



O Advogado-Geral Adjunto do Estado, Dr. Marco Antônio Rebelo Romanelli, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

“Aprovo. Em 27/02/2009”

Procedência: Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas

Interessado: Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas

Número: 14.895

Data: 27 de fevereiro de 2009

Ementa:

CONTRATO ADMINISTRATIVO –
OBRAS DE INTERVENÇÃO E
URBANIZAÇÃO DA AVENIDA
CRISTIANO MACHADO/LINHA
VERDE – QUESTIONAMENTO
REALIZADO NA VIA
ADMINISTRATIVA PELA
CONTRATADA CONSTRUTORA
CAMARGO CORRÊA S/A - EXAME
DOS ASPECTOS JURÍDICOS –
LEGALIDADE DOS ADITAMENTOS
CELEBRADOS

RELATÓRIO

O ilustre Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas, Sr. Fuad Noman, por meio do Ofício AJU/182/07, encaminhou promoção oriunda do Chefe da Subprocuradoria de Contratos e Convênios do DER-MG referente a pleito realizado pela empresa Construtora Camargo Corrêa S.A. em face dos celebrados contratos PJU 22.062/05 e PJU -22.236/06 (Linha Verde).

Diante do reconhecido risco no que se refere à hipotética ação judicial em face do Estado de Minas Gerais, no caso de indeferimento do pleito da construtora, foi encaminhado o expediente para análise e emissão de parecer desta Consultoria Jurídica.



Recebido o expediente e após reunião realizada entre a área técnica do DER-MG e esta Consultoria Jurídica, notou-se tratar de questão de alta complexidade que depende da análise preponderantemente técnica, tais como alterações do projeto básico e executivo, medições, obras realizadas, levantamento do percentual contratado efetivamente cumprido, pagamentos realizados e pendentes. Por tal razão, em 11 de março de 2008, foi solicitada pela Consultoria Jurídica da AGE a remessa dos seguintes documentos para posterior análise e emissão de parecer:

“- estudo contendo todas as alterações promovidas durante a execução do contrato, com a especificação da alteração, do proponente, da indicação de aumento ou redução do custo em face do contrato e, se possível, da data, tudo nos moldes da planilha apresentada pela contratada. Caso existam propostas apresentadas pela contratada, gentileza informar se foram submetidas à análise e aprovação do DER/MG, e, principalmente, se foram aprovadas.

- estudo contendo detalhamento do percentual de obra efetivamente executado, bem como aquele pendente de execução, assim como os pagamentos realizados e pendentes em face do percentual já executado pela contratada. (similar ao elaborado pelo Eng. Cláudio Lima)

- documento dispendo acerca da bonificação complementar sobre as composições de preços unitários e informando seu percentual. (informado pelo Sr. José Élcio)

- envio do edital, projeto básico, do contrato firmado entre o DER/MG e a Construtora Camargo Corrêa e de todos os aditivos celebrados.”

Tais estudos serão de suma importância para a análise da questão, com o fito de que a Consultoria Jurídica possa se posicionar, inclusive diante do Parecer exarado pelo Prof. Carlos Ari Sundfeld contratado pela Construtora Camargo Corrêa S/A, favorável ao pleito da empresa contratada.”

Neste ínterim, informalmente noticiou-se a realização de suposto acordo entre o DER/MG e a referida construtora. Após ofício ao órgão consulente, manifestou-se o Sr. Fabrício Torres Sampaio, Subsecretário de Transportes, no sentido de que *“não há acordo entre o DER/MG e a Construtora Camargo Corrêa referente aos pleitos apresentados à AGE, através do of. AJU 182/07. Nem o DER/MG se manifestou, ainda, porque está em fase de comparação dos projetos executivos originais e aquele, posteriormente modificado para execução.”*



Desta forma, em promoção realizada, foi suspensa a contagem do prazo interno até o envio pelo DER/MG do estudo apontado pelo ilustre Subsecretário, e que já havia sido objeto de reunião anterior, na qual restou definida a imprescindível remessa dos estudos comparativos a fim de que se pudesse ser feita uma análise acurada da matéria, vez se tratar de questão eminentemente técnica e afeita àquela autarquia.

No entanto, instada a se manifestar mesmo diante da ausência dos estudos comparativos, esta Consultoria Jurídica passa a analisar a questão em tese e com ressalva.

Acompanha a presente consulta os seguintes documentos em cópias xerográficas:

- Edital nº 065/05 de Concorrência para Execução de Obras Viárias, tendo por objeto a execução das obras de intervenção e urbanização da Avenida Cristiano Machado;
- Cópia do procedimento licitatório, contendo impugnações, recursos e decisões;
- Contrato celebrado com a empresa vencedora do certame, Construtora Camargo Corrêa, nº PJU-22.062/05;
- Atos do DER/MG contendo procedimentos para entrega das medições no curso da obra; designação de comissões para gerenciamento e fiscalização; ordem de início da obra em 11.11.2005;
- Diversas justificativas técnicas elaboradas por engenheiros do DER/MG para elaboração de aditamentos ao Contrato PJU 22.062/05;
- Ofícios da contratada apresentando justificativas para atraso na entrega das obras e requerimento de aditivos ao prazo contratual;
- Relatórios de revisão do projeto em fase de obras elaborado pelo DER/MG, acompanhado por comunicados e notas internas para adequação dos quantitativos do Contrato PJU 22.062/05;
- Planilhas reportando a situação do contrato em termos financeiros e medições de reajustamento;



- Dossiê contendo ofícios recebidos e enviados pela contratada e pelo DER/MG, acompanhados de projetos e quantitativos de obras;
- Pleito administrativo da contratada relativo à medição das obras de arte, levando-se em conta a proporcionalidade das áreas e parecer do Prof. Carlos Ari Sundfeld de 06.11.2007;

Passo a opinar.

PARECER

Através do Edital nº 065/05 de Concorrência para Execução de Obras Viárias, em regime de empreitada por preços unitários, tendo por objeto a execução das obras de intervenção e urbanização da Avenida Cristiano Machado, foi entabulado o procedimento licitatório nos moldes regulares e celebrado o Contrato PJU 22.062/06 com a vencedora Construções e Comércio Camargo Corrêa – S.A – CCCC.

Dá notícia o expediente de consulta que após o início das obras, foram propostas modificações ao projeto básico, ocasionando diversos aditamentos ao citado contrato PJU 22.062/06, instrumentos estes amparados por notas técnicas justificativas e posteriores adequações aos custos do contrato.

No entanto, através de questionamento de prejuízo remuneratório da Construtora Camargo Corrêa S/A, - que será reportada neste parecer sempre como contratada, fundamentado nos aditamentos que, segundo ela, se deram em razão de constatação da necessidade de adoção de novas técnicas de engenharia que não foram consideradas quando da elaboração do projeto básico fornecido pelo Município de Belo Horizonte ao DER/MG.

Seu questionamento é amparado por parecer elaborado para a contratada pelo Professor Carlos Ari Sundfeld do escritório paulista Sundfeld Advogados.



O expediente fora inicialmente analisado pelo Assessor Jurídico Chefe da SETOP, Gianmarco Loures Ferreira, que, na oportunidade manifestou acerca do Of. 664/07 – DI-DER/MG, datado de 06 de novembro de 2007, entendendo que o mesmo contém *“informações um tanto vagas quanto às intervenções realizadas, vindo de concluir, com a devida vênia, de forma equivocada que, as modificações das dimensões dessas OAE’s, como já dito, estão em análise pela Procuradoria Jurídica do Estado que deverá arbitrar (sic) a questão para efeito de processamento das medições finais dos serviços realizados’.* Não se vê, portanto, com data posterior os necessários esclarecimentos para solução da demanda”.

Concluiu o Assessor pela necessidade da *“manifestação técnica, pelo setor competente daquela autarquia, quanto à iniciativa das alterações havidas. Ressalto que pela CCCC consta relação de alterações havidas, com objetivo visado e proponente, a qual somente a fiscalização do DER-MG é capaz de esclarecer quanto à sua procedência ou não”.*

As ponderações do Assessor se deram em razão do contrato encetado entre o DER/MG e a contratada. O contrato PJU-22.062/05 reza o seguinte acerca dos preços e alterações:

“„3.1.1. Os preços unitários são inalteráveis e incluem todos os custos, diretos e indiretos, encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais, civis e comerciais e constituem a única remuneração pela execução dos trabalhos contratados.

3.1.2. Quando, na execução dos serviços contratados, ocorrer necessidade de serviço não previsto na planilha, o pagamento correspondente observará o preço unitário composto pelo DER/MG, a nível do mês da referência da proposta, incorporado ao contrato mediante Termo de Aditamento.

(...)

7.1. O presente contrato poderá ser alterado, observado o disposto no art. 65 da Lei Federal nº 8.666/93.



7.1.1. A alteração de quantitativo, acréscimo ou redução, só será autorizada e considerada posteriormente na medição, após aprovação da Diretoria Setorial gerenciadora do contrato, a vista de justificativa técnica e econômica, observado o limite legal, levando-se em consideração os critérios estabelecidos na Instrução Normativa do DER/MG – IN-05.09, de 09.06.03, art. 9º, inciso IV.

“Durante as obras poderá a CONTRATADA sugerir alternativas construtivas para melhor adequação técnica do projeto, desde que não exceda o prazo e o custo apresentado na proposta inicial, o que deve obedecer ao escopo inicial do projeto, não alterando a qualidade e estética. (...) As alternativas construtivas serão submetidas à análise e aprovação do DER/MG e deverão obedecer rigorosamente as normas e padrões vigentes”.

Com efeito, a informação acerca da origem das alterações introduzidas nos projetos se faz imperiosa. Noutras palavras, é preciso haver a individuação do proponente, restrito às partes contratantes.

No que tange à interpretação dos contratos administrativos, faz-se, *ab initio*, a ressalva de que o objeto é definido em função do interesse público, razão pela qual não se pode interpretar sob o foco do direito do particular, posto que as cláusulas são formuladas em atendimento ao direito da coletividade, como leciona o saudoso HELY LOPES MEIRELLES:

“Não se nega a aplicação das regras de hermenêutica comum à interpretação dos contratos administrativos, mas nessa operação não se pode olvidar que o objeto da contratação é, sempre, o atendimento ao interesse público. Diante dessa realidade, a busca da intenção das partes há de partir da premissa de que a finalidade precípua do ajuste é a satisfação de necessidades coletivas.” (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 24ª ed., pág. 195/196)



DIÓGENES GASPARINI, por sua vez completa:

“É natural que não se possam interpretar todos os contratos administrativos do mesmo modo, usando iguais critérios. Destarte, devem se separar os contratos de colaboração dos de atribuição. Os primeiros são os ajustes em que o particular se compromete a executar alguma coisa para a Administração Pública, enquanto os segundos são o que investem o particular num dado direito ou privilégio. Dos primeiros são exemplo os contratos de serviço e de obra pública; dos segundos são exemplos os contratos de concessão de uso de bem público. Assim deve ser porque se privilegiará, na interpretação, a Administração Pública, visto que se quer o serviço público, nos contratos de colaboração, e o particular, em razão do interesse privado, nos contratos de atribuição. Logo, nos contratos de colaboração, a interpretação deve ser em favor da Administração Pública, já que as convenções são celebradas em prol do interesse público.” (Direito Administrativo, Saraiva, 13ª edição, págs. 697/698).

É sabido que para a deflagração de uma licitação pública como a realizada na questão em exame, pressupõe-se a elaboração prévia do projeto básico, nos precisos termos do art. 7º, inciso I e §2º, inciso I, da Lei Federal n. 8.666, de 1993. MARÇAL JUSTEN FILHO ensina ao dispor acerca do citado instrumento:

“ O conteúdo do projeto básico dependerá da natureza do objeto a ser licitado. Deverá ser tanto mais complexo e minucioso na medida em que assim o exija o objeto da futura contratação ”. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed. Ed. Dialética, pág. 98).

No caso em apreço, tem-se que, em virtude do contrato celebrado entre as partes, coube ao Município de Belo Horizonte a elaboração do projeto básico e sua remessa ao DER/MG, a quem se atribuiu à realização da licitação pública.



Conforme se depreende do expediente, verifica-se que foi utilizado, então, um estudo técnico da SUDECAP, o qual se consubstanciou no projeto básico da licitação deflagrada. No entanto, após já entabulado o contrato administrativo e no momento de sua execução, a contratada alega ter encontrado algumas divergências na realidade encontrada para a realização da obra e o projeto básico constante do contrato, justificando, por isso, a alteração e adoção de alternativas construtivas para o sucesso do empreendimento, todas constantes dos expedientes anexos à consulta.

As alterações técnicas na execução da obra licitada justificam-se, ante o parecer técnico aludido, em virtude de que não seria exequível a obra conforme o projeto básico original.

Sob a ótica jurídica, a questão é complexa e diante dos valores envolvidos na grandiosa obra, podem gerar grave impacto financeiro aos cofres públicos.

Em primeiro plano, cumpre estabelecer a premissa de que alterações no contrato e no projeto básico são limitadas, só se justificando aquelas decorrentes de fatos supervenientes.

Não obstante, temos que o foco da questão em debate deverá perquirir a respeito do menor prejuízo ao interesse público, tendo em vista, naturalmente, o rol de princípios jurídicos que regem o atuar da Administração Pública.

Para uma análise segura e refletida nas informações e documentos que ocasionaram o pleito da contratada, esta Consultoria Jurídica, após reunião com os membros da equipe técnica do DER/MG, promoveu expediente à consultante SETOP solicitando a elaboração de relatórios e envio de documentos técnicos a fim de embasar com esteio na realidade fática a posição jurídica desta casa.

O primeiro documento solicitado foi um estudo contendo todas as alterações promovidas durante a execução do contrato, com a especificação da alteração, do proponente, da indicação de aumento ou redução do custo em face do contrato e, se possível, da data, tudo nos moldes da planilha apresentada pela contratada. E ainda a informação pelo órgão da existência de propostas apresentadas pela contratada que eventualmente tenham sido submetidas à análise e aprovação do DER/MG, e, principalmente, se foram aprovadas.



Tal pedido justificou-se em ter procedido à contratada ao envio de planilha pormenorizada neste sentido, e segundo consta do documento, praticamente todas as alterações teriam sido sugeridas pelo SUDECAP ou de acordo com dificuldades surgidas ao longo da execução contratual e sempre com a aprovação do DER/MG.

Segundo o DER/MG, foram apresentadas soluções alternativas pela contratada para a execução de algumas obras de artes especiais que fazem parte do contrato celebrado, bem como, em função das restrições impostas pelo sistema viário local e de interferências diversas, como redes subterrâneas de serviços públicos e galerias pluviais, outras adequações foram requeridas pela contratada.

Informa ainda o DER/MG no OF-551/08-DI-DER/MG que:

“Destarte, tais projetos são submetidos à análise da DP/GPE do DER/MG. A aprovação técnica dessas alternativas construtivas exige a apresentação de Relatórios de Revisão de Projeto em Fase de Obras para legalizar as alterações quantitativas do “Quadro de Quantidades e Preços Unitários” dos contratos, inclusive com a inserção dos novos itens de serviços.

E prossegue:

“Os relatórios de revisão justificam tecnicamente as alterações propostas e apresentam as novas planilhas “Quadro de Quantidade e Preços Unitários” com a indicação de acréscimos ou reduções resultantes da revisão. Essas planilhas são anexadas aos Termos de Aditamento e passam a integrar o contrato, em substituição daquelas anteriormente vigentes. Dessa forma, o proponente das alterações é, em última instância, o próprio DER/MG, nos termos do artigo 65 da Lei Federal n. 8.666/93 transcrito a seguir:

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

I – unilateralmente pela Administração:



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

Nesse contexto, ainda que as alternativas construtivas tenham partido de soluções apresentadas pela Contratada, o Contratante é co-responsável. A Contratada, por seu turno, se vê obrigada a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, até o limite estabelecido no §1º do mesmo art. 65 da mesma Lei.“

Ainda em expediente sem referência e sem data, encaminhado ao então Chefe da Procuradoria do DER/MG, Ricardo Magalhães Soares, o Engenheiro Cláudio Lima do Nascimento, afirma que as alterações propostas pela contratada foram agregadas ao contrato mediante homologação de Termos de Aditamento, esclarecendo que *“esse expediente teve por objetivo acelerar os trâmites para a legalização das alterações requeridas pelo contrato PJU-22.062/05, de forma a dar continuidade à execução das obras, ainda que a contratada não houvesse apresentado tempestivamente os orçamentos definitivos dos novos projetos. Tal procedimento fundamentou-se na premissa de que os custos totais das alternativas construtivas apresentadas pela empresa Construções e Comércio Carmargo Corrêa S/A atendiam ao que determina o item contratual 7.1.2 retro transcrita. Ou seja, que os custos globalizados dos projetos alternativos propostos estariam limitados aos custos das OAE’ originalmente licitadas.”*

O Engenheiro afirma ainda que *“as medições dos serviços referentes às fundações das OAE’s vêm sistematicamente contabilizando a totalidade dos quantitativos efetivamente executados para a consecução da infra-estrutura das obras de arte especiais”*. E conclui:

“Não há no contrato em tela, embasamento para afirmar que o referido item 7.1.2 introduziu o regime de contratos por empreitada global (?), ou que tal dispositivo traz embutida a lógica de um preço fechado (?) para o objeto contratado. O contrato é direto ao explicitar, na Cláusula II – Objeto do Contrato – Regime Legal, a contratação dos serviços em regime de empreitada por preços unitários. Essa questão não está em discussão, e causa estranheza a defesa do eminente professor de elaboração de medições fictas. A administração do DER/MG refuta enfaticamente tais procedimentos.”



O referido parecer da lavra de Carlos Ari Sundfeld, encomendado pela contratada com o fito de se evitar eventuais danos ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, dispõe em argumentação central de suas 34 (trinta e quatro) laudas que estaria a contratada sendo lesada nas medições realizadas pelo DER/MG pois “*o custo seria limitado por metro quadrado segundo a proporcionalidade das áreas e não mais pelo valor limite da solução original licitada*”, concluindo:

“Se a Administração, ao contrário, individualiza os viadutos nos quais a obra efetivamente construída implicou acréscimo de dispêndio, mas ignora outras estruturas nas quais haveria compensação de tais valores, age de maneira ilegal, porque desrespeita a lógica econômica e jurídica da cláusula 7.1.2 e, com isso, enriquece indevidamente à custa do particular”.

Data venia do conhecimento do renomado professor, a conclusão de que o DER/MG estaria se utilizando de dois pesos e duas medidas, nos parece simplista. A questão da alteração dos contratos administrativos é tratada com amplitude por diversos administrativistas. Dentre eles, leciona CARLOS PINTO DA MOTA COELHO: “*é característica essencial do contrato administrativo o equilíbrio econômico-financeiro. Segundo se afirmou, esta característica contrapõe-se às prerrogativas da Administração. As cláusulas econômico-financeiras não podem ser elididas.*” (Eficácia nas Licitações e Contratos, Editora Del Rey, 10ª edição, pág. 65)

É cediço que o contrato de obras, como em comento, está sempre sujeito a alterações nos aspectos técnicos, decorrentes de modificações estruturais no projeto básico ou ainda nos métodos de execução da obra. Também é reconhecido o poder da Administração Pública em promover de forma unilateral a adequação dos contratos, mesmo diante da ausência de cláusula contratual autorizadora, ressalvando-se em todas as ocasiões a prevalência da equação econômico-financeira que fora entabulada *ab initio* pelas partes contratantes.



E no caso em tela, é sabido que as alterações promovidas foram sugeridas pela contratada, segundo informado pelo DER/MG, e após submetidas à análise da referida autarquia foram aprovadas por justificativas técnicas e incorporadas ao contrato por meio de aditamentos e adequações orçamentárias, visto configurar em hipóteses de acréscimo ou de supressão na execução do objeto contrato.

Fato é que deve haver um equilíbrio entre os acréscimos e as supressões, sem prejuízo para qualquer das partes contratantes.

A aprovação e homologação das alterações engendradas pela contratada inerentes à execução do objeto contratual, afasta a discussão acerca da titularidade das proposições de modificações, mas é fato que cabe à contratada a demonstração cabal de eventual prejuízo na execução do contrato, devendo demonstrar que teve que despende mais para a execução de determinado trecho ou obra especial. Da mesma forma, as eventuais supressões relativas ao projeto básico devem ser reajustadas para a nova realidade executiva.

Dá notícia a documentação enviada pelo DER/MG, por meio da Comunicação Interna nº 563/2007 e nº 804/2007, dentre outros documentos, de que as alterações aprovadas foram objeto de adequação de quantitativos e custos não previstos anteriormente pelo projeto.

Além do que, em que pese questionável, o próprio DER/MG confessa que as alterações sugeridas pela contratada deveriam ser aceitas e entabuladas, tendo em vista sua aprovação através da celebração de subsequentes aditivos ao contrato original. Daí presumida a sua concordância e aprovação.

Do estatuto das licitações, Lei nº 8.666/93, retira-se, no que tange às alterações contratuais:

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

I - unilateralmente pela Administração:

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

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou



diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos 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. (Redação dada ao parágrafo



pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)

§ 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.

§ 4º. No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contrato já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º. Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

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

§ 7º. (VETADO)

§ 8º. A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

que: ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, expõe



“A modificação do projeto pode acarretar extensões contratuais independentemente de o fato motivador ser superveniente ou de conhecimento superveniente”.
(Ato Administrativo, licitações e contratos administrativos, Malheiros, 1995, p. 128).

Também ensina ADILSON ABREU DALLARI, em sua obra Aspectos Jurídicos das Licitações, 4ª ed., ed. Saraiva, pág. 96:

“Desde que não se altere (modificando completamente) o objeto do contrato, as adaptações devem ser feitas de imediato, mantidas as condições da proposta vencedora, com as decorrentes e correspondentes alterações.

Em resumo, não se pode licitar uma coisa e contratar outra coisa diferente, mas nada impede que o contrato se referia à mesma coisa licitada, mas com alterações ou adaptações destinadas à plena satisfação do interesse público”.

Ora, na situação fática aqui enfrentada e pelo que se depreende das ponderações técnicas que motivaram a necessidade de alteração do contrato administrativo em curso, modificações essas de natureza qualitativa e quantitativa, não se percebe a ocorrência de alteração da substância do objeto em si mesmo, mas, ao contrário, a adoção de alternativas construtivas, que ao serem adotadas realizarão de maneira eficiente o interesse público prevalecente.

A faculdade legal de serem propostas alterações no curso do contrato administrativo é institucionalizada e reflete a supremacia dos interesses fundamentais da Administração Pública em prol do interesse coletivo. E por isso, exige-se a indicação dos fatos supervenientes que modificaram determinada situação de fato e que ensejam alteração contratual.

O Tribunal de Contas da União já proferiu reiteradas decisões relativas às alterações contratuais promovidas, merecendo comentário algumas delas, como a decisão de nº 778/2000, opinando-se pela *regularidade técnica e jurídica das alterações qualitativa e quantitativa levadas a efeito*. Do voto do Ministro Relator, retira-se a seguinte passagem:



“...dentro das justificativas técnicas de todas as alterações, (...) e tendo em vista, até então, a permissividade do acréscimo (...), ante os necessários ajustes da obra, sem alteração das características básicas da obra, não transfigurando o objeto contratual inicial e preservando as suas finalidades sócio-econômicas, nos moldes do §4º do artigo 55 do Decreto-lei 2.300/86.”

Pinça-se ainda do acórdão nº 2.352/2006, Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça:

“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, conseqüentemente, 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 situação 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.”

Saliente-se, por oportuno, que o contrato foi firmado por preço unitário, sendo procedido o pagamento após as medições e, neste caso, se as alterações levadas a cabo enquadrarem-se como quantitativas, é de se ressaltar a posição de MARÇAL JUSTEN FILHO ao dispor acerca da economia de escala que *“quanto maior a quantidade, tanto menor o custo unitário. Logo, não se pode cogitar de simples redução ou acréscimo em quantidades. Acrescentar 25% da quantidade não importa obrigatoriamente acrescentar 25% do preço. Em uma economia de escala, a redução ou o acréscimo nas*



quantidades podem não ser acompanhados de variações proporcionais e equivalentes no preço. Portanto, o particular tem direito de exigir elevação no preço unitário quando forem reduzidas as quantidades desde que demonstre a alteração do seu preço de custo. Por igual, a Administração pode impor a redução do preço unitário quando o acréscimo reduzir o custo”. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 12ª edição, pág. 714).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Resp nº 666.878/RJ, relatora Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, publicado no DJ em 29.06.2007:

“1. É lícito à Administração Pública proceder à alteração unilateral do contrato em duas hipóteses: (a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica; (b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto (Lei 8.666/93, art. 65, I, a e b).

2. O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos (Lei 8.666/93, art. 65, §1º).

3. O poder de alterar unilateralmente o ajuste representa uma prerrogativa à disposição da Administração para concretizar o interesse público. Não se constitui em arbitrariedade nem fonte de enriquecimento ilícito.

4. A modificação quantitativa do valor contratado (acrécimo/supressão) deve corresponder, em igual medida, à alteração das obrigações dos sujeitos da relação jurídica (Administração Pública e particular), ou seja, a variação do preço deve guardar uma relação direta de proporcionalidade com aumento/diminuição do objeto, sob pena de desequilíbrio econômico-financeiro, enriquecimento sem causa e frustração da própria licitação”.



Como já exposto, nota-se pela documentação acostada, a determinação do DER/MG para se proceder à adequação de custos. Também pelas planilhas relativas à situação do contrato, é possível verificar a existência de remuneração concedida após a elaboração dos aditivos, não havendo indícios de ausência de recomposição do equilíbrio diante das alterações promovidas. Noutras palavras, foram elaborados os aditivos contratuais, onde consta expressamente a inclusão na planilha “*Quadro de Quantidades e Preços Unitários*” dos acréscimos realizados, sendo entabulada, de toda sorte, a revisão dos preços e restabelecido a equação econômico-financeira do contrato. É o que leva a crer.

A autarquia também respeitou o disposto no §1º do art. 65 da Lei 8.666/93, acerca da limitação de 25% a fim de que a eficácia da licitação seja preservada, o TCU também já se posicionou “*É admissível a celebração de aditivo contratual que respeite o limite previsto no §1º do art. 65 da Lei 8.666/93 e não implique alteração da vantagem obtida na contratação original (inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal)*”. (Acórdão nº 625/2007, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

TOSHIO MUKAI, em sua obra *Licitações e Contratos Públicos*, relembra lição do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello: “*as avenças entre a Administração e o particular, denominadas contratos administrativos, fazem deste último um colaborador do Poder Público, ao qual não deve ser pago o mínimo possível, mas o normal, donde caber-lhe o valor real estipulado no contrato ao tempo do ajuste*” (Ed. Saraiva. 8ª ed, fls. 184).

Doutro vértice, cabe a consideração da boa-fé como fator interveniente no ajuste econômico-financeiro do contrato, vez que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Ceda-se a palavra ao eminente Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“De conseguinte, o contrato gera um vínculo assentado nas premissas de lealdade e boa-fé, vez que as partes não estariam obrigadas a se relacionar; se o fazem é precisamente expectantes de que seus objetivos podem ser satisfeitos pela ação da parte contraposta e de que se-lo-ão, dada a normal conduta dos co-obrigados, ou seja, dado o correto proceder dos contratantes.”



Assim, é da índole dos contratos o respeito à boa-fé e, por isso mesmo, interpretam-se tais vínculos levando em conta esta natural presunção dos contratantes.

*A doutrina universal é unânime em frisar este ponto. O contrato é um vínculo de boa-fé. Pressupõe que as partes, ao pactuarem estão dispostas a cumprir os compromissos assumidos e assumem o dever de respeito aos recíprocos interesses concertados.”
(Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 1994, p.564/565)*

Nesta linha, o TJMG quando do julgamento da Apelação Cível nº 128.406/6, tendo como Relator o Desembargador Badi Cury, decidiu:

“Contrato Administrativo. Discricionariedade. (...) Cláusulas. Princípio. Boa-fé. Indisponibilidade. Moralidade. Razoabilidade. (...) As cláusulas previstas no contrato administrativo devem ser interpretadas à luz dos princípios da boa-fé, indisponibilidade, moralidade e razoabilidade, devendo ser tida por abusiva a disposição que contiver regra contrária a estes princípios.”

Entende-se que referidos princípios devem sempre orientar a solução de qualquer impasse surgido na gestão contratual, em favor do equilíbrio econômico-financeiro.

CONCLUSÃO

Isto posto, salientando-se que esta Casa é instada a se pronunciar naquilo que concerne à legalidade ou não dos atos praticados pelo administrador, cingindo-se o exame aos aspectos jurídicos e formais, opina esta Consultoria Jurídica pela regularidade e legalidade dos aditivos celebrados, ante a motivação administrativa de adoção de alternativas construtivas aprovadas pelo DER/MG no contrato PJU-22.062/05.



Feita a ressalva de ser o questionamento da contratada de ordem eminentemente técnica e diante da ausência do envio dos estudos técnicos solicitados, ao qual deve se atrelar o posicionamento jurídico, parecidos, em tese, que o DER/MG atuou escorreitamente promovendo a devida equação econômico-financeira diante dos aditamentos e dos ajustes qualitativos e quantitativos do contrato, sendo respeitados valor e forma de remuneração inicialmente contratados.

Por fim, caso existam modificações promovidas exclusivamente pela contratada, sem a devida análise e anuência do DER/MG, e, portanto, carentes dos necessários aditamentos contratuais, não há que se falar em contrapartida remuneratória.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2009

Ana Paula Muggler Rodarte
Procuradora do Estado
Masp 598204.6
OAB/MG 68.212

“APROVADO EM 27/02/09”:
SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
Consultor Jurídico Chefe
Masp 598.222-8 - OAB/MG 62.597