

**OBRAS – ALTERAÇÃO CONTRATUAL – SUPERAÇÃO DO ACRÉSCIMO DE 25%
ADMISSIBILIDADE EM FACE DA ECONOMICIDADE
TUTELA DO INTERESSE PÚBLICO**

Celso Antônio Bandeira de Mello

Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC – SP

Dersa – Desenvolvimento Rodoviário S.A., expõe-nos os fatos abaixo, acosta documentos instrutórios e formula a seguinte

CONSULTA

“1. O Dersa celebrou 6 (seis) contratos para a construção das obras do Trecho Oeste do Rodanel, todos eles resultantes de concorrência pública. Os preços obtidos em concorrência foram muito inferiores àqueles orçados pelo Dersa, conforme demonstrado na documentação anexa, o que não impediu as contratações, em virtude de permissivo legal. As obras contratadas se encontram em adiantado estágio de execução.

2. No desenvolvimento dessas obras, a ocorrência de fatores supervenientes ou supervenientemente descobertos e imprecisões do projeto básico vêm implicando em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião das contratações iniciais, fatos estes descritos no relatório técnico, ora anexo.

3. Os fatos mencionados vêm acarretando a necessidade de execução de serviços não previstos originalmente, ou, se previstos, em quantidades superiores àquelas estabelecidas nos contratos, todos, no entanto, necessários à completa execução do objeto dos contratos.

4. Tais fatos não transfiguram o objeto dos contratos em outro de natureza e propósitos diversos.

5. Tais fatos, porém, implicam em acréscimo de verba aos contratos, que extrapola os limites legais mencionados na Lei federal nº 8.666/93 e suas alterações. Não obstante, mesmo com esse acréscimo de verba, o valor dos contratos se mantém inferior àqueles orçados pelo Dersa, em 1997, para a realização da concorrência.

6. Tais acréscimos, contudo, se realizados, serão efetuados mantendo-se os mesmos preços unitários contratuais para as quantidades adicionais dos serviços previstos, e pela aplicação de preços unitários negociados para os serviços

não previstos, preços estes estabelecidos ao nível dos valores praticados pela contratada nos seus respectivos contratos do Trecho Oeste (inferiores aos de mercado).

7. Até o presente estágio de construção, não foram superados os valores contratuais.

8. A eventual interrupção das obras, por qualquer que seja o motivo, causará prejuízos de monta, não só ao empreendimento como também à coletividade.

Indaga-se:

I – É viável, juridicamente, para o término das obras, a celebração de aditivos aos contratos mencionados, em percentual superior aos 25% previstos em lei?

II – No caso da necessidade de novas licitações, como deverá ser considerado o aspecto da responsabilidade civil decorrente do fato de uma determinada obra ser iniciada por uma contratada e terminada por outra?”

Às indagações respondo na forma que segue.

PARECER

1. Não é doutrinariamente pacífico o entendimento quanto às possibilidades de ser superado, nos contratos administrativos, o limite de 25% de seus valores originais. Há desacordos vários na inteligência da disciplina que a Lei nº 8.666, de 21.6.93, outorga à questão.

A matéria está regulada no art. 65, de acordo com o qual:

“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 de 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:

.....

II – as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes”.

2. Em face do aludido texto trata-se de saber, desde logo, qual o seu alcance, isto é, a que universo está reportada a limitação dos 25% ou 50% (conforme o caso): a toda e qualquer alteração contratual decidida unilateralmente ou a uma espécie delas? Em seguida, cumpre questionar:

no âmbito de aplicabilidade da referida limitação, não haverá jamais possibilidade de ser ultrapassada ou podem concorrer circunstâncias peculiares que franqueiem sua interdição?

Com relação ao primeiro tópico, em obra teórica, deixamos averbado o seguinte:

“Note-se que a vedação contida no § 2º do art. 65 da Lei nº 8.666 – a de exceder os 25 ou 50% – está reportada tão-somente à alteração unilateral a que se remete *a letra b do inc. I* (‘quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei’, os quais estão fixados no § 1º. Não diz respeito, pois, ao que está mencionado na letra *a* (‘modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos’).

De fato, o § 2º do art. 65 (que declara inaceitáveis quaisquer acréscimos ou supressões excedentes dos limites fixados) se remete expressamente ao parágrafo anterior. Ora, neste, ou seja, no § 1º, está estabelecido que o contratado fica ‘obrigado a aceitar *acréscimos* ou *supressões* que se fizerem nas obras, serviços ou compras’ até 25% ou, no caso de reforma, 50%. Portanto, ambos os parágrafos (1º e 2º) estão reportados a ‘acréscimo’ ou diminuição: expressões idênticas ou equivalentes às utilizadas na letra *b* do art. 65, I (‘acréscimo ou diminuição’), que é o que trata de alteração de quantitativos. Demais disto, é também nesta letra *b* – e *unicamente nela* – que se faz referência a ‘nos limites permitidos por esta Lei’ – expressão que *inexiste* na letra *a* (que trata de ‘modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos’). Esta inclusão dos limites em uma e exclusão em outra não pode ser desconsiderada.

Isto não significa, entretanto, total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, pena de burla ao instituto da licitação. Estas 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” (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 13ª ed., 2001, pp. 566/567).

3. De resto, o eminentíssimo Caio Tácito (parecer, *RDA* 198, pp. 363 e ss.) já sustentara que os limites a que se reporta a lei, inclusive, pois, em seu § 2º, I, atinam à hipótese de modificações meramente *quantitativas*, que são as mencionadas na letra *b* do art. 65, I; não, porém, em relação às *qualitativas*, é dizer, às contempladas na letra *a* do art. 65, I (modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos), as quais, em sendo necessárias para a “plena consecução da finalidade do contrato”, são admissíveis. Disse o referido juspublicista:

“As alterações quantitativas do contrato, objeto do capítulo anterior, são manifestações unilaterais da Administração, por motivo de conveniência do serviço, que podem processar, dentro dos limites permitidos, sem que se modifiquem as especificações do contrato e os critérios definidos nas planilhas que o integram. A ordem a ser emitida, de obrigatório acatamento pelo contratado, pressupõe, nos explícitos termos da lei, o atendimento das ‘mesmas condições contratuais’” (parecer, *RDA*, pp. 365/366).

E mais adiante:

“As alterações qualitativas, precisamente porque são, de regra, imprevisíveis, se não mesmo inevitáveis, não têm limite preestabelecido, sujeitando-se a critérios de razoabilidade, de modo a não se desvirtuar a integridade do objeto do contrato” (loc. cit., p. 366).

Igualmente Marçal Justen Filho, um dos mais renomados monografistas brasileiros em tema de licitação e contratos, em minucioso estudo publicado no *Informativo Licitações e Contratos – ILC* (ago. 1997, nº 42, pp. 605 e ss.), adotou a mesma orientação, como se vê no texto abaixo transcrito:

“O texto da alínea *a* não alude diretamente a qualquer limite de valor. É na alínea *b* que consta expressa previsão de que as modificações quantitativas não poderão superar os limites previstos na lei. Ora, o dispositivo que estabelece tais limites é o parágrafo do mesmo art. 65. Logo, os §§ 1º e 2º do art. 65 referem-se, a meu ver, à hipótese da alínea *b* do inc. I. A previsão da alínea *a* não se relaciona com limites quantitativos – mesmo porque se relaciona com alterações qualitativas” (p. 610).

Esta intelecção conta com o aval de inúmeros reputados administrativistas, quais, *exempli gratia*, Antonio Marcello da Silva (“Alteração de projeto, variação de quantidades e direito ao equilíbrio financeiro do contrato”, *RDA* 198, out./dez. 1994, em especial pp. 64 e 65), Marcio Cammarosano (“Aumentos quantitativos e qualitativos do contrato e limites do art. 65 da Lei nº 8.666/93”, *in ILC – Informativo Licitações e Contratos* nº 41, jul. 1997, pp. 520 a 523) e Floriano de Azevedo Marques Neto, em cuidadoso parecer sobre esta questão específica (“Contrato administrativo: superveniência de fatores técnicos dificultadores da execução da obra. Inaplicabilidade dos limites de 25% de acréscimos”, *BDA – Boletim de Direito Administrativo* nº 2/98, Ano XIV, Editora NDJ, São Paulo, sobretudo pp. 112 a 114).

4. Restaria ver se, a despeito do radicalismo da linguagem do § 2º, haveria algum ou alguns casos em que, mesmo não havendo alteração do projeto, mas simples aumento quantitativo do objeto, seria de aceitar ultrapassagens do limite de 25%, como único meio de evitar que o encerramento prematuro do contrato viesse a ser causa de dispêndios ainda maiores e de retardamento da satisfação do interesse público nele buscado.

5. Para iluminar a resposta a este questionamento convém trazer à balha lição, sempre lembrada, do eminente Carlos Maximiliano:

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis” (*Interpretação e Aplicação do Direito*, Livraria do Globo, 2ª ed., 1933, p. 183).

Black, o sumo mestre de exegese, também nos oferece equivalente ilustração, nos seguintes termos:

“Presume-se que o Legislativo não pretende absurdos e (presume-se) que consequências absurdas não resultam de suas disposições. Portanto, por uma razoável interpretação da lei, tal resultado deve ser evitado, se os seus termos o admitem” (*Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, West Publishing, 1896, p. 104).

E logo além, à mesma página:

“A presunção contra consequências legais absurdas é, pois, nada mais que a presunção de que os legisladores são dotados de um bom senso normal”.

6. De outra feita, salientamos que de um dispositivo legal não se podem extrair nem resultados alheios à razão de existir da norma, nem que prejudiquem desnecessariamente interesses, maiormente quando públicos, se disto não resultar proveito para quem quer que seja, nem que conduzam a incongruências ou ilogismos.

Tanto isto é verdadeiro que doutores de contestada autoridade, com fundamentação teórica mais ou menos extensa, mais ou menos explícita, indicam claramente que não se pode perder de vista a razão de existir de determinada regra, o espírito que a informa, advertindo, conseqüentemente, contra a erronia de recebê-la como um “tabu”, pena de chegar a resultados incompatíveis com os seus fundamentos e com a própria lógica que lhe deve presidir o exame.

Recaséns Siches, com indiscutível acerto, averbou:

“A norma legislativa se formula em termos gerais, porém quem a formula tem em mente um determinado tipo de casos, bem reais, dos quais teve experiência, ou tem mentalmente antecipados por sua imaginação, em relação aos quais pretende que se produza um determinado resultado, precisamente porque considera este resultado o mais justo.

Então resulta evidente que o juiz, ante qualquer caso que se lhe apresente, tem, antes de tudo, que verificar mentalmente se a aplicação da norma, que em aparência cobre dito caso, produzirá o tipo de resultado justo em que se inspirou a valoração que é a base daquela norma. (...) Se, o caso que

se coloca perante o juiz é de um tipo diferente daqueles que serviram como motivação para estabelecer a norma e se a aplicação dela a tal caso produziria resultados opostos àqueles a que ela se propôs, ou opostos às conseqüências das valorações em que a norma se inspirou, entendo que se deve considerar que a norma não é aplicável àquele caso” (Luis Recaséns Siches, *Filosofia del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2ª ed., 1961, p. 659).

A recíproca, a toda evidência, é igualmente verdadeira. O mesmo iluminado jurista o demonstra com um exemplo de grande força aliciante, ao defender, como critério interpretativo do Direito, a aplicação de sua “lógica do razoável”. Eilo, nas palavras daquele reverenciado mestre:

“Na plataforma de embarque de uma estação ferroviária da Polônia havia um letrreiro que transcrevia um artigo do regulamento ferroviário cujo texto rezava: ‘É proibido passar à plataforma com cachorros’. Ocorreu certa vez que alguém ia penetrar na plataforma acompanhado de um urso. O funcionário que vigiava a porta lhe impediu o acesso. A pessoa que se fazia acompanhar do urso protestou dizendo que aquele artigo do regulamento somente proibia ingressar na plataforma com cachorros, não porém com outra espécie de animais; deste modo surgiu um conflito jurídico centrado em torno da interpretação daquele artigo do regulamento (...).

Com as obras de Aristóteles, de Bacon, de Stuart Mill, de Sigwart, ou inclusive com as de Husserl em mãos, não se encontraria maneira de converter um urso em um cachorro, e teríamos que dar razão ao obstinado camponês que queria entrar na plataforma com o urso.

Entretanto, não só o jurista, mas, inclusive qualquer leigo em matéria de Direito, porém dotado de senso comum, haveria de reputar como descabelada esta interpretação, ainda que ela seja incontrovertivelmente correta, a única absolutamente correta, do ponto de vista da lógica tradicional. Este caso, certamente tão simples, constitui um impressionante sintoma do fato de que, pelo visto,

a lógica tradicional é inadequada, ao menos em parte, para iluminar-nos na interpretação do conteúdo dos preceitos jurídicos.

A contemplação deste caso nos sugere irresistivelmente as veementíssimas suspeitas de que há problemas de interpretação jurídica para os quais a lógica tradicional não nos serve; antes, produz conseqüências disparatadas. Por quê? Porque a lógica tradicional é meramente enunciativa do ser e do não ser, porém não contém pontos de vista de valor, nem apreciações sobre a correção dos fins, nem sobre a congruência entre meios e fins, nem sobre a eficácia dos meios em relação a um determinado fim” (ob. cit., pp. 645/646).

7. O nunca assaz citado Black, em seu vistoso e monumental estudo sobre a *Interpretação das Leis*, obra justamente merecedora da consagração que recebeu e recebe, proferiu a propósito a seguinte sintética e esclarecedora lição:

“Uma lei deve ser interpretada em consonância com seu espírito e razão; as Cortes têm poder para declarar que um caso conformado à letra da lei não é por ela alcançado quando não esteja conformado ao espírito e à razão da lei e da plena intenção legislativa” (Edward Campbell Black, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, West Publishing, St. Paul, 1896, p. 48).

Citando decisão da Suprema Corte americana, o referido jurista transcreve-lhe as seguintes considerações que calham à fiveleta para fundamentar a posição que vimos de expor com relação ao tema examinado:

“É uma regra cediça a de que algo pode estar conforme à letra de uma lei e, entretanto, não com a própria lei, porque não está conforme ao seu espírito nem com o de seus autores. Isto tem sido freqüentemente afirmado e os repertórios estão repletos de casos ilustrativos de sua aplicação. Isto não é a substituição da intenção do juiz pela do legislador; pois, freqüentemente, palavras de sentido geral são usadas em uma lei, palavras amplas o bastante para abarcar o ato em questão, e, todavia, a consideração da legislação em sua totalidade, ou das circunstâncias que envolvem sua produção *ou dos*

resultados absurdos que promanariam de se atribuir tal sentido amplo às palavras, fazem com que seja descabido admitir que o legislador pretendeu nelas abranger o caso específico” (Rector of Holy Trinity Charch v. U.S.) (grifos nossos).

De resto, Celsus, em antiqüíssima lição, advertiu:

“Scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem” (*Digesto*, Livro I, Tít. III, frag. 17).

Deveras, o conhecimento das leis não é o da simples dicção de suas palavras, mas o da força que traduzem. É possível obedecer formalmente a um mandamento, mas contrariá-lo em substância, pois *littera enim occidit spiritus autem vivificat* (São Paulo aos Coríntios, Epístola II, Capítulo III, vers. 6). Assim, o espírito da regra é o que lhe dá vida, já que a literalidade dela pode, pelo contrário, fazer perimir seu sentido em dados casos concretos.

8. Com estribo nestas doutas lições considera-se que tanto nos casos da letra *a* do art. 65, quanto nos da letra *b* cabe superação dos limites percentuais estabelecidos na Lei nº 8.666, desde que presentes determinados pressupostos.

Isto porque ninguém, em juízo medianamente equilibrado, imaginaria razoável, conformado ao interesse público ou mesmo possível, que o desiderato legal fosse o de obrigar a Administração a rescindir um contrato, indenizar o contratado, retardar a conclusão de obra necessária para a coletividade e abrir licitação com as inerentes delongas para travar novo contrato destinado a concluir obras dessarte interrompidas, fazendo-o, segundo as mais veementes probabilidades, *por um custo muito maior do que aquele em que incidiria* (mesmo não computada a despesa com a indenização pela ruptura contratual) se aditasse o contrato em vigor, mesmo com superação dos 25% originais, com vistas a acobertar gastos implicados por aumentos de quantitativos causados *por fatores supervenientes ou apenas supervenientemente descobertos*. Absurdo desta ordem ninguém sufragaria e, portanto, ninguém poderia imputá-lo à lei, que isto equivaleria inculcar insensatez ao legislador, procedimento defeso ao intérprete.

9. Antonio Carlos Cintra do Amaral, em estudo de mão e sobre mão (*Ato Administrativo, Licitação e Contrato Administrativo*, Malheiros, 1995, pp. 122/135), anotou que estando em curso obra cuja continuidade e conclusão demande superar os limites percentuais de valor mencionados na lei, não se poderia ficar apenas com as alternativas de “(a) desistir de realizar a obra; ou (b) modificar o projeto, abrir outra licitação e efetuar nova contratação”. Ponderou o eminente autor que:

“A primeira decisão pode contrariar ‘o interesse coletivo primário’ na medida da necessidade ou indispensabilidade da obra. A segunda pode ferir o princípio constitucional da economicidade, quer por acarretar custos extraordinários decorrentes da paralisação da obra, quer por conduzir a uma contratação mais cara. Provocaria atraso considerável nos prazos previstos e poderia, ainda, gerar dificuldades operacionais, na hipótese de o novo contratado não ser o mesmo (remanejamento dos canteiros de obras, por exemplo). Além do mais, há que analisar o impacto econômico da rescisão do contrato, em termos de possíveis indenizações a serem pagas ao contratado”.

Daí sua inobjetável conclusão:

“Tal situação, que a Administração costuma enfrentar na prática, evidencia que o limite legal de 25% (vinte e cinco por cento) para extensões contratuais, examinado à luz de sua *ratio*, constitui regra geral, que comporta exceções” (loc. cit., p. 132).

O referido jurista exemplifica com as seguintes situações:

“A modificação do projeto pode acarretar extensões contratuais independentemente de o fato motivador ser superveniente ou de conhecimento superveniente. Por outro lado, esse fato tanto pode ser um fato da natureza quanto outro, como alteração da configuração urbana de Municípios a serem atravessados por uma rodovia, alteração essa posterior à elaboração do projeto e que torne impossível ou excessivamente onerosa a observância do traçado previsto; alteração de legislação federal, estadual ou municipal que impeça a execução do projeto tal

como inicialmente concebido; ou reivindicação político-social com vista à preservação do meio ambiente, todos fatos extrínsecos à relação contratual” (loc. cit., pp. 128/129).

Pela linha de fundamentação desenvolvida por este ilustre jurista ao longo do trabalho citado – busca do interesse público primário, sem apego fetichístico à literalidade da lei, mas com deferência ao seu “sentido”, além de cauteloso resguardo dos valores que esta se propõe a colocar a bom recato – haver-se-á de depreender que não adcreveria uma possível superação dos limites referidos apenas aos casos de “modificação do projeto” (hipótese da letra *a* do art. 65, inc. I) mas, até mesmo, aos de “acréscimo ou modificação quantitativa do objeto” (hipótese da letra *b*). Com efeito, assim como fatores desconcertantes da previsão inicial podem provir da necessidade de alterações no projeto inicial como nos casos acima referidos, podem não demandá-las e implicar simplesmente em aumento de quantitativos excedentes dos 25%, razão pela qual, em tais situações, ter-se-á igualmente de aceitar que sejam superáveis.

10. De outra parte, também não há duvidar que falece à Administração, por si só ou em concordância com o contratado, a possibilidade de promover acréscimos contratuais ao bel-prazer de um ou de ambos. É óbvio que, se isto fosse admissível, o princípio da probidade administrativa, tanto como o da busca do negócio mais vantajoso ou o da igualdade entre os licitantes seriam peremptos.

Eis, pois, que é lícito concluir que a possibilidade de superação dos 25% do valor do contrato (ou 50% no caso de reformas) só ocorrerá em situações anômalas. As situações a que aludimos, desde logo, são, evidentemente, aquelas em que o contrato não pode desenvolver-se em sua normalidade. Certos fatores invulgares, anômalos, desconcertantes de sua previsão inicial – portanto, que não haviam sido inicialmente supostos ou que lhe são supervenientes – 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. Estas, *em dadas circunstâncias* que a seguir referiremos, ensejarão que, à vista destes

pressupostos (eventos não previstos e muitíssimas vezes imprevisíveis), seja excedido ou reduzido o valor do contrato em mais do que 25% (ou 50%, no caso de reformas).

A nosso ver, os mesmos critérios exegéticos a que dantes se aludiu – busca do “sentido”, do “espírito” da norma, isto é, do bem jurídico que ela se propôs a colocar a bom recato – tanto servem para reconhecer que o limite de 25% de incremento no valor inicial do contrato nem sempre deverá ser tido como insuperável, quanto para orientar o reconhecimento do tipo de situações em que isto é admissível.

Dessarte, a qualquer intérprete assisado aparecerá claro que o objetivo das vedações contidas no art. 65 e seus parágrafos é *coartar liberdade do Poder Público* para, isoladamente ou em acordo com o contratado, ultrapassar, ao exclusivo alvedrio de um ou de ambos, os limites estatuídos naquele regramento, e não o de *proibir-lhes que o façam perante circunstâncias peculiares, anômalas, isto é, quando fatores supervenientes ou apenas supervenientemente descobertos tornem inevitável excedê-los para cumprimento do objeto contratual*.

Busquemos elucidar que circunstâncias são estas, reputáveis como situações anômalas, excepcionais, justificadoras ou, até mesmo, em alguns casos, visivelmente impositivas, de ultrapassagem dos limites em causa, para correto atendimento do interesse público primário.

11. Desde logo, a superação referida seria cabível na hipótese:

a) das *sujeições imprevistas*, perante as quais, seja no caso de mera alteração de quantitativos (letra *b* do art. 65), seja no caso de modificação no projeto (letra *a* do art. 65), parece-nos óbvio que não poderia prosperar a limitação de incremento do valor contratual. Este é, dentre todos, o mais evidente dos casos. Sujeições imprevistas são dificuldades naturais, materiais, isto é, de fato, “que dificultam ou oneram a realização de uma obra contratada, as quais ainda que preexistentes, eram desconhecidas ou, ao menos, se conhecidas, não foram dadas a conhecer ao contratado ou o foram erroneamente, quando do estabelecimento das condições determinantes do contrato ...” (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 578).

Assim, a existência de um perfil geológico diferente daquele constante dos dados oferecidos pela Administração e que levante dificuldades suplementares, insuspeitadas, para a execução do contrato ou que lhe imponha aumento de quantitativos nos trabalhos requeridos, acarretando, então, dispêndios não previstos, é um caso típico desta figura. Estas “sujeições”, conforme palavras de Vedel, constituem-se em “dificuldades de ordem material que as partes não podiam prever e que fazem pesar uma carga grave e anormal para o empreendedor (p. ex., encontro de um lençol d’água insuspeitado na escavação de um túnel)” (*Droit Administratif*, 3ª ed., Presses Universitaires de France, 1964, p. 634).

As “sujeições imprevistas” têm seu domínio de aplicação, por excelência, nos contratos de obras públicas. Como esclarece Benoît, diferem da hipótese específica da teoria da imprevisão, em que, nesta última, o que altera o equilíbrio contratual são “circunstâncias, incidentes econômicos”, ao passo que nas sujeições especiais o contratante choca-se com “fatos materiais, incidentes técnicos” (*Le Droit Administratif Français*, Dalloz, 1968, p. 626). Deveras, se, conforme se buscou demonstrar trazendo à colação (nos itens 5 a 7) lições de hermenêutica extraídas de eminentíssimos mestres – haveriam de ser admitidas ditas superações até mesmo no caso de meros acréscimos (ou supressões) de quantitativos, em despeito da cortante linguagem legal em contrário, *a fortiori*, teriam de ser aceitas perante hipóteses configuráveis na intimidade da idéia de “modificação de projeto” ou “de suas especificações”, em relação às quais a lei não se contrapôs.

b) também parece claro o cabimento da ultrapassagem dos limites referidos quando o projeto inicial ou suas especificações devam ser modificados, “para melhor adequação técnica aos seus objetivos” (letra *a* do art. 65 da Lei nº 8.666) em decorrência de *eventos supervenientes*, por força dos quais os termos iniciais do projeto se tornaram defasados, inadaptados a circunstâncias novas, emergentes, de tal sorte que, se não houver alterações nele e ou em suas especificações frustrar-se-ão os objetivos que o contrato visara quando de seu travamento, ou, quando menos, revelar-se-ão insuficientes para acobertar a necessidade pública que se dispunha a suprir.

Assim, se o panorama urbanístico ou suas implicações se modificaram após a elaboração dos estudos e coletas de dados informadores do projeto básico, disto resultando que as soluções previstas não mais serão utilizáveis para dar solução às obrigações contratuais ou suficientes para atender-lhes a finalidade, cumpre alterar o projeto, inclusive, em sendo necessário, com a inclusão de obras complementares idôneas ao asseguramento da finalidade contemplada no contrato.

c) igualmente terão de ser admitidas quando, em razão de falha grave, não detectável facilmente, no projeto informador da licitação os quantitativos nele contemplados se revelem insuficientes ou as soluções técnicas presumidas se demonstrem inviáveis, exigindo alteração de uns ou de outros para cumprimento do escopo contratual.

12. Evidentemente, se o projeto básico houver sido elaborado com grande esmero e razoável precisão, a margem de erro na avaliação dos quantitativos será modesta e conter-se-á certamente dentro dos 25% supostos no § 1º do art. 65. Pelo contrário, se o projeto básico foi excessivamente genérico ou se incorreu em falhas sérias em suas estimativas, se conteve indicações inexatas, dados incorretos em relação aos quantitativos envolvidos ou se por força de seus elementos alimentou a proposta de certas soluções técnicas e não de outras que seriam as adequadas ou até mesmo inafastáveis ante a situação fática real, ocorrerá um descompasso grande entre o inicialmente previsto e aquilo que terá de ser feito para cumprimento da finalidade contratual, seja no que concerne às obras previstas, seja no que atina aos quantitativos originais e o mais que fosse necessário para cumprimento do objeto do contrato. Falhas desta ordem muitas vezes acarretarão a inevitabilidade de superarem-se os limites de 25% ou 50%, pena de interrupção da obra em curso, rescisão do contrato, pagamento de perdas e danos ao contratado, instauração de novo certame licitatório com o inevitável retardamento da satisfação do interesse público e o dispêndio de importâncias maiores que as demandadas para as correções devidas.

Bem se vê que em situações deste feitio estar-se-á perante circunstância anômala e espe-

cialíssima, porquanto erros de tal monta são (ou ao menos é de presumir que o sejam) verdadeiramente excepcionais, por exibirem autêntica patologia nos dados informadores da licitação, que geram efeitos transtornadores da normalidade da execução contratual.

13. Assim, uma vez presentes as situações anômalas, especialíssimas, a que se fez alusão, nada concorre contra a ultrapassagem dos limites previstos no § 1º do art. 65; antes e pelo contrário militam razões de tomo para que sejam aceitas. Não haverá, aí, ferimento ao princípio da igualdade, pois todos os que disputaram o certame fizeram-no sob determinadas condições e a quem quer que fosse o vencedor aplicar-se-iam as mesmas eventualidades de superação dos limites referidos no § 1º do art. 65, perante as circunstâncias aludidas. Não há ferimento ao princípio da busca do negócio mais vantajoso às conveniências públicas por serem precisamente elas que reclamam dita superação. Não há, igualmente, ofensa ao princípio da proibidade administrativa porquanto, conforme dito, as autoridades públicas, em comum acordo com os contratados, não têm liberdade para agir ao seu sabor nas ampliações mencionadas, já que só poderão fazê-lo ante hipóteses do gênero indicado. A possibilidade de agravos à proibidade nestas situações não é distinta da que pode irromper na grande maioria dos atos administrativos, inexistindo, pois, o que a peculiarizasse em confronto com quaisquer outras.

14. Posto que o norte de toda e qualquer decisão administrativa invariavelmente haverá de ser o interesse público – se este aconselha determinada providência confortada explicitamente na dicção legislativa ou no espírito que a informa – *é ela que terá de ser tomada*, ainda quando a solução conveniente e adequada assim se tenha apresentado como decorrência de comportamento administrativo anterior falho e censurável. É por tal razão que em tais casos poderá não haver outra solução conveniente ou mesmo indispensável senão superar os quantitativos mencionados no § 1º do art. 65.

Encareça-se que o fato de o interesse público haver sido inadequadamente curado em dada oportunidade não postula que, em ocasião sucessiva, seja postergada a solução mais obse-

quiosa àquele interesse. A procedência de tal assertiva transparece ao se fazer um paralelismo com outra espécie de situação, mas na qual também se reproduz a necessidade de adotar providência de exceção motivada por conduta administrativa precedente merecedora de censura. Perante “casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência no atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares” (art. 25, IV, da Lei nº 8.666), evidentemente a Administração deverá dispensar a licitação e realizar o contrato necessário para obviar incontinenti a sobredita situação danosa, *ainda que ela tenha irrompido como fruto de grave negligência em preveni-la a bom tempo*. Ou seja, o fato de a Administração haver descuidado em contratar tempestivamente, mediante licitação (como devido), as obras ou serviços que (se procedidas na época azada), teriam inibido a eclosão de evento exigente de providências ágeilas, não seria razão prestante para deixar de acudir, *mediante contratação direta*, o interesse público cujo provimento é de seu dever e que de outro modo soçobriria.

Claro está, de outro lado, que falhas tais como as referidas, se não foram fruto de circunstâncias releváveis, oriundas de fatores meramente ocasionais dirimentes de comprometimento do servidor, ou ligados a uma intrínseca deficiência do aparelho administrativo como um todo, acarretarão responsabilidade do agente ou agentes responsáveis, quando reveladoras de culpa ou dolo.

O CASO CONCRETO

15. O consulente esclarece que a necessidade de aditamentos de valor excedentes de 25% para conclusão dos contratos de construção do Trecho Oeste do Rodoanel deveu-se à necessidade de dispêndios suplementares ocasionados por fatores de diversa ordem, conforme minuciosa explicação constante de relatório técnico acostado à consulta. Tais dispêndios suplementares decorreriam de razões que, do modo o mais sintético possível, poderiam ser resumidas no seguinte modo:

a) haver-se tornado incontornável a prática de distâncias bem maiores que as supostas no

projeto básico para aceder a jazidas de solos onde se captaria material destinado a aterros e pavimentos, assim como para as áreas de botafora de materiais excedentes e inservíveis das escavações; isto ocorreu tanto porque as disponibilidades de áreas tecnicamente adequadas para tais finalidades já haviam sido ocupadas, por força de uma rapidíssima e abrangente expansão urbana que tornou desatualizada a previsão inicial, quanto porque as estimativas constantes do projeto básico relativas à capacidade das jazidas de solos e das áreas de botafora, desde o início, não estavam corretas e se revelaram inteiramente insuficientes, aquém das necessidades que deveriam atender;

b) descompasso acentuado entre as informações constantes do projeto básico e a realidade no que concerne a quantitativos, pois foram encontrados grandes volumes adicionais de solos moles, inadequados para permanecer sob os aterros da rodovia e imensos depósitos de lixo urbano ao longo da faixa de domínio não detectados ou incipientemente detectados na fase das prospecções do projeto básico, os quais exigiram os correspondentes acréscimos de trabalhos e custos;

c) desacordo, no caso do Túnel 1 (do lote 1), do Túnel 2 (do lote 2) e do Túnel 3 (do lote 3) entre os dados resultantes das prospecções geológicas feitas para o projeto básico e os que foram apurados quando das sondagens geológico-geotécnicas executadas na fase do projeto executivo, por força do que tiveram de ser alteradas as premissas construtivas dantes supostas, a bem da segurança dos trabalhadores, dos equipamentos e, a final, dos futuros usuários da rodovia, com os correlatos incrementos de custo.

Estes fatores que se encontram detalhados na consulta e documentos que a instruíram, notadamente em relatório técnico, incluem-se nas hipóteses dantes apontadas como correspondentes a situações nas quais pode haver margem para superação dos 25% a que alude a Lei nº 8.666, como se mencionou nos itens 11 e 12 deste parecer. São casos de sujeições imprevistas, de alteração de circunstâncias fáticas ou de falhas no projeto básico,

cuja ocorrência poderá dar margem a que seja mais conveniente para o interesse público e mais compensador do ponto de vista econômico prosseguir no contrato com os necessários acréscimos de valor, do que rescindi-lo e arcar com os decorrentes custos adicionais, tanto de ordem patrimonial quanto de retardamento de satisfação do interesse público.

Acresce que, conforme noticia a consulta, no caso concreto o montante total necessário para a conclusão dos contratos em causa, embora acarrete superação de seus valores originais em mais de 25%, ainda assim ficará abaixo daquele constante do próprio orçamento que o Dersa havia feito para as obras em questão.

16. Isto tudo posto e considerado, em face dos fatos noticiados na consulta, dos elementos instrutórios acostados e das indagações nela feitas, respondo:

I – A limitação de acréscimos a 25% do valor original do contrato prevista na Lei nº 8.666/93 não se constitui em norma geral intransponível em toda e qualquer circunstância. Será inaplicável quando sujeições imprevistas, superveniente alteração de circunstâncias ou descompasso entre as previsões do projeto básico e a realidade ulteriormente verificada, provoquem desconcerto em contrato de escopo, tornando exigente a superação de tais limites para suprimento das necessidades que o objeto do contrato se propôs a atender, se esta for indubitavelmente a solução mais econômica e consentânea com os interesses públicos em causa. Os fatos a que alude a consulta são de molde a configurar situação enquadrável entre as permissivas de superação, em mais de 25%, do valor original de contratos administrativos, pelo que é juridicamente viável a celebração de aditivos que os ultrapassem.

II – A segunda indagação fica prejudicada, por ter sido condicionada à hipótese de haver necessidade de novas licitações, o que, a nosso ver, não ocorre.

É o meu parecer.

São Paulo, 31 de maio de 2001.