

Acréscimos e supressões em contratos públicos: uma leitura a partir do princípio da proporcionalidade



Raimilan Seneterri da Silva Rodrigues

é Procurador do Estado do Ceará, bacharel e mestre em Direito (UFC)

1. INTRODUÇÃO

O tema relacionado às alterações contratuais, como faceta da dinamicidade inerente aos contratos administrativos, vem merecendo atenção doutrinária e jurisprudencial desde a emergência da regulação própria do instituto do contrato administrativo.

Os paradigmas tradicionais da Administração Pública, contudo, vêm sendo objeto de resignificação, sobretudo diante da inserção da **teoria dos princípios** enquanto forma de orientar o estudo do Direito e da **constitucionalização do Direito Administrativo**¹.

Nesse contexto, urge situar a Administração Pública como vinculada à obediência à juridicidade², noção mais ampla do que a legalidade estrita – por vezes, até mesmo a ela antagônica – e, ainda à proporcionalidade, haja vista exercer este princípio o papel de importante postulado na concretização do Direito.

Assim é que este trabalho, ao tempo em que visa a agregar contribuição dogmática sobre a aplicação do instituto previsto na legislação pertinente aos contratos administrativos, tenta



fazê-lo situando-o no universo em que ganha progressiva proeminência o princípio da proporcionalidade enquanto meio de cumprimento do interesse público.

2. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DO ESTADO CONTRATANTE E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em nosso ordenamento jurídico, as contratações públicas estão subordinadas ao atendimento a diversos princípios jurídicos, a maior parte deles positivados em níveis constitucional e legal. A necessidade do processo seletivo apropriado (licitação) previamente à contratação já consubstancia em si a realização de vários desses princípios. Em muitos deles, a aplicação transcende o ramo dos contratos administrativos, sendo princípios informadores de todo o sistema jurídico. É o que se observa com o princípio da isonomia, sobre o qual se edificou o modelo democrático ocidental. A instauração de um procedimento licitatório tem como objetivo atender a diversos reclamos, sobretudo para que o Estado desembolse o

mínimo possível e, ao mesmo tempo, assegure que todos tenham acesso em nível de igualdade aos negócios firmados pelo Estado, à coisa pública (*res publica*).

Com isso as licitações públicas e contratações administrativas formam um terreno fértil ao estudioso da concretização dos princípios jurídicos e dos obstáculos práticos que a ela se impõe, não somente por se tratar de atividade de grande importância do Estado em torno da qual convergem inúmeros interesses, o que por si só põe à prova a solidez das instituições democráticas ante os interesses da ocasião. O instituto da licitação pública não pode ser visto como dotado de um fim em si próprio, mas instrumental para a realização dos princípios buscados pelo Direito³.

Sob esse aspecto, a doutrina tradicionalmente elenca como princípios inerentes às licitações públicas: a) competitividade, b) isonomia; c) publicidade; d) respeito às condições prefixadas no edital; e c) possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores. (MELLO, 2003, p. 489) Nessa mesma linha, Jessé Torres Pereira Junior (2002)

sistematiza os princípios administrativos que devem informar as licitações públicas, agrupando-os em três categorias distintas: a primeira é formada pelo princípio da isonomia, que exerce um papel predominante, subordinando os demais princípios; uma segunda categoria é formada pelos princípios constitucionais gerais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, indisponibilidade, devido processo legal e continuidade; e por fim, a terceira categoria é formada pelos princípios específicos das licitações, como vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e correlato.

Muitos dos princípios aplicáveis às licitações, sem excluir outros tantos, já se encontram elencados na própria disciplina constitucional (BRASIL, 1988, art. 37, XXI) e na regulação infraconstitucional (BRASIL, 1993, art. 3º) do procedimento. Em tais documentos, existem expressa menção aos princípios da isonomia, competitividade, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. É possível identificar nesse conjunto normativo até mesmo a necessidade de respeito ao **princípio da proporcionalidade**⁴ ao restringir as exigências de qualificação técnica e econômica apenas à exata medida necessária à garantia do cumprimento das obrigações.

De modo geral, os pensadores do instituto das licitações públicas rendem subserviência aos princípios expressos no art. 3º da Lei de Licitações, conduzindo a um status da mais elevada dignidade e reconhecendo o papel de orientador de toda a hermenêutica da Lei. Corolário dessa perspectiva é a noção de que “nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 42).

Tal postura, embora louvável, deverá ser tomada com certos temperamentos: naturalmente que o sistema em que se insere a Lei

de Licitações não contempla apenas aqueles princípios ali elencados, mas inúmeros outros abstratamente previstos em nosso sistema, cuja concretização poderá ser reclamada em determinado caso concreto. Tais princípios, conquanto não previstos expressamente na Lei de Licitações, poderão se encontrar em rota de colisão com aqueles outros. A sua imprevisão no diploma legal não significa que devam ser desconsiderados para uma determinada decisão concreta. Ao contrário, poderá até mesmo ser dotado de maior peso relativo em determinada situação em comparação com os princípios positivados pela Lei de Licitações.

Dedicamos aqui especial atenção ao **princípio da proporcionalidade**⁵ e ao critério da **ponderação de princípios**, uma vez que essa é a medida da concretização de todas as normas jurídicas em nosso ordenamento jurídico. A aplicação da Lei a qualquer custo, doa a quem doer, não se coaduna com o atual estágio de evolução do Direito, podendo se evidenciar interferência com diversos outros bens e princípios jurídicos, até mesmo com o próprio interesse público a ser atendido mediante a contratação.

Segundo Robert Alexy (2008, p. 116-7), a natureza dos princípios implica a **máxima da proporcionalidade**, e esta implica aquela, porquanto a:

[...] proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza.

Situando o tema em nosso trabalho, os limites erigidos pela lei para os acréscimos e supressões sobre os contratos administrativos

devem ser analisados sob a ótica da **proporcionalidade**. Busca-se relacionar as grandezas em interferência para que, assim, estabeleça-se uma proporcionalidade, o que se dá mediante a observância dos três conhecidos critérios quão e lhe são inerentes: **adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**. Logo, além de exigir uma relação entre meios e fins claramente determinados, a proporcionalidade se faz mediante um critério racional claramente elaborado, o que a torna de fundamental importância para o controle da atividade administrativa e para a proscrição do arbítrio.

Em primeiro lugar, o meio a ser utilizado deve ser **adequado**, ao menos em tese e mediante uma avaliação antecedente à tomada da decisão que deverá levar à promoção da finalidade buscada. Em segundo lugar, é preciso identificar os direitos fundamentais que serão restringidos pela medida e, conjugada a isso, a existência ou não de outras medidas menos restritivas a eles que sejam aptas a promover o mesmo fim. Somente se verificada a inexistência de um segundo meio menos gravoso e igualmente eficaz para atingir ao fim, será possível dizer que a medida restritiva é **necessária**. Por fim, deve-se investigar se a medida restritiva escolhida se justifica sob a perspectiva das vantagens trazidas com a promoção do fim a que ela objetiva, que só assim poderá ser tachada como **proporcional em sentido estrito**.

Obviamente que nem sempre se verifica uma situação em que os meios promovam de modo idêntico o fim, ao passo que trazem restrições diferenciadas à realização de um princípio eleito pelo sistema jurídico. Ao contrário, quase sempre se verificam situações em que os meios trazem restrições diferentes e que, a par disso, também promovem o fim em intensidades diferentes.

Estabelecidas tais bases teóricas, já temos condições de analisar a disciplina legal dos acréscimos e supressões e, assim, estudar as

possíveis soluções que melhor se adaptam à concretização dos princípios jurídicos em interferência diante de determinados impasses.

3. POSIÇÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL DOS ACRÉSCIMOS E SUPRESSÕES SOBRE OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A disciplina constitucional em que se fundamenta a necessidade de preservar, nos contratos administrativos, o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado (BRASIL, 1988, art. 37, XXI), aliada à obrigatoriedade da observância ao interesse público, é que confere o dinamismo dos contratos administrativos. Embora pactuados os direitos e obrigações entre o Poder Público e o particular de acordo com determinados termos, a necessidade de atendimento ao interesse público e de preservação do equilíbrio econômico-financeiro poderá impor modificações nos termos contratuais.

Tais modificações, contudo, precisam estar limitadas por certas balizas legais a fim de assegurar a boa gestão da coisa pública e a preservação dos princípios a que o instituto do contrato administrativo visa preservar. Daí a disciplina do art. 65, da Lei de Licitações (BRASIL, 1993), em especial quando estabelece quantitativos máximos a serem implementados sobre o contrato inicialmente pactuado.

Os acréscimos a serem implementados em obras, serviços ou compras contratadas pelo poder público não se podem fazer em limite superior a 25% (vinte e cinco por cento) ou, em caso de reforma de edifício ou equipamento, 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato.

É tema assaz polêmico o que diz respeito à possibilidade de compensação entre acréscimos e supressões sobre o objeto do contrato. A leitura do dispositivo legal pode conduzir a uma interpretação de que os acréscimos podem

ser livremente balanceados com as supressões, desde que o valor contratual atualizado nunca ultrapasse 125% (cento e vinte e cinco por cento). Trata-se de interpretação fartamente encontrada na Administração Pública ao aplicar o instituto.

Tal interpretação, contudo, pode conduzir a abusos em certas esferas da Administração Pública, abrindo a possibilidade de se forçarem supressões de determinados itens da planilha apenas com o objetivo de inserir outros cuja execução seja mais rentável e, com isso, maximizando os lucros da contratação.

Não se olvide que, segundo o referido art. 65, § 2º, II, da Lei de Licitações (BRASIL, 1993), as supressões podem ser pactuadas em limites superiores a 25% (vinte e cinco por cento). Desse modo, a prevalecer o entendimento em favor da compensação entre acréscimos e supressões, forçoso será admitir que uma supressão em percentual de 50% (cinquenta por cento), por exemplo, poderá autorizar outro acréscimo no mesmo percentual, permanecendo o contrato no mesmo valor. O que seria absurdo e,

em tese, abrindo as portas para a possibilidade de fraudes à lei e, até mesmo, de provocar uma desnaturação do objeto originalmente licitado.

Em verdade, a simples redução dos quantitativos licitados pode ser um sério indício de irregularidade e de falta de planejamento. Ora, o dimensionamento errado do objeto no projeto inicial do certame pode constituir meio decisivo para que interessados não acorram ao certame. Em muitos casos, se a licitação fosse instaurada para fornecer uma quantidade menor do objeto poderia propiciar uma mais ampla concorrência de interessados de menor porte econômico. Apesar da autorização legal, reduzir o objeto em patamar excessivo depois do certame poderá evidenciar intenção deliberada de manter determinados interessados fora do páreo. Por isso, até mesmo uma redução do objeto contratual, ainda que nos limites da lei, poder-se-á evidenciar excessiva diante do caso concreto, o que reclama sua análise em obséquio aos **princípios da finalidade e proporcionalidade**. Veja-se exemplo de Marçal Justen Filho (2008, p. 742):



Suponha-se que agente público pretenda direcionar contratação administrativa. Para tanto, elabora edital com previsão de enormes quantitativos, o que se reflete em exigências severas no âmbito da habilitação. Assim, somente a empresa privilegiada consegue habilitar-se. Firma-se o contrato e, em seguida, produz-se consensualmente a redução aos valores efetivamente visados. Se o edital tivesse previsto tais quantitativos, inúmeros outros licitantes teriam participado da disputa. A redução posterior de quantidades, por meio de acordo entre as partes, foi o instrumento jurídico que propiciou a fraude.

Mesmo dentro dos limites legais, os doutrinadores, com o propósito de evitar fraudes, vêm defendendo a necessidade de que se tomem os limites para acréscimos e supressões isoladamente, segundo a fórmula explicada por Paulo Sergio de Monteiro Reis (2010, p. 30),

Por exemplo, se em contrato de empreitada por preço global, cujo valor da contratação é de R\$ 1.000.000,00, a Administração constatar que deve aplicar uma supressão de R\$ 100.000,00 (10%), por se tratar de serviços desnecessários (e, portanto, incluídos indevidamente na planilha orçamentária), poderá fazê-lo tranquilamente, sem a necessidade de concordância do contratado, pois estará enquadrada dentro do limite legal para alterações unilaterais impostas. Mas não poderá se aproveitar dessa supressão para com esse valor acrescer algum outro item do orçamento. Não poderá, portanto, acrescer outro item em R\$ 100.000,00 e alegar que ainda dispõe de mais R\$ 250.000,00 (vinte e cinco por cento do valor inicial) para outros acréscimos.

O limite legal de acréscimo de 25% do valor inicial atualizado do contrato deve ser aplicado livre das supressões porventura realizadas. No caso do exemplo numérico citado, o limite monetário para acréscimo, de R\$ 250 mil, será aplicado sobre o valor inicial reduzido pela supressão realizada, isto é, R\$ 900 mil, de tal forma que o valor máximo da contratação será de R\$ 1.150.000.000 e não de R\$ 1.250.000,00.

Fica claro, a partir da explicação acima, que, segundo tal entendimento, o limite máximo a ser considerado para os acréscimos é que estes não totalizem mais do que 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor inicial atualizado do contrato. Segundo tal ótica, não se deve admitir a compensação de acréscimos e supressões, ainda que o balanço entre eles mantenha o valor atualizado do contrato em até 125% (cento e vinte e cinco por cento). Defende essa teoria, portanto, que acréscimos e supressões sejam tomados individualmente para efeitos de atendimento do percentual de 25%.

É a posição de Claudio Sarian Altounian (2008, p. 240) ao tratar dos “aditivos sem reflexos financeiros”, chamando especial atenção, nesses casos, “quando são retirados do escopo serviços contratados inicialmente com preços inferiores aos referenciais de mercado e acrescidos outros com preços elevados”.

Algumas manifestações podem ser colhidas da jurisprudência Tribunal de Contas da União, no sentido de que não se compensam os acréscimos e supressões, computando-as independentemente para efeitos de atendimento ao limite previsto na Lei de Licitações. Citemos os seguintes dos votos que nortearam decisões adotadas pela egrégia Corte de Contas:

(...) 20. Os responsáveis alegaram que os percentuais de acréscimos e de supressões realizados por meio de aditamentos nos contratos em questão deviam ser avaliados em termos globais, e não de forma

separada, como pretende a unidade técnica. Acrescentaram que, se avaliados em termos globais, os percentuais adotados não teriam ultrapassado os limites autorizados por lei, visto que inferiores, no total, a 25%.

21. No entanto, conforme reiterados casos tratados neste tribunal, o percentual previsto no artigo 65, § 1º, da Lei nº. 8.666/1993 deverá ser verificado separadamente, considerando os acréscimos e as supressões, isto é, deve ser aplicado o limite individual de 25% tanto para acréscimos como para supressões. Nessa linha de raciocínio, deve prevalecer o mesmo entendimento ainda que a alteração contratual tenha sido efetivada em um único aditivo.

22. Ademais, o fato de o legislador ordinário facultar à Administração exigir do contratado que suporte acréscimos e supressões em até 25% do valor inicial atualizado do contrato não lhe autoriza agir contrariamente aos princípios que regem a licitação pública, essencialmente o que busca preservar a execução contratual de acordo com as características da proposta vencedora do certame, sob pena de se ferir o princípio constitucional da isonomia. Tal previsão normativa teve como finalidade viabilizar correções quantitativas do objeto licitado, conferindo certa flexibilidade ao contrato, mormente em função de eventuais erros advindos dos levantamentos de quantitativos do projeto básico. (...)” (BRASIL, 2009)

(...) 5. No que tange ao mérito das questões apontadas, assiste razão à Unidade Especializada no que se refere às seguintes:

a) extrapolação do limite de 25 % para a realização de acréscimos e supressões:

como bem discorreu a Equipe de Auditoria, a jurisprudência do Tribunal tem-se fixado no entendimento de que, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei n. 8.666/1993, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no referido dispositivo legal, conforme o item 9.2 do Acórdão n. 749/2010 - Plenário. (...). (BRASIL, 2010)

Questão não menos controvertida diz respeito aos limites a que deve estar adstrito o Poder Público ao empreender acréscimos caracterizados pela doutrina como **qualitativos**. Questiona-se se tais acréscimos encontram-se limitados ao mesmo percentual a que estão adstritos os acréscimos denominados pela doutrina de **quantitativos**. Tal distinção não é mencionada expressamente no art. 65, da Lei de Licitações, surgindo como uma construção hermenêutica diante da necessidade de concretização da norma jurídica em face da realidade fática em interferência com o resguardo do interesse público.

Apesar do silêncio da Lei de Licitações, esta abre à possibilidade de alteração contratual não apenas em decorrência de acréscimos e supressões, mas dentre outros casos, “quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos” (art. 65, I, a). A questão de alteração do projeto, por este dispositivo, não é colocada pela Lei em termos quantitativos, o que dá margem à discussão quanto aos seus limites.

As alterações quantitativas são adotadas simplesmente diante da necessidade de que o objeto originalmente contratado pela Ad-

ministração Pública, por razões posteriores à contratação, precise ser fornecido em uma maior quantidade. Contrata-se, por exemplo, a prestação de serviços de limpeza de uma repartição pública, mas no decorrer do contrato constata-se a necessidade de que se aloque mais um prestador de serviços com a mesma finalidade. Em outro exemplo, apresentado por Eros Roberto Grau (1995 apud BRASIL, 1999), contrata-se a pavimentação de 100km de rodovia, mas constata-se a necessidade de pavimentação de mais 10km.

As alterações qualitativas, por seu turno, são as que incidem sobre o contrato diante da necessidade de cumprimento do mesmo objeto contratado. Para tanto, faz-se necessária a inclusão de outros serviços ou acréscimo de quantidades maiores para os serviços já incluídos no contrato. Os acréscimos, contudo, visam ao cumprimento do objeto, reitera-se. Exemplo esclarecedor de acréscimo qualitativo é encontrado novamente na preleção de Eros Roberto Grau (1995 apud BRASIL, 1999), em situação onde a execução de determinado objeto pode trazer a necessidade de acrescentar quantidade maior de serviço de terraplenagem; o objeto a ser entregue ao Poder Público, entretanto, continua sendo o mesmo.

É possível que a alteração qualitativa decorra da alteração no projeto aprovado ou das suas especificações, para o cumprimento do objeto, a teor do supracitado art. 65, I, a), da Lei de Licitações (BRASIL, 1993).

Tais alterações, sejam **quantitativas** ou **qualitativas**, parece-nos evidente, não podem desnaturar o objeto contratado. O desaparecimento de uma necessidade da Administração Pública não autoriza que se convole o procedimento licitatório em aquisição de outro produto ou serviço totalmente diferente do contratado. Do contrário, estará violando o direito de que outros potenciais competidores acorram ao certame, além de não conferir segurança quanto à

economicidade da aquisição. Sobrevindo a desnecessidade do objeto e a necessidade de outro objeto diferente, será necessária a instauração de novo procedimento licitatório ou, até mesmo, se circunstâncias fáticas estiverem presentes, de contratação direta.

É como o egrégio Tribunal de Contas da União se posiciona diante desses casos, a exemplo do célebre Acórdão 1428/2003-Plenário, do qual transcrevemos a seguir trecho do voto condutor:

7. Argumentando, questiono se seria razoável admitir que seja adjudicado a certo licitante a compra de dez carros populares a um preço global de R\$ 230.000,00 e, posteriormente, assine-se termo aditivo substituindo aqueles por seis automóveis de luxo, no valor total de R\$ 280.000,00, sob a alegação de que ambos são carros e que, dessa forma, não houve alteração do objeto e não foi ultrapassado o limite fixado no art. 65 multicitado. Tal procedimento além de ferir o princípio da isonomia entre os licitantes, não assegura à administração o melhor preço, com exigido pelo art. 3º da Lei n.º 8.666/93. Aliás, nem mesmo se pode falar em licitação, já que foi licitado um objeto e adquirido outro completamente diferente, ainda que ambos tenham a mesma designação genérica.

8. Diante do exposto, não posso concordar com o raciocínio simplista de que a alteração realizada no projeto inicialmente licitado não ultrapassou o limite de 25% e, por isso mesmo, não existiu nenhuma ilegalidade. Muito menos posso concordar com os fundamentos apresentados pela SEMARH quando defende que 'se uma barragem de terra, por exemplo, tem seu método construtivo alterado para uma de concreto compactado com rolo

(CCR) não pode de modo algum afirmar que houve alteração do objeto'. Por certo que continuará sendo uma barragem, mas jamais será considerado o mesmo objeto licitado. (BRASIL, 2003)

Deve-se, portanto, ter cautela na adoção de alterações qualitativas do objeto contratual, estando limitadas pela natureza do objeto. Não se pode dela lançar mão *tout court* como panaceia para sanar defeitos decorrentes da falta de planejamento.

Sob o aspecto das limitações percentuais para as alterações **quantitativas** e **qualitativas**, alinhamo-nos à posição de que estas se encontram limitadas aos percentuais previstos no art. 65 da Lei de Licitações (BRASIL, 1993).

Tais limitações surgem como medida que resguarda o direito do particular, uma vez que contratado algum pode ser obrigado a prestar os serviços ou fornecer produtos em quantidades ilimitadas, arcando com acréscimos que vão muito além da sua capacidade. Tampouco de suportar prejuízos decorrentes de supressões grandes que lhe imponham prejuízos ao cumprir o contrato. Ainda que tal seja mais adequado ao interesse público, uma vez que este não pode ser manejado ao ponto de levar a ruína do particular, em especial no caso de contratações administrativas, em que se consagra a manutenção da equação econômica financeira na condição de direito individual.

Resguarda, ainda, o erário da possibilidade do risco de contratações danosas em que contratos cuja execução tenha se tornado onerosa e, ainda assim, passassem a sofrer acréscimos ilimitados; em burla, diga-se, da licitação pública, que de modo geral é instaurada de forma coerente com a quantidade dos produtos e serviços a serem adquiridos pelo Poder Público. Tais limitações, contudo, precisam ser tomadas como certos temperamentos, como se demonstrará no tópico a seguir.

4. LIMITAÇÃO LEGAL PARA OS ACRÉSCIMOS QUALITATIVOS SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Diante das razões ligadas à finalidade da lei, nossa posição é que, *prima facie*, tantos os acréscimos qualitativos quanto os quantitativos devem ser pactuadas em obediência aos limites da Lei de Licitações.

Para os acréscimos quantitativos, contudo, pode-se sustentar razões mais fortes a que não se dêem acima dos limites indicados legalmente. Repugnaria ao senso comum e jurídico, por exemplo, a instauração de um procedimento licitatório para a construção de uma barragem e, após a contratação, acrescer ao objeto para que se construam duas barragens; ou, até mesmo, para que se construa uma barragem com o dobro do tamanho da licitada. Parece-nos que estaria desatendida noção de proporcionalidade entre os meios (a licitação para determinado objeto com respeito à qualificação técnica dos licitantes habilitados e classificados) e fins (o objeto propriamente que foi adjudicado segundo o edital). Por outro lado, o acréscimo acima desse limite não traria necessariamente um sacrifício a outro bem jurídico em ponderação. Isso porque a própria Lei de Licitações apresenta a possibilidade, dentro dos seus próprios lindes, de que determinado bem jurídico seja assegurado em situações onde a licitação seja inviável ou possa causar graves prejuízos ao atendimento ao interesse público. Para isso existe a contratação direta, desde que devidamente justificada.

Para os acréscimos qualitativos, por outro lado, desde que a contratação tenha obedecido a um projeto competentemente realizado, a situação pode ser diferente. Um determinado objeto licitado sob certos parâmetros, algumas vezes pode-se revelar de impossível ou inconveniente execução diante da realidade de campo ou, até mesmo, em razão da dinâmica do desenvolvimento de novas tecnologias. Para

o cumprimento do mesmo objeto, portanto, pode-se revelar necessária a adaptação do contrato mediante acréscimos ou supressões, algumas vezes acima dos limites impostos pela Lei.

Admitir acréscimos acima dos limites legais em tais casos, ainda assim, poderá abrir ensanchas a contratações ruinosas ao poder público. Por isso é preciso ponderar adequadamente essa necessidade com outros fatores. De modo geral, o mais aconselhável seria o a elaboração de um novo projeto e, assim, o encetamento de um novo certame. Mas nem sempre é possível a instauração de um novo certame, diante de circunstâncias ligadas à necessidade premente de entrega do objeto, aos custos e ao prazo, o que revela a necessidade de ponderação de inúmeros interesses em jogo.

Ponderamos ainda a possibilidade de que o vencedor do certame, o contratado, não tenha capacidade técnica de cumprimento desses acréscimos qualitativos no montante exigido pelo novo planejamento. Por isso mesmo é que se impõe que os acréscimos, mesmo qualitativos, mas acima dos limites legais, antes de tudo, sejam pactuados consensualmente com o contratado. Não aceitando este e, se assim impuser o interesse público, deve ser o contrato rescindido com a reparação das perdas e danos imputadas à parte que deu causa à rescisão.

Tais alterações acima dos limites previstos no art. 65 da Lei de Licitações (BRASIL, 1993) devem-se fazer para atendimento inequívoco do interesse público, como pode ocorrer em situação narrada por Marçal Justen Filho (2008, p. 741), ao tratar da necessidade de alteração do projeto inicialmente contratado:

(...) a al. 'a' dispõe sobre situações em que a execução de certo projeto evidenciava-se como inviável. É impossível manter a concepção original do empreendimento, eis que conduziria a resultado desastroso. Portanto, configura-se situação em que a

Administração tem o dever de promover a alteração. Omitir a modificação equivaleria infringir o princípio da indisponibilidade dos interesses fundamentais. Suponha-se que a modificação importe elevação de custos, superando o valor originalmente contratado em mais de 25%. (...)

Ou seja, é perfeitamente possível que a solução mais compatível com o princípio da economicidade seja a manutenção da contratação original, com as alterações necessárias e indispensáveis, ainda que tal importe superação do limite de 25%.

Ademais, em clara aplicação do **princípio da proporcionalidade**, o Tribunal de Contas da União exige que a adoção do acréscimo em percentual superior ao limitado pelo art. 65 da Lei de Licitações seja medida menos gravosa



diante da rescisão contratual e instauração de um novo certame.

Sendo assim, conquanto os acréscimos **qualitativos**, assim como os **quantitativos**, devam também estar limitados, em regra, aos percentuais estabelecidos em Lei, a jurisprudência da Corte de Contas firmou-se no sentido de aceitar que exclusivamente os acréscimos qualitativos ultrapassem aqueles limites, excepcionalmente e mediante as seguintes condições, servindo de *leading case* a Decisão n.º 215/1999-Plenário, nos seguintes termos:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, nos seguintes termos:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionálíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoa-

bilidade 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;

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 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 emergência; (...) (BRASIL, 1999)

Conquanto tais critérios definidos pelo TCU se apresentem como parâmetros bastante seguros, não são os únicos passíveis de serem avaliados pelo intérprete ao avaliar a possibilidade excepcional de empreender acréscimos qualitativos sobre os contratos administrativos. O certo é que avaliação de tal natureza, considerando os bens jurídicos em discussão, a exemplo dos que apresentamos aqui, precisam ser norteados sob o aspecto do **princípio da proporcionalidade**.

Em primeiro lugar, o exame de uma situação em concreto quanto à possibilidade de que os acréscimos qualitativos ultrapassem os limites legais, deve-se superar a análise da **adequação**, ou seja, deve-se evidenciar que isso, ao menos em tese e mediante uma avaliação antecedente à tomada da decisão, deverá ter aptidão suficiente para promover a finalidade buscada pela contratação. Em segundo lugar, é preciso identificar os direitos e interesses que serão restringidos pela medida, por exemplo, os direitos de possíveis licitantes que poderiam acorrer ao certame, a preservação do erário público e, conjugada a isso, a existência ou não de outras medidas menos restritivas a eles que sejam aptas a promover o mesmo fim. Somente se verificada a inexistência de um segundo meio menos gravoso e igualmente eficaz para atingir ao fim, será possível dizer que a medida restritiva é **necessária**. E, por fim, deve-se verificar se a medida é **proporcional em sentido estrito**, ou seja, as possíveis vantagens trazidas pelos acréscimos qualitativos acima dos limites legais precisam estar devidamente justificadas de acordo com a promoção do fim a que ela objetiva.

5. CONCLUSÕES

O objetivo deste trabalho foi contribuir para o estudo do tema dos limites impostos aos acréscimos e supressões sobre os objetos

de contratos administrativos, situando-o assim no universo da emergente teoria administrativista calcada na **teoria dos princípios** e na **constitucionalização do Direito Administrativo** que vem impondo uma releitura dos institutos do Direito Administrativo, tais como interesse público, legalidade, participação popular, prevalência dos direitos fundamentais, dentre outros. Sob essa perspectiva, propomos um primeiro passo para uma ressignificação das fontes doutrinárias e jurisprudenciais que há muito vêm norteadando a solução de problemas relativos à matéria especificamente aqui examinada. Conquanto os tradicionais aspectos doutrinários e jurisprudenciais funcionem como importantes tópicos argumentativos, devendo ser profundamente conhecidos pelo aplicador do direito, não podem ser tomados como critérios únicos e casuísticos a solucionarem os problemas verificados perante a realidade fática. Por isso é que a solução para os impasses que possam decorrer da aplicação da lei, as manifestações em concreto das colisões entre princípios, devem ser norteadas por um critério mais amplo do que o recurso simplesmente às fontes doutrinárias e jurisprudenciais, embora tragam elas argumentos tópicos importantes para tanto; deve-se recorrer ao postulado da proporcionalidade em seus aspectos da **adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**. Com isso, o aplicador do Direito deverá ter em mente que a solução para os casos em que se apresenta como via possível a adoção de acréscimos e supressões acima dos limites legais será norteadada por um critério restritivo ditado pela Lei de Licitações. Critério restritivo precário este, uma vez que caberá sua relativização, mediante circunstâncias excepcionais de variadas naturezas que se apresentarem no caso concreto e que, avaliadas sob o **princípio da proporcionalidade**, poderão ou não conduzir a superação do tópico legal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALTOUNIAN, Claudio Sarian. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: mar. 2011.
- _____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993, retificado em 6 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: mar. 2011.
- _____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1428/2003 – TCU – Plenário. Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Sessão de 24/09/2003, *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 out. 2003.
- _____. Acórdão n.º 1981/2009 – TCU – Plenário. Ministro Relator Valmir Campelo. Sessão de 02/09/2009, *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 set. 2009. Excerto do voto.
- _____. Acórdão 1200/2010 – TCU – Plenário. Ministro Relator Marcos Bemquerer. Sessão de 26/05/2010, *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 jun. 2010. Trecho do voto.
- _____. Decisão nº 215/1999 – TCU – Plenário. Relator Ministro Jose Antonio B. de Macedo. Sessão de 12/05/1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 maio 1999.
- DAVI, Kaline Ferreira. *A dimensão política da administração pública: neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.
- FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- _____. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- _____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e contratações administrativas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 54.

REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. Acréscimos e supressões contratuais. *Revista Zênite*: ILC de licitações e contratos, Curitiba, ano XVII, n. 191, p. 30, 2010.

NOTAS

- 1 Conceito magistralmente trabalhado por Kaline Ferreira Davi em trabalho intitulado A dimensão política da administração pública: neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização (Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 2008).
- 2 Tema desenvolvido por Germana de Oliveira Moraes, em sua obra Controle jurisdicional da administração pública. 2. ed. São Paulo, Dialética, 2004.
- 3 “A licitação é instituto que democratiza a administração dos bens, obras e serviços públicos porquanto: (a) torna o fornecimento e a alienação desses bens, a realização dessas obras e a prestação desses serviços acessíveis a todos, mediante procedimento seletivo disciplinado por normas que asseguram igualdade de participação; (b) sujeito a Administração Pública, na condução desse certame seletivo, a controles institucionais permanentes, tanto pelos cidadãos (ação popular), quanto pelo Poder Judiciário (mandados de segurança, medidas cautelares e ações ordinárias) e pelo Poder Legislativo (por intermédio dos Tribunais e Conselhos de Contas), o que enseja transparência.” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações administrativas. Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002, p. 11).
- 4 Lembremos que se registra importante corrente doutrinária representada por Humberto Ávila, que entende que proporcionalidade não se refere propriamente a um princípio, mas a um postulado normativo, porquanto são metanormas que estruturam a aplicação dos princípios e regras jurídicas. Corolário disso é que os postulados não podem ser propriamente violados, como ocorre com os princípios e regras. “A violação deles consiste na não-interpretação de acordo com sua estruturação.” (2006,p. 122).
- 5 No entender de Humberto Ávila, em indispensável obra, não se pode referir à proporcionalidade como princípio, mas como postulado, explicando que constituem metanormas de aplicação de outras normas no plano concreto. Mais adiante, diferencia o postulado da proporcionalidade de outros postulados: da justa proporção, da ponderação de bens, da concordância prática, da proibição do excesso e da razoabilidade. A justa proporção “exige uma realização proporcional de bens que se entrelaçam numa dada relação jurídica, independentemente da existência de uma restrição decorrente de medida adotada para atingir um fim externo”; a ponderação de bens “exige a atribuição de uma dimensão de importância de valores que se imbricam, sem que contenham qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio empregada no ato da aplicação”; a concordância prática “exige a realização máxima de valores que se imbricam, também sem qualquer referência ao modo de implementação dessa otimização, enquanto a proporcionalidade relaciona o meio relativamente ao fim, em função de uma estrutura racional de aplicação”; a proibição de excesso “veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim”; e a razoabilidade “exige, por exemplo, a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do Direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins”. (2006, p. 148 e 152).