

Parecer n.

Ementa: ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. ALTERAÇÃO QUALITATIVA. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS LIMITES FIXADOS NO ART. 65, §1.º, DA LEI N.º 8.666/93. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA DECISÃO PLENÁRIA N. 215/99.

Trata-se de consulta acerca da possibilidade de serem realizadas modificações qualitativas em contrato de execução de obras de construção de hospital estadual. Durante a vigência do contrato e execução das obras pactuadas, constatou-se a necessidade de adequação de diversos ambientes do hospital às novas diretrizes estabelecidas pelo Programa de Qualificação na Atenção à Saúde do SUS - QUALISUS, bem como para atender aos pareceres da Agência Estadual de Vigilância Sanitária - AGEVISA e às solicitações dos técnicos da Secretaria de Saúde.

Ocorre que o instrumento em apreço já sofreu diversos aditamentos, havendo atingido o limite de acréscimos estabelecido pelo art. 65, §1.º, 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 Contratos.

É o breve relatório.

Passo a fundamentar e opinar.

O objeto do presente parecer cinge-se a apontar a medida juridicamente correta para possibilitar a realização dos serviços de adaptação das obras de construção de hospital estadual às novas exigências do QUALISUS e da AGEVISA.

Dispõe o art. 65, I, a, da Lei n.º 8.666/93, a qual institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, que:

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;

Outrossim, dispõe o §1.º do mesmo dispositivo que:

§ 1.º 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.

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 qualitativas dos contratos (art. 65, I, a, da Lei n.º 8.666/93), significante parte da doutrina considera que tais limitações são incompatíveis com a própria natureza dessas modificações.

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:

Essa 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:

(...) sem embargo de a lei não fixar uma limitação incisiva, como fez, na alínea b (inciso I do art. 65), o contratante deverá balizar essa alteração dentro dos limites razoáveis e imprescindíveis, de modo a atender o interesse público. Deve haver demonstração cabal de que a modificação é necessária. A motivação é essencial¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello (In Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, 22 ed., p. 605), outrossim, afirma que:

Isso não significa, entretanto, total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, pena de burla ao instituto da licitação. Estas modificações só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, quando eventos supervenientes, fatores invulgares, anômalos, desconcertantes de sua previsão inicial, vêm a tornar inalcançável o bom cumprimento do escopo que o animara, sua razão de ser, seu “sentido”, a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações.

Ainda, Antônio Marcello da Silva (In Variação de quantidade e direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, RDA, 198/61) lecionada que, apesar de as modificações de projetos ou especificações não se sujeita-

¹ Mukai, Toshio. In Licitações e contratos público. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, 8 ed, p. 180.

rem a quaisquer limites qualitativos ou quantitativos, não podem afetar o objeto do contrato na sua essência.

É cediço, pois, que eventuais modificações de projetos ou especificações não podem ser de tal monta que alterem o objeto originalmente licitado a ponto de tornar-se completamente distinto.

Conforme o entendimento do Tribunal de Contas da União (Acórdão 2464/2008 - Plenário), alterações contratuais que modificam o objeto o licitado em sua essência e destoam da razoabilidade são incompatíveis com o consignado no art. 65, I, a, da Lei n.º 8.666/93, maculam o princípio constitucional da igualdade – vez que impede outros competidores de habilitarem-se para executar a obra – e o princípio da economicidade – pois nem sempre a continuidade do contrato é vantajosa para a Administração Pública. Em casos tais, deve ser realizado um novo processo licitatório para a execução do novo objeto.

Jorge Ulisses Jacoby (In Vade-Mécum de Licitações e Contratos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, 3 ed, p. 874 e 876) colaciona outras decisões do Tribunal de Contas da União no mesmo sentido:

Contrato – alteração – do objeto – ilegalidade

Nota: o TCU considerou irregular a assinatura de Termo Aditivo cujo objeto, pelas suas características não guarda semelhança com o do contrato original, reclamando, na realidade nova licitação.

Fonte: TCU. Processo n.º 014.681/95-1. Decisão n.º 063/1997 – Plenário.

Contrato – projeto executivo – alteração – nova licitação

TCU orientou: “...Atentar para que toda alteração de projeto executivo de obra seja devidamente justificada, com todos os elementos técnicos necessários, detalhados suficientemente para avaliação e aprovação pela autoridade competente, da mesma forma em que são analisados os elementos do projeto básico, previstos no art. 6, inciso IX da Lei 8.666/93;

Atentar para que eventuais alterações de projeto executivo de obra observem as condições especiais previstas no art. 65, da Lei 8.666/93, e para que, havendo alterações de projeto que impliquem em modificação na natureza ou dimensão do objeto

contratado, elas devem ensejar a realização de novo procedimento licitatório...”

Fonte: TCU. Processo n.º TC-015.875/2003-6. Acórdão 219/2004 – Plenário.

Ainda, ressalte-se que o Tribunal de Contas da União considera que a alteração contratual qualitativa deve ser “um fato rigorosamente excepcional e de alcance apenas residual” (Decisão Plenária 702/2008).

É o que se infere, também, do voto revisor do Ministro Adylson Motta, extraído de debate provocado por consulta feita ao Tribunal de Contas da União por um ex-Ministro de Estado, cujas conclusões do debate geraram a Decisão nº 215 - Plenário, de 12/05/1999:

As modificações qualitativas devem ser decorrentes de fatos supervenientes que impliquem em “dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião do pacto inicial”, devendo corresponder ainda a uma alteração de circunstâncias fáticas levadas em consideração por ocasião da avença. A Administração há que também evidenciar que “a solução localizada na fase da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada”. No entanto, a modificação decorrente não pode ser de vulto tal que venha a transfigurar o objeto original em outro, frustrando os princípios da obrigatoriedade de licitação e da isonomia.

Depreende-se, então, que, se a alteração pretendida no caso - denominada qualitativa - for de tal vulto que modifique o objeto da licitação, não se enquadra nas situações em que se permitem a extrapolação dos limites previstos no art. 65, §1.º, da Lei n.º 8.666/93.

Na Decisão Plenária n. 215/99, o Tribunal de Contas da União entendeu ser facultado à Administração ultrapassar aqueles limites, desde que, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratado, sejam satisfeitos, cumulativamente, alguns pressupostos. *In verbis*:

8. Decisão: 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 (...) 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 excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

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 conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público pri-

mário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimo a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Assim, no caso em riste, deve o setor técnico do órgão responsável pela gestão do contrato avaliar se todos os serviços necessários à adequação das obras de construção do hospital às novas exigências do QUALISUS e da AGEVISA preenchem os requisitos exigidos pelo Tribunal de Contas da União, arrolados na supratranscrita Decisão n. 215/99.

Caso positivo, poderá haver a “modificação do projeto ou das especificações” do contrato, “para melhor adequação técnica aos seus objetivos” (art. 65, I, a, da Lei n.º 8.666/93) e consequente observância do interesse público.

Ademais, no caso de a situação em tela não estar em conformidade com todos os requisitos exigidos pelo Tribunal de Contas da União, na Decisão n. 215/99, deve ser realizado um novo processo licitatório para que se viabilize a execução dos serviços necessários.

Ante todo o exposto, opino no sentido de que, constatado por laudo técnico que os requisitos exigidos pelo Tribunal de Contas da União, na Decisão n. 215/99, estão presentes nas alterações a serem realizadas no contrato em apreço, pode haver a “modificação do projeto ou das especificações” do mencionado contrato, “para melhor adequação técnica aos seus objetivos” (art. 65, I, a, da Lei n.º 8.666/93). A *contrario sensu*, aquelas que assim não se caracterizem, devem submeter-se a um novo processo de licitação.

À apreciação da Autoridade Superior.

João Pessoa, 9 de novembro de 2009.

CAMILA AMBLARD

Procuradora do Estado