

OS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO, TAIS COMO O DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DO JULGAMENTO OBJETIVO E DA COMPETIVIDADE, SÃO LIMITES À MUTABILIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS?

Introdução

O presente texto parte da leitura de capítulos que versam sobre o tema Contratos Administrativos, dos cursos de Direito Administrativos dos professores Alexandre Santos de Aragão e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. O ponto de toque de ambos os textos diz respeito à mutabilidade dos contratos administrativos. Os dois professores dedicam capítulo próprio ao tema, mostrando sua relevância teórica e prática. Essa convergência inspirou o primeiro recorte analítico dos textos, para elaboração do presente estudo.

Avançando ainda no recorte metodológico, a análise passará pelos limites da mutabilidade. Ou seja, até onde é possível alterar as condições contratadas, com enfoque naquelas que têm impacto econômico a bem de atender ao interesse público que se pretende contemplar com a consecução do contrato.

A Lei Geral de Licitações e Contratos (LGL), seja na sua versão que caminha para o ostracismo (Lei nº 8.666/93) seja na a mais moderna (Lei nº 14.133/2021), define limites percentuais de alteração administrativa unilateral quantitativa (25% como regra geral). Nada diz a respeito de limites consensuais ou para alterações qualitativas. O professor Alexandre defende que esses mesmos percentuais também se revelam como limites para alterações qualitativas ou quantitativas consensuais, assim justificando:

De nossa parte, entendemos que os limites fixados pelos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93 já são suficientemente largos para que alterações de ajuste do projeto contratado possam ser realizadas (pode chegar, no caso de obras, a 50% - art. 65, § 1º, *in fine*, Lei n. 8.666/93). Ultrapassar estes limites representaria um acréscimo de valor ao contrato de tal magnitude que chegaria a subverter - senão em todos os aspectos, ao menos no econômico - o próprio objeto do contrato, violando os princípios da impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório e competitividade (art. 3º, Lei n. 8.666/93), salvo quando a alternativa de celebração se revelar evidentemente sem racionalidade econômica, caso em que materialmente a hipótese será de inexigibilidade de licitação em favor do atual contratado. (p. 363).

O posicionamento do professor Aragão servirá com o último dos recortes do presente estudo. Afinal, o jurista aponta a força de princípios jurídicos típicos da fase pré-contratual (licitatória) no âmbito da etapa contratual. A posição é polêmica, tal qual o

próprio doutrinador reconhece. Traz ele, inclusive, relevante posicionamento do TCU (Decisão 215/99) em sentido oposto à sua compreensão.¹

Alguns dos princípios referidos pela Corte de Contas e pela doutrina, tais como o da competitividade, da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia e do julgamento objetivo têm forte incidência no processo licitatório. Visam, em resumo, a garantir que todos aqueles interessados em contratar o objeto licitado pela Administração participem de uma competição justa e igualitária. A provocação que resta é acerca da força de incidência desses princípios uma vez encerrada a licitação. Em especial, se têm capacidade de limitar a mutação dos contratos administrativos.

1. O conceito de contrato administrativo na visão de Maria Sylvia Di Pietro e Alexandre Santos de Aragão

É preciso apontar que não há divergências significativas de como ambos os juristas veem o contrato administrativo sob a perspectiva de sua mutabilidade. A começar porque os dois professores têm a mesma interpretação a respeito do conceito de contrato administrativo.

Para o professor Aragão, a contratação administrativa é uma alternativa, de característica voluntária, à aquisição coativa de bens e serviços pelo Estado. Explica que os influxos do regime jurídico no contrato podem caracterizá-lo como um contrato administrativo ou contrato da administração. O contrato da administração (ou contrato de direito privado da Administração) é aquele em que não incidem cláusulas exorbitantes. O jurista tem pouco apego à diferenciação de contratos administrativos e contratos da Administração. Explica sua opinião, para a análise concreta de cada contrato, o que importa é a “*disciplina legislativa vigente*”, desimportando uma nomenclatura genérica

¹ *É permitido à Administração ultrapassar os aludidos limites, na hipótese de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionabilíssimas, no sentido de que só seriam aceitáveis quando, no caso específico, a outra alternativa - a rescisão do contrato por interesse público, seguida de nova licitação e contratação - significar sacrifício insuportável ao interesse coletivo primário a ser atendido, pela obra ou serviço; ou seja, a revisão contratual qualitativa e consensual, que ultrapasse os limites preestabelecidos no art. 65, § 1, da Lei n. 8.666/93, somente seria justificável, no caso concreto, quando as consequências da outra alternativa - a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação - forem gravíssimas ao interesse público primário.*

Dentro do TCU, importante alertar, o tema não está pacificado, como se retira do Acórdão 1.981/2006: 22. *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, especialmente 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.*

de direito público ou privado. Muitos contratos de direito privado (como os de consumo) já possuem cláusulas exorbitantes, afirma o professor, e nem por isso são tidos como contratos administrativos.

Para a professora Di Pietro, há um gênero contratos da Administração, designando todas as relações contratuais, nas quais um dos polos da avença é ocupado por determinada entidade pertencente à Administração Pública. Por sua vez, há a espécie contrato administrativo, “*reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime de direito público*”.

Afirma que o contrato administrativo é celebrado a partir da vontade das partes, incluindo o contratado (é o avesso à coação), ainda que haja termos pré-fixados pela Administração contratante. Há interesses opostos na celebração do contrato (prestação *versus* contraprestação). Finalmente, a partir do contrato são gerados direitos e obrigações a todas as partes contraentes.

Adiante, afirma a professora que há efetiva diferenciação entre contratos administrativos e contratos da Administração. Os primeiros são típicos da função pública, tendo regime jurídico próprio. Os segundos são contratos de direito privado, essencialmente. Mas a presença de uma entidade administrativa em dos polos contratantes derrogará em alguma medida as normas de direito privado e atrairá as de direito público.

2. A mutabilidade dos contratos administrativos à luz do pensamento de Maria Sylvia Di Pietro e Alexandre Santos de Aragão

Os doutrinadores são uníssonos acerca da mutabilidade dos contratos administrativos. É essa caracterizada pela possibilidade de alteração (unilateral, principalmente) do objeto, das cláusulas e condições dessa espécie de contrato, especialmente tento como paradigma o contrato privado.

A mutabilidade dos contratos administrativos deriva: (a) das cláusulas exorbitantes; (b) do caráter dinâmico do interesse público; (c) do interesse da coletividade à conclusão da execução do contrato. Disso decorre uma assunção maior de riscos por parte da Administração, em comparação àquilo que se vê nos contratos de direito privado. A Administração assume, para além dos fatos a si imputáveis, os riscos de fatos imprevisíveis e não imputáveis a quaisquer das partes. O professor Alexandre chama essa assunção extraordinária de riscos pela Administração de “*especial aplicação da teoria da*

imprevisão”, a qual tem principal função de proteger a equação econômico-financeira do contrato. Dessa proteção deriva a garantia constitucional da manutenção das condições originais da proposta. Tal garantia é uma forma de o contratado não ser prejudicado pela mutação do interesse público.

A mutabilidade pode ser qualitativa ou quantitativa (supressões ou acréscimos). Há imposições unilaterais, com limites legalmente estabelecidos (a regra geral é de 25%). O processo de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro passa pela verificação se o desequilíbrio se deu dentro ou fora da álea ordinária (*eventos que se insiram na normalidade do processo econômico*).

Contrapondo a álea ordinária há a extraordinária, esta sim capaz de acarretar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a bem de manter hígidas as condições efetivas da proposta. Os juristas dividem está álea em quatro espécies, quais sejam: a administrativa da alteração unilateral do contrato (*sendo esta a que interessa ao presente estudo*); a administrativa do fato da Administração (atuação ilícita da Administração na condição de contratante); a administrativa derivada do fato do príncipe (modificação geral e imprevisível, promovida pela Administração contratante, mas não no âmbito do contrato, v.g alteração da carga tributária) e; álea econômica (acontecimento externo e estranho à vontade das partes, imprevisível, de grande impacto no contrato e que torna a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes).

3. Os princípios licitatórios da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e da competitividade e sua condição de limitar a mutabilidade dos contratos administrativos

Como visto na introdução do texto, há posicionamento do professor Alexandre, anotando que princípios que estabelecem uma isonomia entre concorrentes no âmbito licitatório se revelam como barreiras à mutabilidade dos contratos administrativos. De modo resumido, pode se dizer que esses princípios que os contornos do objeto licitado têm de ser bem definidos no momento da licitação, a bem de que os licitantes possam fazer propostas em mesmo nível de igualdade. Para além disso, segundo o Professor Aragão, tais contornos, por força desses mesmos princípios, não podem sofrer alterações qualitativas ou bilaterais para além dos limites impostos pela LGL às alterações unilaterais quantitativas.

Embora o jurista não afirme expressamente, é possível intuir seu pensamento no sentido de que há interesse público subjacente à correlação mínima entre o objeto licitado e aquele efetivamente executado. Sem essa correlação, a competição que outrora fora igualitária, se revelaria frustrada, frustrando por consequência o interesse público.

Penso eu de forma diversa. Explico:

A função principal do Estado é a diminuição das desigualdades sociais, a bem de viabilizar a todos os cidadãos o exercício das liberdades individuais (art. 3º, III da CF).² Os contratos administrativos são formas (mediatas ou imediatas) para o atingimento desses fins.

A alteração do contrato administrativo, sob esse enfoque, significa uma tentativa de retomada do contrato ao fim que se destina. Alguma alteração social ocorreu, de modo a impor que a execução do contrato a ela se ajuste. Esse reposicionamento do contrato, para manter seu encaixe à função social, pode ser singelo ou intenso, tudo a depender da própria alteração do interesse público. Sem tal ajuste, a execução do contrato se transforma numa espécie de *gameificação*: a meta a executar o contrato nos estritos termos ajustados, pouco importando sua utilidade social.

Sob essa perspectiva, princípios como os referidos têm forte influência no momento da licitação, mas baixa após a celebração do contrato. Não podem, no meu sentir, ser elementos relevantes para se estabelecer limites intransponíveis à alteração contratual, especialmente porque essa alteração se volta ao atendimento de certa necessidade social.

Dada a necessidade de alteração contratual em limites qualitativos ou mesmo quantitativos, em percentuais superiores aos 25% legalmente estabelecidos, a relevância está na capacidade (técnica e econômica) de o contratado em seguir na execução. Em se tratando de alteração extravagante, certas medidas me parecem recomendadas, tais como: (i) ampla motivação do ato decisório de alteração contratual, justificando especialmente o sopesamento entre continuidade do contrato (mesmo com alterações significativas) e a rescisão para nova contratação; (ii) ampliação da transparência e provocação espontânea das instâncias de controle.

² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.