

PARECER JURÍDICO

Contrato n. 009/2017 – SEURB X CONSTRUTORA IMPAX LTDA.

Ementa: ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE SERVIÇOS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS LIMITES FIXADOS NO ART. 65, §1.º, b, DA LEI N.º 8.666/93, BEM COMO NO QUE ESTABELECE A LEI 12.462/2011, EM SEU ARTIGO 9º, §4º, INCISO II.

Trata-se de consulta acerca da possibilidade de serem realizadas modificações/adequações quanto ao Contrato nº 009/2017 - PMB/SEURB, firmado com a empresa **CONSTRUTORA IMPAX LTDA**, tendo como objeto a Contratação de Empresa Especializada para a Execução das Obras de Recuperação e Construção de Muro de Arrimo nas Orlas de Mosqueiro.

Juntada planilha de justificativa da empresa e da Secretaria, bem como sua motivação.

O instrumento em apreço necessita de aditamento, para adequação da Planilha Orçamentária, dentro do que preceitua o estabelecido pelo art. 9º, §4º, Inciso II, da Lei 12.462/2011 c/c 65, §§1º e 2º, II da Lei n.º 8.666/93. Cabe, portanto, neste momento, discorrer sobre os aspectos jurídicos que viabilizam tal modificação contratual, em consonância com os ditames da Lei de Licitações e Contatos.

É o breve relatório.

Passo a fundamentar e opinar.

O objeto do presente parecer, cinge-se a apontar a medida juridicamente correta para possibilitar o aditamento, para adequação da Planilha Orçamentária, dentro do que preceitua o estabelecido pelo art. 9º, §4º, Inciso II, da Lei 12.462/2011 c/c 65, §§1º e 2º, II da Lei n.º 8.666/93. No que tange à licitação destinada a instituir o objeto em comento, verifica-se que foram observadas as normas gerais ditadas pela Lei n. 12.462/11 e também pela Lei 12.983 de 02 de junho de 2014, que, em seu artigo 15-A, institui, *in verbis*:

“Art. 15-A. Aplica-se o disposto na Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011, às licitações e aos contratos destinados à execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres.”

A Lei n. 12.462/2011 parece ter instituído uma nova modalidade de Licitação, possibilidade que já foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A adoção do rito do RDC

Secretaria Municipal de Urbanismo – SEURB
AV. GOVERNADOR JOSÉ MALCHER, 1622
CEP: 66.060.230 – NAZARÉ
FONE: 0 (XX)91-30393700

se afigura como faculdade conferida ao gestor, constituindo-se uma norma especial de contratações públicas, afastando, em regra, a aplicação da lei nacional de licitações – Lei 8.666/93.

“O Colendo STF, já decidiu, na ADI nº 1668-5, que é constitucional a criação de procedimentos licitatórios distintos dos previstos na Lei nº 8.666, de 1993.

A questão posta à análise do STF foi a inovação introduzida pelo parágrafo único do art. 54 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações, regulamentada pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997 e pela Resolução nº 5, de 15 de janeiro de 1998, que aprovou o regulamento próprio de contratação da Anatel.

Tal inovação foi a possibilidade conferida à Agência de utilizar, para a contratação de obras e serviços, os procedimentos próprios das modalidades ali criadas: a consulta e o pregão.

O voto condutor da decisão emanada pelo C. STF foi do Ministro Nelson Jobim, o qual afirmou que o inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal não obriga a edição de lei única, mas atribui competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades. Uma coisa é poder editar normas gerais sobre todas as modalidades, obrigatórias também para Estados e Municípios. Outra coisa seria obrigar existir uma lei geral para todas modalidades:

‘Creio que o disposto no inciso acima não exclui, evidentemente, a possibilidade de determinados tipos de modalidades de licitações serem criados por lei específica, principalmente considerando a especificidade da questão das telecomunicações’.

(...)

Por tal interpretação, o disposto no § 8º do art. 22 da Lei nº 8.666, de 1993, que veda a criação de novas modalidades de licitação, foi efetivamente tornado sem efeito, pois, a Egrégia Corte definitivamente assentou que o disposto no inciso XXVII do art. 22 da Carta Magna não exclui, evidentemente, a possibilidade de determinados tipos de modalidades de licitações serem criadas em lei específica.

Com isso, a MP nº 2.026, de 4 de maio de 2000, que foi convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, instituindo, no âmbito de todas as esferas de governo, a modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, afigura-se plenamente constitucional¹”.

Registre-se que, diferentemente do que ocorre com o Pregão, a adoção do rito do RDC afigura-se uma faculdade conferida ao gestor, o qual, nos termos do § 2º art. 1º da Lei nº 12.462, de 2011, caso haja essa opção, deve fundamentar a sua escolha, indicando-a no instrumento convocatório da licitação. Essa opção acarreta o afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 1993:

“Art. 1º (...)

§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”.

Diante dessa dicção legal, pode-se extrair que a lei que regulamenta o RDC é uma norma especial de contratações públicas, pois afasta, em regra, a aplicação da lei geral de contratações públicas. Não obstante, pelo próprio texto da Lei nº 12.462, de 2011, depreende-se que esse afastamento não é total, já que há diversas referências à aplicação subsidiária da Lei nº 8.666, de 1993.

O RDC é aplicável, exclusivamente, àquelas situações em que se busca uma maior simplificação, celeridade e eficiência, competindo ao legislador indicar quais são as situações fáticas em que será salutar a adoção de tal procedimento.

Diante do texto assim posto, ficam pendentes algumas questões importantes, dentre elas, o repasse do planejamento do empreendimento ao contratado acaba por transferir a ele, como corolário lógico-jurídico, a assunção dos riscos advindos deste planejamento. Do contrário, não se visualizariam maiores utilidades práticas à contratação integrada. Assim, pende no sentido de delimitar quais seriam exatamente os riscos assumidos pelo particular que assume o encargo de perfazer o anteprojeto de engenharia e a execução da obra, de maneira integrada.

Cabe destacar que o ajuste ora comentado visa justamente a evitar os posteriores aditivos contratuais – sendo esta uma das suas finalidades -, o artigo 9º, §4º determinou que, em regra, eles fossem vedados, salvo no caso de:

- (a) Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior (inciso I); e de
- (b) **Necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado**, observados os limites previstos no §1º do artigo 65 da Lei 8.666/93 (inciso II). **(grifo nosso)**

Na primeira situação, permitiu-se o aditivo para recuperação do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de situação alheia à vontade das partes, ou seja, quando derivadas de caso fortuito ou força maior. Ou, diante da outra previsão legal, permitem-se os aditivos nos casos em que é legalmente admitido ao ente estatal contratante aumentar ou diminuir os limites contratuais, especificados na Lei Geral de Licitações. São os casos em que o

contratado não concorreu para a modificação do projeto ou das especificações do objeto, porque ela partiu do Poder Público. Tal alteração vale tanto para as alterações quantitativas, quanto para os câmbios qualitativos.

Deduz-se, portanto, que há a possibilidade de formalizar Termo Aditivo, desde que respeitadas as cláusulas normativas supraexpostas. E note-se, também, que, de acordo com a justificativa técnica apresentada, bem como o atestado apresentado pelo Fiscal de Obra, não há qualquer tipo de ônus à Administração pela modificação do método proposto.

Conquanto tenha limitado as hipóteses de aditamento do contrato, a Lei atribui à Administração a competência de determinar a alteração contratual para fins de adequação técnica do “projeto ou das especificações”.

Essas alterações encontrarão os mesmos limites fixados no artigo 65 da Lei 8.666/93. Assim, os limites quantitativos de alteração serão de 25% na generalidade dos casos, ou de 50% na hipótese de reforma de edifício ou de equipamento. Deverão, ainda, seguir as demais diretrizes que se consolidaram ao longo do tempo em relação às alterações dos contratos regidos pela Lei 8.666.

Em regra, para os contratos da Lei 8.666, a Administração exaure a sua discricionariedade na edição do instrumento convocatório, ao dispor sobre as especificações e condições de execução do contrato. Por isso, salvo sob a justificativa da ocorrência de eventos supervenientes ou não conhecidos no momento da licitação e da assinatura do contrato, de forma geral não se afigura possível que a Administração venha a arbitrar posteriormente a forma de execução do objeto contratado. Ao expedir o ato convocatório e conduzir a licitação até o seu encerramento, promovendo a contratação, a Administração exercitou sua competência discricionária.

Entendimento cristalino representado nas palavras do célebre jurista Marcel Justen Filho, quando aduz:

“Logo, a modificação unilateral do contrato pressupõe eventos ocorridos ou apenas conhecidos após a contratação. A Administração tem a faculdade de modificar o contrato, mas tendo em vista ocorrências subsequentes à data da contratação. Deverá ter ocorrido uma modificação das circunstâncias de fato ou de direito, motivando a necessidade ou a conveniência de alterar o contrato. Há uma força vinculante do contrato administrativo mesmo para a Administração Pública. Porém, essa força vinculante põe-se *rebus sic stantibus*”.

Com clareza linear, Guilherme Dias Reisdorfer, expõe sobre o tema:

“No caso da contratação integrada, a discricionariedade é exercida no momento da elaboração do anteprojeto de engenharia e da definição dos critérios de julgamento das propostas. Mas não há uma vinculação irrestrita e absoluta da Administração aos termos do edital no que se refere a certos aspectos do escopo do contrato, pois os projetos só serão desenvolvidos no curso da contratação. Portanto, não será possível afastar a hipótese de a Administração Pública verificar a necessidade de alteração dos projetos no curso do contrato. É que, a rigor, a própria elaboração dos projetos constitui “evento superveniente” a ser acompanhado pela Administração. E, isso justificaria, no caso da contratação integrada, que a Administração tome a iniciativa de determinar eventuais alterações nos projetos”.

Por esses motivos, a iniciativa administrativa de alteração contratual só pode ser admitida de forma excepcional. Não poderão servir para correção de erros ou omissões nos projetos, bem como tais alterações deverão observar o princípio da licitação: é vedada a distorção do objeto licitado, o que, no caso em exame, nos parece não ocorrer – daí a remissão, aliás, à observância das limitações previstas na Lei 8.666/93 neste ponto. Os critérios estabelecidos nos edital devem ser mantidos, portanto eventual modificação em torno desses aspectos só poderá ocorrer diante da necessidade de nova ponderação relacionada a evento superveniente ou não conhecido, ou diante da constatação objetiva que uma dada disposição revela-se antieconômica ou inviável.

Dito isto, o permissivo legal às alterações contratuais deve ser interpretado restritivamente. A modificação unilateral das características técnicas do projeto desenvolvido pelo particular contratado terá de considerar o fim admitido por lei – “melhor adequação técnica aos objetivos da contratação”. Será cabível em princípio quando, diante de fatos supervenientes, desconhecidos ou não mensurados no momento da aprovação dos projetos, for necessária a alteração contratual para manter a eficácia da contratação. Eventuais ajustes supervenientes devem ter comprovadas a sua adequação, a sua necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a demonstração de que se trata da melhor solução a ser implementada em face das circunstâncias e dos interesses envolvidos.

Tratando, agora, daquilo que dispõe o art. 65, I, *a*, da Lei n.º 8.666/93, a qual institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, temos que:

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

Secretaria Municipal de Urbanismo – SEURB
AV. GOVERNADOR JOSÉ MALCHER, 1622
CEP: 66.060.230 – NAZARÉ
FONE: 0 (XX)91-30393700

I – unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

§ 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.

Outrossim, dispõe o §2.º, II do mesmo dispositivo que:

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

II – as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (destaque nosso).

Em que pese haver discussões acerca da possibilidade de os limites de alterações fixados pelo § 1.º do art. 65 da Lei n.º 8.666/93 serem aplicados aos casos de alterações quantitativa dos contratos (art. 65, I, b, da Lei n.º 8.666/93).

b) *“Quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos pela Lei”*

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello (In Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, 22 ed., p. 605):

Note-se que a vedação contida no §2.º do art. 65 da Lei n.º 8.666 – a de exceder os 25 ou 50% - está reportada tão somente à alteração unilateral a que se remete a letra “b” do inciso I (“quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição qualitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei”, os quais estão fixados no §1.º). Não diz respeito, pois, ao que está mencionado na letra “a” (“modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos”). (...) Demais disto, também nesta letra “b” – e unicamente nela – que se faz referência a “nos limites permitidos por esta lei” – expressão que inexistente na letra “a”(…) Leon Frejda Szklarowsky, citado por Toshio Mukai (In Licitações e contratos público. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, 8 ed, p. 180), também leciona que:

Secretaria Municipal de Urbanismo – SEURB
AV. GOVERNADOR JOSÉ MALCHER, 1622
CEP: 66.060.230 – NAZARÉ
FONE: 0 (XX)91-30393700

A modificação qualitativa, que *difere da alteração quantitativa* (alínea b do inciso I), não tem limite prefixado e pode calçar-se em fatos imprevistos ou inevitáveis, como novidades tecnológicas ou imposições do Estado (fato do príncipe).

Ainda, corroboram tal entendimento Marçal Justen Filho (In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo. São Paulo: Dialética, 2002, 9 ed., p. 506), Antônio Marcello da Silva (In Variação de quantidade e direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, RDA, 198/61) e Caio Tácito (In Contrato Administrativo – Alteração quantitativa e qualitativa – Limites de valor, RDA, 198/363).

Atente-se, porém, que:

A possibilidade de alteração unilateral do contrato para a promoção de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto é uma das peculiaridades do contrato administrativo, que se caracteriza, entre outros aspectos, pela existência de prerrogativas especiais do Poder Público em face do particular (as chamadas "cláusulas exorbitantes"), justificadas pela existência de interesse público subjacente à contratação.

No ponto, esclarece CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, in verbis:

"tais preceitos visam a garantir a satisfação do interesse público, de tal modo que assujeitam peculiarmente o vínculo ao cabal cumprimento deste desiderato, o que, de resto, como ao diante se verá, em nada compromete os interesses do particular substanciados no ajuste. Conferem à Administração prerrogativas de supremacia, enquanto instrumentais à realização da finalidade pública e na medida em que o sejam, do mesmo passo em que lhe irrogam sujeições típicas, umas e outras armadas ao propósito de acautelar o interesse público." (in Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., Malheiros Editores, 2009, p. 615)

Destarte, toda e qualquer alteração no objeto do contrato deve ser justificada formalmente por razões de interesse público, nos termos do art. 58, inciso I, da Lei 8.666/93, in 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;"

Secretaria Municipal de Urbanismo – SEURB
AV. GOVERNADOR JOSÉ MALCHER, 1622
CEP: 66.060.230 – NAZARÉ
FONE: 0 (XX)91-30393700

(...)

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

Dessa forma, com o termo aditivo, não encontramos nenhum desvirtuamento do contrato de original no que diz respeito à QUALIDADE, ou seja, transformação do objeto original, estando, portanto, dentro das diretrizes antes acordadas entre as partes podendo invocar-se um percentual para termos aditivos privativos aos contratos de acordo com que determina os parágrafos 1º e 2º do art. 58 da Lei 8.666/93.

Ante todo o exposto, opino no sentido de que, não há impedimento ao aditamento, desde que cumpridos os parâmetros estabelecidos em Lei e devidamente expostos neste Parecer, e, ainda, pelo que se faz constatado na justificativa técnica apresentada pelo setor responsável, qual seja, Departamento de Obras Civas (DEOC) desta SEURB, em que o seu Diretor, o servidor Engenheiro Reinaldo Mendes Leite, subscreve.

É o parecer que se submete à apreciação da Autoridade Superior.

Belém, 10 de outubro de 2017.