

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 82413/2020
INTERESSADO: DIRETORIA DE MEIO AMBIENTE E EXPANSÃO
ASSUNTO: ALTERAÇÃO CONTRATUAL
PARECER Nº 419/2020

EMENTA: Alterações no Contrato Administrativo nº 094/2018 – Acréscimo e Inclusão de quantitativos de itens na planilha original – Limite Legal 25%. Considerações.

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: Lei nº 8.666/93.

I – RELATÓRIO

Cuida-se de consulta acerca da possibilidade de alteração do Contrato nº 094/2018, celebrado com a empresa **CAMEL EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA.**, que tem como objeto a execução de serviços e obras e aquisição de materiais e equipamentos para a Implantação do Sistema de Esgotos Sanitários da Bacia do Rio Poxim, 1ª e 2ª Etapas, nos municípios de Nossa Senhora do Socorro e São Cristóvão, no Estado de Sergipe, com recursos financeiros provenientes do Contrato de Repasse 424387-31/2014 e CF 296216-47/2009.

Instruído o processo administrativo nº 82413/2020, com os documentos acostados, veio a matéria à análise e manifestação desta Assessoria, que sobre ela passamos a nos manifestar, incontinenti.

O Contrato epigrafado decorreu do processo licitatório na modalidade de Concorrência tombada sob nº 012/2017, no valor global de **R\$ 31.791.326,63** (trinta e um milhões, setecentos e noventa e um mil, trezentos e vinte e seis reais e sessenta e três centavos), datado de 29/05/2018, com prazo de vigência de 540 (quinhentos e quarenta) dias, contados a partir da emissão das Ordens de Serviços datadas de 23/07/2018, referentes a 1ª e 2ª etapas da obra.

Teve seu Preço alterado através dos 1º e 3º Termos Aditivos datados de 06/05/2019 e 10/07/2020, respectivamente, bem como seu Prazo prorrogado através do 2º Termo Aditivo datado de 19/12/2019.

Pretende-se, agora, proceder alterações na planilha orçamentária para adequar os quantitativos de alguns itens da referida planilha que necessitam ser acrescidos e incluídos.

É o que de importante tem-se a relatar.

1

II – DO FUNDAMENTO FÁTICO E JURÍDICO

Na JUSTIFICATIVA do Gestor do Contrato Eng.º Osvaldo Nascimento, expressa na C.I. nº 20/2020, datada de 13/10/2020 e integrante do processo administrativo acima mencionado, o mesmo pontua que *"O Aditivo é devido ao acréscimo da quantidade de serviços e a introdução de itens novos decorrentes da Análise Técnica efetuada pela fiscalização. Estes serviços são necessários para plena realização dos serviços e consequentemente a eficiência na operacionalização da Estação de Tratamento de Esgoto"*.

Afirma também o citado Gestor que com essas alterações efetuadas, o valor contratual sofrerá um acréscimo percentual de **8,79%** (oito vírgula setenta e nove por cento) da ordem de **R\$ 2.794.777,26** (dois milhões, setecentos e noventa e quatro mil setecentos e setenta e sete reais e vinte e seis centavos), passando, desse modo, o valor global do contrato a ser de **R\$ 39.283.077,18** (trinta e nove milhões, duzentos e oitenta e três mil e setenta e sete reais e dezoito centavos).

Ainda em sua Justificativa, declara que com a celebração desse Aditivo, o percentual acrescido somado aos demais já elaborados, é de **23,55%** (vinte e três vírgula cinquenta e cinco por cento).

Respeitou-se, assim, o limite percentual de **25%**, previsto em Lei.

Tal alteração efetuada na planilha original, fora encaminhada pela Diretoria de Meio Ambiente e Expansão ao órgão da Caixa Econômica Federal que gerencia o Contrato de Repasse – GIGOV/AJ e, após análise da documentação, a reprogramação foi considerada apta sob os aspectos de engenharia, solicitando, através de e-mails a regularização de diversas pendências (doc. anexo).

Por oportuno, vale observar que todas as informações lançadas no processo para a formalização do Termo Aditivo são de responsabilidade do Gestor do Contrato e que o ordenador de despesas deve aprovar o presente pleito. Além disso, a presente alteração pressupõe a manutenção por parte da Contratada da sua qualificação/habilitação.

Primeiramente, salienta-se que o Parecer sobre a questão, tem como base os documentos anexados a presente (os quais são de inteira responsabilidade de quem os elaborou), incumbindo a esta Assessoria prestar consultoria sob o âmbito jurídico, não lhe competindo adentrar em questões relacionadas à conveniência e discricionariedade dos atos praticados, nem analisar os aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

Ressaltamos que não compete a esta Assessoria avaliar a justificativa apresentada, ou emitir juízo sobre a necessidade de aditar o ajuste.

Insta consignar que o percentual de acréscimo indicado, é de responsabilidade da área competente (GOB3/DMAE), uma vez que esta Assessoria de

Licitações e Contratos não possui os conhecimentos necessários para tal expertise. Assim, a análise estará restrita a explicitar os requisitos e condições em que alterações contratuais deste tipo são permitidas pelo ordenamento jurídico.

Preliminarmente, vale ressaltar que, os contratos administrativos existem para realizar o interesse público e determinadas necessidades a ele associadas. Nesse contexto, se as atividades previstas no contrato já não são adequadas para atender estas finalidades, ou se novas demandas surgiram com o tempo, relacionadas com o interesse público que se procura realizar, ou, ainda, se por qualquer outra razão legítima são necessárias modificações do que já foi pactuado, o ideal é que se possa implementar esses ajustes para que o interesse público não seja prejudicado.

Diferentemente dos contratos de direito privado, os administrativos são marcados pela verticalidade da relação. Em razão da finalidade pública a que se busca satisfazer por meio do contrato firmado, a presença da administração como um dos contratantes acarreta a incidência de determinadas prerrogativas, as denominadas cláusulas exorbitantes ou especiais.

Tais cláusulas, cuja nomenclatura se deve ao fato de estarem fora da órbita (ex orbi) do Direito Privado, constituem prerrogativas atribuídas à administração, a fim de viabilizar a devida tutela do interesse público. No contrato com a administração, a tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público, sendo esse o fundamento para a existência de cláusulas exorbitantes ou especiais.

O artigo 58 da Lei nº 8.666/93 prevê as seguintes prerrogativas atribuídas à administração pública, verbis:

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

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

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inc. I do art. 79 desta lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º - As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º - Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual".

Insta enaltecer que tais prerrogativas devem ser exercidas na medida necessária à satisfação do interesse público. Não se pode perder de vista que

os contratos firmados pela administração impõem a conjugação de interesses opostos e recíprocos, quais sejam, o interesse desta na realização da finalidade pública que ensejou a avença e o interesse do particular em obter lucro, cuja previsão se encontra nas cláusulas econômico-financeiras e monetárias do contrato.

Consoante apontado por *Hely Lopes Meirelles* em sua consagrada obra "Licitação e Contrato Administrativo", 7. ed. São Paulo: RT, 1987, "o contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do particular contratante objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Este lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o modo e forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público".

Verifica-se, portanto, que a alteração do contrato representa uma das prerrogativas atribuídas à administração, nos termos do art. 58, I, da Lei nº 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.

O fato é que quando a Administração firma um contrato administrativo, presume-se que esteja a perseguir um cometimento que é de interesse coletivo, geral, público. Porém, se no decorrer 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.

Elucidando esse entendimento de que a alteração do contrato, em face das circunstâncias do caso concreto, constitui poder-dever da administração pública, o Prof. *Marçal Justen Filho* 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". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005).

Se a Administração deixar de exercitar seu poder, estará atuando mal e seus agentes poderão ser responsabilizados pelo descumprimento de seus deveres funcionais.

Sobre a eventual alteração contratual, dispõe o artigo 65 da Lei de Licitações:

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

I — unilateralmente pela administração:

0

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 sobreviverem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

§ 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: (Redação dada pela Lei n. 9.648, de 1998).

I - (Vetado) (Incluído pela Lei n. 9.648, de 1998)

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

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

Como se vê, se por um lado nos contratos privados a regra seja a imutabilidade de seus termos, de outra banda, em se tratando de contratos administrativos, temos que estes podem ser legitimamente alterados unilateralmente pela Administração, quando dita providência for necessária à consecução do interesse público perseguido.

Sobre esta prerrogativa da Administração contratante, é pacífica a orientação da doutrina pátria, como preleciona o eminente administrativista **CAIO TÁCITO**, in "Boletim de Licitações e Contratos", nº 3/97, pág. 116:

"O contrato é eminentemente uma relação de direito privado dominada pelo princípio da igualdade ente 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. Sobrepassa, 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 transfigura-se 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 da 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".

Nessa mesma senda, pondera a ilustre administrativista **YARA DARCY POLICE MONTEIRO**, in "Boletim de Licitações e Contratos", nº 10/2001, pág. 603:

"... o contrato, como acordo de vontades para criar obrigações e direitos recíprocos, com base na autonomia da vontade e igualdade jurídica entre as partes, é instituto típico de direito privado. Todavia, quando uma das partes é o Poder Público, agindo nessa qualidade, ou seja, com supremacia de poder, em face das prerrogativas que lhe são conferidas para a satisfação do interesse público, as regras de direito privado cedem espaço para aquelas que compõem o regime de direito público".

Cite-se, ainda, o não menos ilustre **ADILSON ABREU DALARI** que consigna a seguinte exegese publicada na RDA nº 201, pág. 61:

"Em síntese, o contrato administrativo celebrado em decorrência de uma licitação está por ela condicionado, mas tem vida própria. Ele pode ser alterado, sim, por razões de interesse público, até o ponto em que esse vínculo ou esse condicionamento não se rompa".

Diante dos sábios escólios doutrinários acima transcritos, conclui-se que o que se exige como limite à prerrogativa da mutabilidade do ajuste administrativo, é o correlato preceito da imutabilidade da essência do objeto.

Em síntese, o contrato administrativo celebrado em decorrência de uma licitação está por ela condicionado, mas tem vida própria. Ele pode ser alterado, sim, por razões de interesse público, até o ponto em que esse vínculo ou esse condicionamento não se rompa.

Também já está pacificado no próprio Tribunal de Contas da União que é praticamente impossível deixar de ocorrer adequações, adaptações e correções na realização do projeto executivo, como se vê do Acórdão nº 2.352/2006, Plenário, cujo Relator foi o Ilustre Ministro Marcos Vinícios Vilaça, que passamos a transcrever:

"Jurisprudência do TCU

8. Entendo que é praticamente impossível deixar de ocorrer adequações, adaptações e correções quando da realização do projeto executivo e mesmo na execução das obras. Mas estas devem se manter em limites razoáveis, gerando as consequências naturais de um projeto que tem por objetivo apenas traçar as linhas gerais do empreendimento. (...) Quase sempre, as alterações qualitativas são necessárias e imprescindíveis à realização do objeto e, consequentemente, à realização do interesse público primário, pois que este se confunde com aquele. As alterações qualitativas podem derivar tanto de modificações de projeto ou de especificação do objeto quanto da necessidade de acréscimo ou supressão de obras, serviços ou materiais, decorrentes de situações de fato vislumbradas após a contratação. Conquanto não se modifique o objeto contratual, em natureza ou dimensão, é de ressaltar que a implementação de alterações qualitativas requer, em regra, mudanças no valor original do contrato".

À luz dos textos legais, dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais,

0

denciais acima reproduzidos e, principalmente dos termos da JUSTIFICATIVA TÉCNICA, não parece controvertível a jurídica faculdade da Administração Pública de alterar os contratos firmados com particulares, à vista de circunstâncias supervenientes, que repercutam no estado de fato existente à época da seleção licitatória ou da contratação. A posterioridade de tais circunstâncias, enfatize-se, não há de ser rigorosamente temporal: se, embora preexistentes, não podiam ser conhecidas da Administração, ainda assim, a mutação contratual será cabível.

Diante do exposto, considerando a não transfiguração do objeto contratado e, ainda, em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público, opinamos pela adequação de alguns itens da planilha orçamentária que necessitam ser acrescidos e incluídos, sendo legal a realização do Termo Aditivo nº 4 nos termos do artigo, 58, inciso I, artigo 65, inciso I, alíneas 'a e b', c/c o § 1º do mesmo art. 65, do Estatuto Federal das Licitações e Contratos Administrativos.

De mais a mais, vedar a possibilidade de o administrador alterar os contratos firmados privaria a autoridade pública dos meios necessários para a consecução dos fins públicos, que é alvo da atividade estatal, pelos quais lhe cabe zelar.

Contudo, é de relevância frisar, o cumprimento por parte da Diretoria de Meio Ambiente e Expansão, das exigências suscitadas pelo órgão da Caixa Econômica Federal que gerencia o Contrato de Repasse – GIGOV/AJ, elencadas nos e-mails, a fim de que sejam evitadas consequências futuras.

É o parecer. Submeto-o, desde já, à consideração superior.

Aracaju/SE, 09 de novembro de 2020.

Emerson Dantas de Menezes
Assessor Jurídico e Contratos
DESO



ROSÂNGELA RESENDE SILVA
Advogada/ASJLC - DESO



Carlos Fernandes de Melo Neto
Diretor Presidente
Companhia de Saneamento de Sergipe-DESO