano ao erário nas contratações em que o objeto tenha sido satisfatoriamente executado, como é o caso ora em análise, deve-se examinar o preço total do contrato nos casos de empreitada por preço global (Acórdão 739/2015-Plenário). Assim, o superfaturamento não pode se dar exclusivamente por meio de itens isolados do custo unitário, como é o caso do adicional noturno¹⁰.

Extrai-se da ementa da decisão mencionada pelo Ministro Zymler referência ao seguinte julgado anterior:

1. Para se concluir pela ocorrência de dano ao erário nas contratações em que o objeto tenha sido satisfatoriamente executado, é mister examinar o preço total do contrato – se o regime de execução for a empreitada por preço global – ou então o preço da unidade de medida adotada, a exemplo do homem-hora – caso de empreitada por preço unitário – e compará-lo com valores praticados no mercado, não sendo lícito pinçar itens de custo isoladamente, qualificá-los como excessivos e determinar providências para ressarcimento¹¹.

⁸ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Página 285.

⁹ TCU. Acórdão n.º 1330/2008. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Julg. 09/07/2008.

¹⁰ TCU. Acórdão n.º 1495/2015. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Julg. 17/06/2015.

¹¹ TCU. Acórdão n.º 739/2015. Plenário. Rel. Vital do Rêgo. Julg. 08/04/2015.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

No mesmo sentido que apontam as recentes decisões do TCU, também é o entendimento do TCE-SC:

Os percentuais de 25% (obras novas) e 50% (reformas) serão analisados para o valor contratual, e não em cada um dos itens da planilha orçamentária, pois se assim fosse haveria um engessamento total de eventuais alterações, não raras necessárias, em um ou mais itens, muitas vezes insignificantes que apenas um quantitativo que fosse alterado (de 1 para 2 itens) já significaria um acréscimo de 100%, obviamente que seria inviável tal procedimento na prática. Ressalta-se que, normalmente, uma obra é contratada por preço global e não por item¹².

O que se observa das decisões em que se propunha a aplicação dos limites aos itens formadores do preço global, é que, na verdade visam combater o “jogo de planilhas”, assim definido pelo TCU:

No entanto, há situações em que, por ausência de critérios de aceitabilidade de preços unitários, nem todos os valores da planilha orçamentária da proposta vencedora são os menores frente aos 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 nº 8.666/1993. Em caso de celebração de termo de aditamento, 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. Do contrário, a permitir a continuidade de sobrepreço desse item, restaria vulnerado o interesse público. Assim, deve a Administração contratante exigir que o preço unitário das quantidades acrescidas pelo aditivo tenha por limite máximo o preço de mercado.

Com efeito, em 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 nº 8.666/1993 traduz benefício para a Administração e não para o contratado.

Portanto, quando a alteração contratual traduzir 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. Assim, poderá o administrador, frustradas 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 público¹³.

Acórdão 1755/2004 Plenário (Voto do Ministro Relator)

¹² SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. Ciclo de estudos de controle público da administração municipal. 15. Ed. Florianópolis: Tribunal de Contas, 2013. Página 143-144. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/XV_ciclo_site.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2015.

¹³ TCU. Decisão n.º 1755/2004. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Julg. 10/11/2004.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Em sentido análogo, segue trecho extraído de voto de decisão unânime da Primeira Câmara de Direito Público, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao julgar a Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2013.042709-3, de Lages:

Sobre a imprescindibilidade de exigir-se limitação dos preços unitários, destaque-se: **A fixação de critérios para que se efetue a análise dos preços unitários apresentados, independentemente de a análise pairar também sobre o menor preço global proposto, é de suma importância, pois, muito embora não enseje nenhuma consequência de imediato, pode determinar variações significativas no tocante ao valor contratado, na hipótese de insurgirem-se alterações quantitativas necessárias a serem feitas. Importante, sob este aspecto, mencionar ensinamento de Marçal JUSTEN FILHO, segundo o qual: "...anote-se que o problema de preços unitários não é irrelevante quando a licitação versa sobre empreitada por preço global, especialmente em vista da eventual necessidade de alterações no curso da execução do certame". [1] Ora, a estipulação dos preços unitários fará todo o diferencial, na medida em que for constatada a necessidade de, eventualmente, alterarem-se os quantitativos relacionados aos itens identificados com sobrepreço, ou seja, acima do valor de mercado (independentemente de a respectiva proposta global ter sido classificada como a melhor dentre as demais). Trata-se do chamado "jogo de planilhas" [2]. Assim, com vistas a evitar a aceitação de preços manifestamente superfaturados, **deve a Administração licitadora, tanto nos casos de licitação com julgamento por lotes, quanto na hipótese de julgamento pelo valor global, avaliar os preços individualmente propostos** (grifou-se)¹⁴.**

Atualmente não há um consenso. Porém, no que tange à Corte de Contas da União o que se verifica, talvez por um aumento da prudência dos Administradores Públicos com as especificações dos valores unitários, é a adoção do mesmo parâmetro de julgamento adotado no certame licitatório como limite da aplicação das alterações contratuais. Todavia, compete ao bom Administrador atentar-se para os custos individuais de suas contratações, para, em havendo necessidade de alteração de projeto atuar de modo a garantir a economicidade dos contratos públicos e coibir a nefasta prática do "jogo de planilhas".

5. DIFERENCIAÇÃO DE TRATAMENTO DAS ALTERAÇÕES DE CUNHO QUALITATIVO E QUANTITATIVO

¹⁴ TJSC. Apelação Cível em Mandado de Segurança n.º 2013.042709-3, Primeira Câmara de Direito Público. Rel. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Julg. 27/01/2014.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Apesar de não constituir na temática central do presente estudo, vemos como imprescindível a diferenciação, no que tange aos limites das alterações contratuais inerentes a acréscimos ou supressões de cunho qualitativo (art. 65, I, “a”) e quantitativo (art. 65, I, “b”). Sendo que, as alterações qualitativas são aquelas que derivam de modificações do projeto, necessárias ou convenientes ao interesse público, ao tempo em que alterações quantitativas referem-se estritamente às dimensões do objeto contratado.

Aplicando-se ao tema do estudo, a qualitativa resultaria em uma alteração dos itens inicialmente planejados, tendo em vista, por exemplo, a necessidade de um reforço estrutural de uma obra em face da geologia do terreno verificada após o início de uma construção. Já a quantitativa seria, por exemplo, uma ampliação do número de sacas de cimento, cuja previsão inicial demonstrou-se insuficiente.

A aplicação dos limites fixados pelo §1º do art. 65 da Lei n.º 8.666/93 às alterações quantitativas é questão pacífica, contudo sua imposição às alterações de cunho qualitativo é questão de divergência na doutrina.

Segundo Caio Tácito, Celso Antonio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Menezes Niebuhr, não são aplicáveis os limites previstos §1º do art. 65 da aludida lei às alterações qualitativas por serem incompatíveis pela própria natureza, e por entender que direcionados estritamente à alteração unilateral que se remete a letra “b” do inciso I.

Nesse sentido as palavras de Menezes Niebuhr:

[...] o legislador não estabeleceu limites explícitos e fixos para as alterações qualitativas, é de concluir pela possibilidade de promovê-las em limites superiores aos estipulados nos parágrafos 1º e 2º do art. 65 da Lei n.º 8.666/93¹⁵.

Complementa-se com o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Isto não significa, entretanto, total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, pena de burla ao instituto da licitação. Estas modificações só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, quando eventos supervenientes, fatores invulgares, anômalos, desconcertantes de sua previsão inicial, vêm a tornar inalcançável o bom

¹⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e contrato administrativo. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Página 868.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

cumprimento do escopo que o animara, sua razão de ser, seu “sentido”, a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações¹⁶.

Com entendimento dissonante, Carlos Ari Sunfeld, Hely Lopes Meireles, Jessé Torres Pereira Junior, Toshio Mukai, Marçal Justen Filho, Lucas Rocha Furtado, José dos Santos Carvalho Filho, que defendem a observância dos limites estipulados, por não vislumbrar distinção de tratamento na lei. Alegando que a extrapolação desses limites condicionaria ou a rescisão do contrato, ou, em situações excepcionalíssimas na busca do melhor atendimento ao interesse público, devidamente fundamentadas, tais limites poderiam ser ultrapassados por acordo mútuo entre as partes, caracterizando uma alteração bilateral.

Resumidamente, extrai-se de obra de Carlos Ari Sunfeld a seguinte informação:

[...] caso venha a determinar a modificação do projeto para melhor adequação técnica aos seus objetivos, deve respeitar os limites legais de alteração contratual (art. 65, §1º)¹⁷.

Este último posicionamento é atualmente a tese adotada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) cujo marco é a Decisão Plenária n.º 215/99. Da citada decisão colhem-se os pressupostos apontados pela corte de contas como condicionadores para a configuração de uma alteração legalmente válida.

Nesses termos, seguem a transcrição dos mencionados pressupostos:

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que 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;

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010. Página 627.

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; *et al.* Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015. Página 227.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

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 ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência¹⁸.

No mesmo sentido é a disposição do assunto na publicação do TCU de orientações e jurisprudências:

Em respeito aos direitos do contratado, tanto as alterações contratuais quantitativas quanto as unilaterais qualitativas, necessárias nos contratos celebrados com a Administração Pública, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993.

Excepcionalmente as alterações contratuais qualitativas podem ultrapassar os limites da lei quando preenchidas as condições estabelecidas na Decisão 215/1999 Plenário¹⁹.

Interessante ainda destacar da obra de Cintra do Amaral, as fundamentações do autor, ao analisar fato concreto, acerca da utilidade pública da manutenção dos contratos ante a formalização de aditivos que, sem contradizer decisão do TCU, defendeu a extrapolação dos limites de alterações contratuais:

9. Os contratos de construção de obras públicas sob o regime de empreitada são contratos por objeto, que contêm predominantemente obrigação de fazer. Em casos como esses, atingido o limite legal de 25% (vinte e cinco por cento) e não estando concluída a obra, a rescisão do contrato é quase sempre a pior solução. 10. Digo que nesses casos a rescisão do contrato é quase sempre a pior solução porque, em regra, ela contraria os princípios da economicidade e da razoabilidade. No caso pareceu-me demonstrado, no relatório técnico anexado à consulta da DERSA, que a rescisão seria mais onerosa, porque o custo das contratações seria acrescido de: a) preparo e realização de nova licitação; b) ressarcimento de despesas e indenizações pela desmobilização dos canteiros de obras e rescisão dos contratos; c) contratação de serviços de vigilância, manutenção e conservação das obras durante o período de paralização; d) replantação e nova mobilização dos canteiros de obras pelas novas contratadas, caso fossem outras as vencedoras da licitação; e) recuperação ou nova execução de obras danificadas durante o período de paralização; e f) eventualmente – e quase certamente – seriam obtidos preços superiores aos praticados, já que estes eram, como informou a consultante na época, inferiores aos de mercado²⁰.

¹⁸ TCU. Decisão n.º 215/1999. Plenário. Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi. Julg. 12/05/1999.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. 4. Ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Página 804.

²⁰ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários. Belo Horizonte: Fórum, 2006. Página 167.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Ante o impasse de entendimentos doutrinários e o posicionamento adotado pela Corte de Contas da União, convém ao bom administrador agir com cautela, e ante a necessidade de acréscimos de cunho qualitativo do objeto contratado, que extrapolem o limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato, atuar em conjunto com o contratado e fundamentar exaustivamente suas razões com base a atender aos pressupostos estabelecidos pelo TCU.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi abordado neste artigo o modo de aplicação dos limitadores percentuais do §1º do artigo 65 da Lei Federal n.º 8.666/93 sobre a planilha de preço utilizada como base das contratações públicas. A discordância dos posicionamentos doutrinários e a alteração do entendimento adotado pelo TCU, cuja disposição recente é acompanhada pelo TCE-SC.

Com base no presente estudo, aventura-se a construir algumas conclusões particulares:

1. Toda e qualquer alteração contratual deve ser motivada e baseada em fatos supervenientes ou inicialmente desconhecidos pela administração pública;
2. Em observação às disposições legais existentes, pactua-se do entendimento defendido pelo TCU, de que os percentuais impostos devem ser aplicados tanto a alterações quantitativas, quanto qualitativas; e
3. Observado o critério de julgamento adotado pelo certame licitatório, podendo, em situações excepcionais e comprovado o interesse público ser extrapoladas as limitações impostas, com vistas a respeitar a supremacia do interesse público.

Cumpridos os objetivos previstos, visto a apresentação das diferentes correntes adotadas pelos estudiosos do assunto, comparadas às decisões exaradas pelos Tribunais.

A importância do presente artigo constitui-se em nortear a prática do Administrador Público que, ante diferentes interpretações de um mesmo dispositivo legal, se vê à mercê dos órgãos de controle. O conhecimento do tema, pela diferente ótica dos diversos doutrinadores estudados, comparado às decisões adotadas pelos tribunais, permite uma melhor compreensão, e representa importante ferramenta para a prática Administrativa.

7. REFERÊNCIAS

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BERTOLDO, Elaine Cristina. **A obrigatoriedade na estipulação de critérios de aceitabilidade de preços unitários em instrumentos convocatórios/ editais de licitações públicas.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35870&seo=1>>. Acesso em: 14 dez. 2015.
- BRASIL. **Lei n.º 8.666/93, 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/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União.** 4. Ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 13. Ed. São Paulo: Dialética, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 27. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e contrato administrativo.** 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Ciclo de estudos de controle público da administração municipal.** 15. Ed. Florianópolis: Tribunal de Contas, 2013. Página 143-144. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/XV_ciclo_site.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2015.
- SUNDFELD, Carlos Ari; et al. **Contratos Públicos e Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.
- TCU. **Decisão n.º 215/1999.** Plenário. Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi. Julg. 12/05/1999.
- TCU. **Decisão n.º 1755/2004.** Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Julg. 10/11/2004.
- TCU. **Acórdão n.º 1330/2008.** Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Julg. 09/07/2008.
- TCU. **Acórdão n.º 739/2015.** Plenário. Rel. Vital do Rêgo. Julg. 08/04/2015
- TCU. **Acórdão n.º 1495/2015.** Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Julg. 17/06/2015.
- TCU. **Decisão n.º 1874/2007.** Plenário. Rel. Min. Augustos Nardes. Julg. 12/09/07.
- TCU. **Súmula 259/2010.** Plenário. Julg. 16/06/2010
- TJSC. **Apelação Cível em Mandado de Segurança n.º 2013.042709-3,** Primeira Câmara de Direito Público. Rel. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Julg. 27/01/2014.
- TJSC. **Mandado de Segurança n.º 2007.049009-7.** Grupo de Câmaras de Direito Público. Rel. Orli Rodrigues. Julg. 13/02/2008.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

ⁱ Pós Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

ⁱⁱ Professor Mestre em Direito orientador do Trabalho de Conclusão de Curso, e na construção do presente artigo.