

**CONTRATO DE OBRA PÚBLICA - CIRCUNSTÂNCIAS QUE
DETERMINAM A ALTERAÇÃO DO PROJETO - ACRÉSCIMO DE
VALOR SUPERIOR A 25% DO VALOR INICIAL DO CONTRATO -
ADITAMENTO - VIABILIDADE JURÍDICA**

Adilson Abreu Dallari
OAB/SP: 19.696

CONSULTA

Oferecendo farto material para exame, compreendendo os contratos originais, manifestações de autoridades administrativas e, especialmente, substanciosos estudos técnicos, a Consultante solicita um estudo jurídico a respeito da viabilidade legal da lavratura de aditamentos contratuais visando possibilitar a execução de obras regularmente contratadas, com alterações no tocante ao objeto inicialmente descrito e com repercussões nos valores estipulados.

Na elaboração do presente estudo jurídico tomar-se-á como pressuposto a efetiva necessidade da realização de tais obras complementares para assegurar a otimização das obras viárias já contratadas e em fase de execução, conforme demonstrado nos estudos técnicos que instruem a consulta.

Entretanto, sem qualquer pretensão de invadir o âmbito próprio e específico dos estudos técnicos, será necessário examinar algumas questões técnicas suscitadas, apenas e na exata medida do necessário para aferir se as razões invocadas podem ser aceitas como fundamento jurídico para as alterações contratuais almejadas.

Assim, à luz dos subsídios de ordem técnica apresentados, solicita-se sejam respondidos os seguintes quesitos:

1. É juridicamente possível aditar os contratos das obras das passagens em desnível Faria Lima-Rebouças e Faria Lima-Cidade Jardim tendo em vista que o projeto executivo das obras alterou a concepção da

execução, acarretando assim acréscimos de valores que extrapolam o limite imposto pelo § 1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93?

2. A realização do aditamento alterando os projetos básicos das passagens em desnível Faria Lima-Rebouças e Faria Lima-Cidade Jardim para a nova concepção estabelecida nos projetos executivos pode gerar algum questionamento à EMURB pelo fato da mesma ter realizado pré-qualificações fundamentadas nos projetos básicos ?

PARECER

I – Síntese dos Fatos

O exame cuidadoso dos fatos que ensejaram a presente consulta é absolutamente essencial para que se possa dar a devida e correta interpretação às normas aplicáveis à matéria em debate, conforme atesta esta sábia advertência jurisprudencial:

"A norma geral pode ser entendida, é claro, pelo sentido abstrato das palavras por ela utilizadas. Trata-se, porém, de mero entendimento prévio. Esse entendimento não exaure o âmbito da incidência normativa, pois ele só se consuma perante os fatos concretos da vida".

(Voto do Desembargador Federal Newton De Lucca no MS nº 94.03.093099-3-SP - TRF 3ª Região, publicado no *Boletim AASP*, n. 2043, p. 473)

Ambos os contratos se referem à execução de passagens subterrâneas, sob a Avenida Brigadeiro Faria Lima, respectivamente, no cruzamento com as avenidas Rebouças e Eusébio Matoso, e no cruzamento com as avenidas Cidade Jardim, Europa e Nove de Julho.

Em ambos os casos, o objetivo é uma nova configuração viária, urbanística e paisagística, de molde a conferir maior fluidez ao trânsito e maior segurança para pedestres e motoristas, e, principalmente, propiciar a implantação de instalações essenciais ao novo sistema integrado de transportes coletivos.

Os contratos foram precedidos dos correspondentes procedimentos licitatórios, que foram levados a efeito com base nos respectivos projetos básicos, em observância ao que determinam os artigos 7º, § 2º, I e 40, IV, da Lei nº 8.666/93.

Cabe esclarecer aqui que a Lei de Licitações exige apenas, como condição de abertura da licitação, a existência de projeto básico, que não se confunde com o projeto executivo, conforme definições constantes do artigo 6º (incisos IX e X) dessa mesma lei, das quais se depreende que o projeto básico é

aquele que permite identificar e caracterizar a obra, possibilitando a avaliação dos custos e a definição dos métodos e prazos de execução, enquanto o projeto executivo é aquele que contém todos os elementos necessários para a execução da obra contratada.

O projeto básico se destina a viabilizar a licitação e o contrato dela decorrente, enquanto o projeto executivo está destinado a viabilizar a execução do objeto contratado. O projeto executivo, portanto, é muito mais detalhado e para sua elaboração, partindo do projeto básico existente, é preciso que se proceda a uma série de estudos e levantamentos (além daqueles que serviram para a elaboração do projeto básico), com o objetivo de determinar e especificar, com precisão, cada parte ou segmento do todo contratado.

Não é incomum, no momento de elaboração do projeto executivo, exatamente em virtude da maior amplitude e do maior detalhamento exigido por esta espécie de projeto, o encontro de dificuldades ou empecilhos anteriormente desconhecidos, ou de intensidade diferente do que era esperado, ou decorrentes de imprecisões dos dados disponíveis quando da elaboração do projeto básico.

Nos casos em exame, houve um pouco de tudo isso. Por exemplo, no caso do cruzamento com a Avenida Cidade Jardim, foi descoberta existência de solo contaminado por vazamentos de gasolina e óleo, solo esse que teria de ser removido para a execução do projeto inicialmente concebido, com sensíveis custos adicionais. Já no cruzamento com a Av. Rebouças o órgão público competente (o CONDEPHAAT) exigiu a alteração do eixo da obra, para preservar as calçadas da via pública na parte que tangencia a área tombada dos Jardins. Em ambos os casos houve problemas com as chamadas interferências (linhas e dutos da Eletropaulo, Telefônica, Sabesp, Net, AT&T etc.) seja por imprecisão das informações contidas no mapeamento existente, seja pelo estado em que se encontravam algumas galerias, seja, ainda, pelos prazos de remoção de algumas interferências, incompatíveis com a celeridade exigida na realização das obras.

Tudo isso determinou a necessidade e a conveniência de alteração do método construtivo, adotando-se, no projeto executivo, um método “não destrutivo”, que colocou as obras abaixo das interferências, permitindo, com isso, uma sensível redução do tempo inicialmente previsto para a execução do projeto inicialmente concebido.

É extremamente importante ressaltar que, nesse meio-tempo, durante a elaboração dos estudos, foi editada a Lei Municipal nº 13.614, de 02/07/03, disciplinando a utilização das vias públicas municipais, inclusive subsolo e espaço aéreo, no tocante à instalação de equipamentos e dutos.

Essa lei instituiu o uso oneroso e disciplina detalhadamente a instalação, manutenção e alteração de redes, inclusive as já existentes, de maneira bastante complexa, tendo como uma de suas diretrizes (art. 1º, IV) “a utilização de métodos não-destrutivos”.

O ponto fundamental, entretanto, está no art. 7º, inciso VIII, que, expressamente, dispõe que os ônus decorrentes do remanejamento deverão ser inteiramente suportados pelo permissionário. Ou seja: a Prefeitura não mais indenizará o operador do serviço afetado, como sempre ocorreu.

Isso gerou um enorme descontentamento e uma enorme resistência, especialmente quanto a linhas e dutos já existentes antes da lei, como é o caso em exame.

Ficou patente que, se não fosse encontrada uma forma de evitar o remanejamento, o assunto certamente ira desaguar no Poder Judiciário, podendo ficar pendente por vários anos e inviabilizando totalmente a execução dos projetos dos cruzamentos.

Diante disso, não restou alternativa senão aprofundar os estudos que vinham sendo feitos.

O processo de tomada de decisão no sentido da alteração do projeto inicial foi extremamente cuidadoso e rigorosamente técnico, tendo considerado uma pluralidade de aspectos que incidem ou repercutem sobre o caso, merecendo estaque um estudo comparativo designado pelo nome técnico de HDM (Highway Design and Maintenance) que está consignado no documento “Estudo de Impacto sócio-econômico referente às obras de adequação dos cruzamentos da Av. Brig. Faria Lima com a Av. Rebouças e com a Av. Cidade Jardim”, no qual foram comparadas alternativas para a solução dos problemas detectados e do qual se transcrevem os trechos que se seguem:

“Individualmente, para cada uma das três hipóteses em questão e em cada cruzamento, foram realizadas modelagens das vias afetadas diretamente pelas obras, utilizando-se o Highway Design and Maintenance (HDM) – programa computacional desenvolvido pelo Banco Mundial para análise de custos viários.”

“Na construção e manutenção de uma rede viária, os órgãos e agências levam em consideração uma série de fatores, que envolvem o tipo de material empregado, o tráfego, frequência de manutenção e padrões de serviços, por cruzamento. Paralelamente, são estudadas e analisadas, as políticas, leis vigentes sobre o tamanho dos veículos e o limite de carga por eixo, que afetam diretamente os pavimentos. O número de combinações de políticas alternativas versus projeto, é muito extenso e essas decisões têm forte influência nos custos operacionais, nos fretes e transportes de passageiros.

Dessa forma, o problema básico em uma análise de investimentos em vias é a previsão do custo total num

período de análise considerado, que será função do projeto original da via, padrões de manutenção empregados e outras opções passíveis de consideração.

Um instrumento de análise adequado, deve levar em consideração os efeitos de diferentes variáveis ambientais como: tipo do solo, clima, tráfego, características regionais, limitações dos motoristas, características dos veículos, condicionantes econômicas, dentre outras, nas diferentes inter-relações de custos.

*O modelo **HDM** simula as condições e custos envolvidos no período de vida de um projeto viário e fornece parâmetros econômicos de decisão entre várias estratégias de manutenção.”*

“O modelo HDM é uma ferramenta para a avaliação das estratégias de construção e manutenção de vias pavimentadas e não pavimentadas. A validade de uma estratégia é julgada sobre uma base de custos totais que incluem os custos de construção, manutenção e custos dos usuários. Basicamente, o HDM é alimentado com dados sobre a via ou conjunto de segmento, onde se incluindo dados físicos, econômicos e financeiros.”

“O HDM é um modelo computacional para análise técnico-econômica de estratégias alternativas de concepção, de reforço e de manutenção viária. É amplamente utilizado em todo o mundo, e também no Brasil, não só para estudos de viabilidade e planejamento, como também estudos de impacto sócio-econômicos e gerenciamento de malhas viárias”.

O que se desejou evidenciar com as transcrições acima foi a amplitude do estudo efetuado, que não se resumiu a uma comparação aritmética entre o custo de cada alternativa, nem se limitou aos aspectos econômicos, mas que foi bem mais adiante, preocupando-se com os aspectos econômicos, técnicos, urbanísticos, operacionais, institucionais e, principalmente, com o impacto social de cada alternativa.

Muito embora os contratos mencionem dois determinados e específicos cruzamentos de vias públicas, na verdade as obras afetam uma região bem mais ampla, afetando um grande número de outras vias que se conectam com aquelas especificamente atingidas.

Especialmente durante o período das obras, muitas atividades (especialmente comerciais) serão afetadas, obrigando a adoção de

percursos alternativos para o trânsito, acarretando incômodos (poeira, barulho) inevitáveis, despertando a atenção da imprensa e gerando reações perfeitamente compreensíveis por parte de segmentos sociais mais diretamente afetados.

Qualquer intervenção ou alteração urbana de certo porte sempre irá suscitar controvérsias, pois, inevitavelmente, alguns se sentirão prejudicados e outros serão beneficiados. Normalmente os beneficiados ou se acomodam ou se manifestam moderadamente, enquanto os opositores movem céus e terras para impedir a modificação pretendida, suscitando, invariavelmente a ilicitude da atuação governamental.

Muitíssimas vezes um empreendimento essencial ou benéfico para toda uma coletividade, para o conjunto dos munícipes, pode ser prejudicial para um segmento do corpo social, acarretando perdas, inclusive econômicas, para as pessoas que habitam nas proximidades. Muitíssimas outras vezes os incômodos ou as perdas são apenas temporárias e inerentes a própria vida em sociedade.

Ao jurista, num estudo jurídico, compete examinar apenas e tão somente a viabilidade jurídica da atuação administrativa, sem tomar parte no conflito, nem imiscuir-se na formulação de políticas públicas.

Feitas estas considerações preliminares e gerais, cabe agora ir diretamente ao ponto ou à questão jurídica que ensejou a formulação da consulta.

II – Legislação Aplicável

O contrato em exame foi celebrado com base na Lei Municipal nº 13.278/02 que remete às regras fixadas pela legislação federal, inclusive no que tange aos limites à alteração dos contratos. Isso significa que a questão deve ser examinada em face do que está disposto na Lei nº 8.666/93, normalmente designada como Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.

O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por essa mencionada Lei Federal confere à Administração prerrogativas especiais na forma estabelecida em seu artigo 58, do qual se destaca o que consta de seu inciso I, a saber:

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado.”

O artigo 65 dessa mesma Lei Federal disciplina as hipóteses em que a modificação do contrato é possível, prevendo-se tanto a situação em que a Administração age unilateralmente, impondo a alteração, quanto os casos em que contratante e contratado acordam para a realização da modificação. Diz o dispositivo, na parte que interessa à solução do problema em exame:

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

I – unilateralmente pela Administração:

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

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

(...)”.

Evidentemente, nos casos em que a lei permite alterações consensuais não é dado à Administração impor sua vontade unilateral ao contratado, mas, ao contrário, nada impede que uma alteração passível de ser feita de maneira unilateral conte com a concordância do contratado. No caso em exame, os fatos descritos apontam para uma das formas de alteração unilateral, sendo conveniente examinar os dois únicos casos possíveis de modificação unilateralmente promovida pela Administração, para que, em seguida, sejam destacadas as diferenças entre um e outro:

a) modificação qualitativa do objeto contratual - quando houver alteração do projeto ou de suas especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; caso em que, se decorrer aumento dos encargos do contratado, caberá o correspondente direito ao restabelecimento da equação financeira (art. 65, § 6º);

b) modificação quantitativa do objeto contratual - quando for necessária a alteração do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites estabelecidos no parágrafo 1º do mesmo artigo (até 25% do valor inicial atualizado do contrato para obras, serviços ou compras, e até 50% para reforma de edifício ou equipamento).

Neste ponto, é preciso esclarecer que o aditamento pretendido não corresponde a uma simples alteração quantitativa do objeto de cada contrato; não se trata de fazer mais do mesmo (maior quantidade de uma mesma coisa), não se aplicando ao caso, portanto, os limites previstos no supracitado § 1º do artigo 65, que se dirigem apenas aos casos de modificação *quantitativa* do contrato.

As alterações contratuais pretendidas se referem a obras e serviços decorrentes de aperfeiçoamentos feitos nos projetos básicos que foram apresentados para a realização dos certames licitatórios, em função de problemas que foram detectados por ocasião da elaboração dos respectivos projetos executivos e com o propósito de aumentar a funcionalidade do que havia sido originariamente contratado, bem como minimizar o impacto social das obras, configurando aquilo que a lei define como melhor adequação técnica aos objetivos do contrato, sem estabelecer qualquer limite de valor para que isso seja feito.

Não há necessidade de maiores considerações quanto a este ponto, porque já é consenso, atualmente, que a necessidade de adequação técnica verificada durante a execução do contrato não obedece a qualquer limite de natureza quantitativa, pois isso seria negar a própria finalidade da lei, que é alcançar a plena eficiência da prestação contratada.

Obras públicas de grande vulto demandam longo espaço de tempo, no transcorrer do qual podem ocorrer alterações no suporte fático que levou a que se contratasse determinado objeto para ser executado de determinada forma, com determinadas especificações. Realidades emergentes podem exigir, e normalmente exigem, alterações no objeto contratado, de maneira a possibilitar o efetivo ou melhor atingimento das finalidades almejadas pela contratação.

ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, em seu “Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos”, Malheiros, 1995, p. 126 a 128) descreve com muita propriedade a ocorrência de eventos dessa natureza:

“As licitações para construção de obras públicas devem ser precedidas de projeto básico (art. 7º, § 2º, da Lei 8.666/93).

Na execução do objeto contratual, o projeto vai sendo detalhado e desse detalhamento decorrem modificações (alterações, adaptações ou complementações) do projeto inicial, que muitas vezes elevam substancialmente o custo de sua execução.

Surgida uma necessidade, o contrato pode ser estendido, a fim de adequar-se o projeto à realidade. Essa extensão tem por limite o “interesse coletivo primário”. Vale dizer: somente são admissíveis modificações do projeto que visem ao melhor entendimento do interesse da parcela da sociedade afetada pela obra a ser construída.

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 de 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. Ou, ainda, domínio de tecnologia mais avançada, inclusive disponibilidade de equipamentos tecnicamente mais aperfeiçoados”.

Diante de tais fatos, que ocorrem com certa frequência e são inevitáveis, a doutrina é unânime no sentido de afirmar a viabilidade de alterações contratuais qualitativas, destinadas à melhor execução das obras e serviços contratados, sem limitações percentuais quanto ao valor do contrato.

Marçal Justen Filho, em seus *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (São Paulo, 1999, Dialética, p. 610) expressamente afirma que os limites previstos na lei de licitações não se reportam às situações de alteração qualitativa do projeto contratado, esclarecendo o que deve ser entendido como tal:

“A melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada. Os contratos de longo prazo ou de grande especialização são mais suscetíveis a essa modalidade de alteração”.

De fato, por mais minucioso que se pretenda um projeto básico, uma obra pública sempre pode enfrentar eventos imprevistos de maior complexidade. De seu turno, a Administração não pode estar impedida de promover as modificações necessárias no ajuste a fim de atender o interesse coletivo traduzido na utilidade pública da obra acabada.

III - Limites e Responsabilidades

O fato da lei não estipular qualquer medida de limite para as alterações qualitativas não significa que a Administração é livre para agir, promovendo a alteração que lhe aprouver. Sua atuação está circunscrita aos estritos contornos da legalidade, e, por conseqüência, sobretudo ao cumprimento do interesse público, que precisa ser efetivamente demonstrado.

Direito é limitação. Todo direito é limitado, todo direito tem um conteúdo definido, tem uma determinada abrangência, compreende um certo número de atuações possíveis. Quando o âmbito daquilo que está juridicamente assegurado é extravasado, chega-se ao campo do não-direito, do ilícito, do que pode resultar a responsabilidade pela conduta não amparada pelo direito.

Fica evidente, portanto, que os dispositivos legais invocados não autorizam, ilimitadamente, toda e qualquer alteração contratual, mesmo que sob a correta invocação de melhor adequação técnica ou melhor satisfação do interesse público.

A exemplo de todas as demais situações erigidas sob o signo da Administração Pública, o primeiro limite que se impõe ao poder de determinar a alteração do contrato, a que alude citado artigo 65, é o próprio interesse público. Ele deve estar presente e ser a baliza, o fundamento da decisão administrativa. Impende não perder de vista que a tônica do contrato administrativo se desloca do simples atendimento de interesses privados para a satisfação do interesse coletivo. Daí que o motivo ensejador da alteração qualitativa do objeto, via aditamento contratual, deve ser devidamente explicitado nas razões de decidir a fim de possibilitar o correspondente cotejo para aferição da legalidade do ato.

O segundo limite da mutabilidade do contrato repousa na correspondente *imutabilidade do objeto*, ou seja: a adequação técnica que será promovida não poderá ser de tal ordem que altere radicalmente o objeto avençado. O contrato originariamente estabelecido não pode ser desnaturado. Não é possível contratar uma coisa e, via aditamento, executar outra coisa totalmente distinta. A prerrogativa atribuída ao ente público contratante de alterar o objeto para adequá-lo às novas necessidades técnicas não autoriza a substituição da própria essência do contrato, nem a execução de algo sem qualquer vínculo ou liame com o objeto contratado.

Confirmam-se as precisas palavras de Caio Tácito a respeito:

“As alterações qualitativas, precisamente porque são, de regra, imprevisíveis, senão mesmo inevitáveis, não têm limite preestabelecido, sujeitando-se a critérios de razoabilidade, de modo a não se desvirtuar a integridade do objeto do contrato. Daí porque as alterações qualitativas exigem motivação expressa e vinculação objetiva às causas determinantes, devidamente explicitadas”.

(Contrato administrativo. Alteração quantitativa. Alteração qualitativa. Limites de valor. *Boletim de Licitações e Contratos*, n. 3, 1997, p. 119).

De fato, a substituição do objeto contratual por outro que não guarde qualquer coerência com o original representaria flagrante violação a todos

os princípios que regem o procedimento licitatório, mormente os princípios da igualdade e da moralidade administrativa.

A modificação qualitativa haverá de se operar circunscrita à órbita do objeto original, respeitando-se a finalidade que inspirou o contrato e a pertinência lógica e física entre os serviços contratados e os complementares a serem executados. Sem dúvida, para fins de verificação da necessária pertinência é absolutamente indispensável perquirir a finalidade almejada com a realização das obras e serviços inicialmente contratados, para constatar se a “essência” do contrato está sendo respeitada e mantida. O objeto contratual traz ínsita a idéia de fim, de uma razão de ser, em face das circunstâncias que determinaram a contratação.

Todo contrato é feito para ser fielmente executado conforme o que deve constar como sendo o seu objeto. Portanto, toda e qualquer alteração do objeto contratado deve ser perfeitamente justificada. Sempre será preciso investigar se a alteração contratual não decorre de dolo ou culpa da autoridade responsável pelo contrato.

Por exemplo, é freqüente a invocação da urgência como justificativa seja para a dispensa de licitação seja para a alteração do cronograma do contrato. Em tais casos sempre será necessário verificar se a urgência invocada não derivou de simples negligência (ou mesmo dolo) da autoridade responsável. Outro exemplo freqüente é o sub-dimensionamento do objeto ou do valor, para burlar a legislação orçamentária, especialmente a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em síntese, é preciso verificar se as circunstâncias invocadas como determinantes da necessidade das alterações destinadas à melhor adequação técnica do contrato são reais, plausíveis, pertinentes ou, ao contrário, foram provocadas pela autoridade responsável.

No caso deste estudo, a documentação oferecida para exame deixa claro que os projetos básicos que serviram para a realização das licitações eram materialmente exequíveis e correspondiam a opções técnicas usuais e correntes em trabalhos da mesma natureza. Dizendo de outra forma, mais direta e claramente: pode-se concluir, com segurança, que os projetos básicos não eram artificiais, não eram aberrantes, não foram feitos para serem alterados, mas, sim, foram elaborados em função dos dados disponíveis no momento de sua elaboração, que atestavam sua viabilidade.

Entretanto, fazia parte do objeto contratual, era uma das obrigações do contratado, em ambos os casos, a elaboração dos projetos executivos, ou projetos completos, que se caracterizam por um nível de detalhamento muito maior. E foi exatamente quando do desenvolvimento dos trabalhos necessários à realização dos projetos executivos que os problemas começaram e foram se avolumando, chegando-se ao ponto de se evidenciar a necessidade de alteração do projeto original.

Um dos problemas que emergiram está naquilo que é tecnicamente designado como interferências, ou “interferências imprevistas”, conforme a denominação e a conceituação dada pelo inesquecível HELY LOPES MEIRELLES, constantes de seu “Licitação e Contrato Administrativo” (11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 210):

“Interferências imprevistas (sujétions imprévues, dos franceses; changed conditions, dos norte-americanos), para autores pátrios agravações ou sujeições imprevistas, são ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato, mas que surgem na sua execução de modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos. É o que se verifica, por exemplo, com o encontro de um subsolo rochoso e inesperado para o local, ou de um lençol anormal de água subterrânea, ou de canalizações de serviços públicos não indicados no projeto e que exigem remoções especiais.

O que caracteriza a interferência imprevista e a distingue das demais superveniências é a descoberta de obstáculos materiais, naturais ou artificiais, depois de iniciada a execução do contrato, embora sua existência seja anterior ao ajuste, mas só revelada através das obras ou serviços em andamento, dada sua omissão nas sondagens ou sua imprevisibilidade para o local em circunstâncias comuns de trabalho”.

A essa objetiva definição cabe acrescentar apenas os obstáculos não-materiais, mas decorrentes de determinações legais, de opções técnicas ou de políticas públicas, que, supervenientemente produzidas ou conhecidas, de qualquer modo, interferem na execução do projeto original.

Evidentemente, quando da elaboração dos projetos básicos já se tinha conhecimento da existência de redes e dutos subterrâneos nos cruzamentos em questão. A Municipalidade efetivamente dispõe de um mapeamento de redes subterrâneas. Mas, por ocasião dos levantamentos necessários à elaboração dos projetos executivos foi possível constatar tanto a imprecisão dos dados disponíveis quanto a existência de outras interferências realmente imprevistas.

Além disso, a própria realização das licitações, a assinatura dos contratos, as sondagens que começaram a ser feitas e os trabalhos iniciais de instalação dos canteiros de obras despertaram a atenção dos opositores dos empreendimentos, que acionaram as associações de moradores, o Ministério Público, os parlamentares opositoristas, a imprensa, suscitando inúmeros problemas técnicos, práticos, ambientais e de proteção ao patrimônio público, em

seu sentido mais amplo, suscitando até mesmo medidas judiciais impedindo a execução das obras conforme haviam sido planejadas.

O governo democrático se caracteriza exatamente por ser permeável às pressões sociais, na medida da possibilidade de compor conflitos de interesses. Por isso, sem sacrificar os objetivos fundamentais das obras pretendidas e sem desnaturar os projetos iniciais, algumas adaptações e alterações tiveram que ser feitas.

IV – Aspectos Técnicos Relevantes

Convém estabelecer com clareza os três planos nos quais a questão em exame pode ser abordada: o político, o técnico e o jurídico.

As políticas públicas são opções políticas e, por isso, são formuladas por quem dispõe de capacidade política, por quem recebeu da ordem jurídica competência para decidir sobre o que é bom, necessário, conveniente, oportuno e prioritário para a satisfação dos interesses qualificados como públicos. Por isso mesmo é que são condicionantes da atuação administrativa, na prática de atos específicos e determinados, conforme ensina a doutrina:

“A escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do Poder Público, que levarão a resultados desejados. E essa é a conexão das políticas públicas com o direito administrativo. Cada vez mais os atos, contratos, regulamentos e operações materiais encetados pela Administração Pública, mesmo no exercício de competências discricionárias, devem exprimir não a decisão isolada e pessoal do agente público, mas escolhas politicamente informadas que por essa via demonstrem os interesses públicos a concretizar”.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 267-268.

Diante de políticas públicas formuladas pelas autoridades para isso competentes, caberá aos setores técnicos identificar os meios e modos mais eficientes e mais econômicos para executá-las.

Num terceiro plano, após identificados os melhores, mais convenientes e oportunos processos para a execução das políticas públicas, é que caberá ao jurista verificar a sua viabilidade à luz dos princípios e normas que integram o sistema jurídico.

Não cabe discutir neste estudo jurídico se as obras em questão são ou não prioritárias, pois isso é uma questão de ordem política (no sentido de política de administração, de formulação de políticas públicas). Cabe aos representantes do povo, democraticamente eleitos, a formulação de políticas públicas, inclusive e principalmente a determinação de prioridades.

Também não cabe ao jurista discutir a maior ou menor adequação deste ou daquele processo construtivo. Não pode o jurista ingressar no campo do mérito das opções técnicas.

Os aspectos técnicos relevantes para os fins deste estudo jurídico são somente aqueles que, direta ou indiretamente, permitam aferir a verossimilhança das razões invocadas para a melhor adequação técnica dos projetos aos objetivos almejados, visando sempre, em última análise, a melhor satisfação do interesse público, entendido como tal o interesse da coletividade, do conjunto dos cidadãos. Melhor dizendo: não se trata de julgar o mérito das opções técnicas, mas, sim, apenas a relação de pertinência entre elas e as alterações contratuais almejadas.

Conforme já foi dito, o presente estudo abrange, conjuntamente, dois contratos, mas ambos se referem à execução de passagens subterrâneas sob a Avenida Brigadeiro Faria Lima (um no cruzamento com a Avenida Rebouças e outro no cruzamento com a Avenida Cidade Jardim), tendo como objetivo estabelecer uma nova configuração urbanística e paisagística, de molde a conferir maior fluidez ao trânsito e maior segurança para pedestres e motoristas, e, principalmente, propiciar a implantação de instalações essenciais ao novo sistema integrado de transportes coletivos.

São, portanto, dois contratos, referentes a locais distintos, mas que se referem a obras da mesma natureza, visando as mesmas finalidades e apresentando, em princípio, os mesmos problemas. Cada um tem peculiaridades, mas que são irrelevantes para o estudo jurídico, pois as pretendidas alterações contratuais podem ter como supedâneo, em ambos os casos, o mesmo dispositivo legal (art. 65, I, a, da Lei nº 8.666/93, que se refere a modificações do projeto ou de suas especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos), justificando-se, portanto, plenamente que se faça um único estudo jurídico abrangendo ambos os contratos.

Questiona-se, entretanto, a necessidade da realização simultânea das duas obras, propugnando alguns no sentido de que a Municipalidade realizasse primeiro uma e, depois, a outra, sob o argumento de que isso causaria menor impacto no trânsito. Não cabe aqui discutir se tal argumento é válido ou não. Ou seja, não cabe discutir aqui qual das alternativas (realização simultânea ou realização subsequente) seria melhor em termos de fluidez do trânsito, pois a justificativa para a execução simultânea é outra.

Conforme está destacado na documentação técnica enviada para exame, ambas as obras estão ligadas ou são decorrentes da implantação do

sistema integrado de transportes coletivos, que exige a instalação de corredores exclusivos, estações de transferência e terminais urbanos. A implantação desse sistema é que exige a adoção simultânea de diversas providências, incluindo a execução de obras viárias.

O erro de perspectiva está no arraigado costume de se executarem obras viárias para melhorar o fluxo dos automóveis (veículos de transporte individual), ao passo que, no caso das obras em exame esse é apenas um dos objetivos, mas não o único, nem o principal.

Os estudos técnicos deixam claro que as duas obras em questão servem ao mesmo propósito de melhorar o transporte coletivo para a parte da cidade que fica além do Rio Pinheiros, somando-se ao esforço do Governo do Estado no mesmo sentido (implantação da linha do Metrô Capão Redondo), motivo pelo qual a Municipalidade e o Governo Estadual desenvolvem conjuntamente os trabalhos do terminal intermodal, à margem do Rio Pinheiros, que vai integrar o sistema de ônibus ao Metrô e ao trem urbano.

Estas considerações são feitas para afastar qualquer conjectura de açodamento, de criação de uma urgência artificial, como desculpa para as alterações contratuais. Na verdade, ocorre o contrário: é o impacto da necessária realização simultânea das obras que determina a adoção de alterações nos projetos, para que os trabalhos possam ser concluídos em menor tempo.

Resumindo. A maior alteração, ou a alteração fundamental, em ambos os projetos será o aprofundamento do túnel sob a Avenida Brigadeiro Faria Lima, de molde a evitar o problema gerado pelas interferências. Mas essa alteração qualitativa acarreta a necessidade de que as rampas de acesso tenham maior extensão, do que resulta, por decorrência, um aumento quantitativo de obras e serviços e uma correspondente alteração no valor dos contratos.

Mas, conforme especialmente salientado nos estudos técnicos, numa visão mais ampla, abrangendo a economicidade dos empreendimentos e muito especialmente o menor impacto no funcionamento da cidade, pela diminuição do período de realização das obras, a Administração Pública terá atuado com maior eficiência e o resultado final será amplamente mais satisfatório ao interesse público.

A verificação da economicidade exige muito mais do que uma simples operação aritmética. Não se trata de apurar se houve maior ou menor volume de gastos. O que interessa verificar é o resultado da atuação administrativa, examinando a relação custo/benefício, para que se possa saber, em última análise, se os recursos foram bem aplicados:

“O controle da economicidade entende com o exame e fiscalização material da execução orçamentária, em contraponto com o formal, que é o da legalidade. Aparece pela primeira vez na Constituição do Brasil, embora já fosse

reclamado há muito tempo pela doutrina. A Constituição alemã (art. 114, 2) utiliza o termo Wirtschaftlichkeit, que se traduz exatamente por economicidade. O conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça.

Controle da economicidade significa controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação”.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o Controle da Legalidade, Economicidade e Legitimidade. *RIL*, 121-267.

Os Tribunais de Contas, constitucionalmente dotados de competência expressa para examinar a economicidade da gestão financeira e orçamentária, pouco a pouco vão se distanciando do controle meramente formal, para ingressar no exame dos resultados alcançados com a aplicação de recursos públicos;

“Observa-se, de logo, que o Tribunal julgará, sem ressalvas, as contas de todo o universo de órgãos da administração direta e das entidades da administração indireta. Controlará, em suma, de forma irrestrita, todos os gastos oriundos de recursos públicos, todas as contas da União em seus aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial.

A inclusão, pela primeira vez, do controle operacional -- medida altamente louvável -- permitirá a avaliação do desempenho da gestão pública, não somente da legalidade, legitimidade e probidade de seus atos, como também da economicidade dos valores aplicados, comparando dispêndios efetivados e resultados colhidos”

SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *RDA*, 175/38.

Essa questão da economicidade foi abordada com rara felicidade e de maneira invejavelmente sintética e objetiva por EDGAR GUIMARÃES, em seu *Controle das Licitações Públicas* (São Paulo: Dialética, 2002, p. 89), ao analisar a natureza do exame efetuado pelos Tribunais de Contas:

“O exame realizado pelas Cortes de Contas ultrapassa a análise meramente burocrática. Verifica não só os elementos formais que norteiam o processo de despesa, como também a relação custo benefício, a aferição da atuação ótima das ações administrativas, a mais rentável

possível em se considerando o interesse público envolvido,..."

O princípio da eficiência, hoje com status constitucional, determina que se deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à maior e mais completa satisfação do interesse público.

Atualmente, além de acatar o princípio da legalidade, é preciso dar atendimento também a um outro novo e significativo princípio constitucional da administração pública, o princípio da eficiência, introduzido no cenário jurídico nacional pela Emenda Constitucional da reforma administrativa, sobre o qual, em obra escrita em parceria com SÉRGIO FERRAZ, já fizemos algumas ponderações:

"A Emenda Constitucional 19, de 04/06/98, conhecida como "Emenda da Reforma Administrativa", trouxe profundas modificações na Administração Pública brasileira. O propósito fundamental dessa reforma era a substituição do antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrandados os controles de procedimentos e incrementados os controles de resultados. Essa linha de pensamento, esse novo valor afirmado pela Constituição, não pode ser ignorado pelo intérprete e aplicador da lei.

Não por acaso, aos princípios já previstos na redação original do art. 37, foi acrescentado o princípio da eficiência. É óbvio que esse princípio já estava implícito. Ao torná-lo explícito, ao afirmá-lo expressamente, o que se pretendeu foi demonstrar a redobrada importância que ele passou a ter. Em termos práticos, deve-se considerar que, quando mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência.

Isso significa que é preciso superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência. Não basta ao administrador demonstrar que agiu bem, em estrita conformidade com a lei; sem se divorciar da legalidade (que não se confunde com a estrita legalidade), cabe a ele evidenciar que caminhou no sentido da obtenção dos melhores resultados." (FERRAZ, Sérgio; DALLARI,

Adilson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 77-78).

Nos casos em exame, fica evidente a maior eficiência da atuação administrativa, pois em virtude da melhor adequação técnica dos projetos (de maneira a superar as interferências e atender às imposições ambientais), típica alteração qualitativa, haverá um decorrente aumento quantitativo de obras, mas em compensação, haverá também uma significativa diminuição do tempo de execução inicialmente previsto.

Por outro lado, por não se tratar de alteração radical do projeto original, mas, sim, exatamente, apenas de melhor adequação, os serviços a serem especificamente realizados serão basicamente os mesmos, não havendo maiores dificuldades para o cálculo das alterações dos valores contratados. Uma grande parte terá como base os preços unitários já estabelecidos nos respectivos contratos e o remanescente poderá ser fixado mediante acordo, conforme previsto no § 3º do art. 65 da Lei nº 8.666/93.

Fica, portanto, afastada qualquer cogitação de desvio de poder, de favorecimento indevido ou de superfaturamento, que poderia inquirar as alterações pretendidas.

V - Conclusões

Diante do que foi acima exposto, pode-se agora apresentar objetivamente as seguintes conclusões:

1. O objeto de cada um dos contratos em exame não será desnaturado, pois fica patente que haverá apenas modificação do projeto e de suas especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos.

2. Os estudos técnicos evidenciam que os projetos básicos estavam corretos e eram viáveis, mas circunstâncias justificadamente não previstas nos projetos básicos e somente detectadas por ocasião da elaboração dos projetos executivos dificultaram de forma extraordinária a execução dos contratos na forma inicialmente prevista.

3. Os aditamentos pretendidos decorrem de alterações qualitativas ao objeto de cada um dos contratos, destinadas a melhor atender a finalidade pública que determinou a celebração do contrato originário, sendo as alterações quantitativas decorrentes das modificações ou alterações dos projetos, e não de simples aumento de quantidades inicialmente contratadas.

4. A Lei Federal nº 8.666/93, aplicável ao caso em exame por força da Lei Municipal nº 13.278/02, prevê em seu artigo 65, inciso I, alínea a,

a possibilidade de alteração contratual, via aditamento, para fins de modificação qualitativa do objeto, sem sujeição aos limites previstos em seu §1º, quando evidenciada a efetiva necessidade “*para melhor adequação técnica aos seus objetivos*”.

5. A necessidade das obras e serviços a serem realizados mediante a celebração dos pretendidos aditamentos contratuais ficou exaustivamente comprovada, inclusive no tocante à simultaneidade.

6. Pode-se afirmar, portanto, com segurança, que em face da presença dos pressupostos fáticos e da expressa previsão legal, é plenamente viável o aditamento de ambos os contratos, para dar maior eficiência à atuação administrativa, alcançar mais rapidamente os objetivos que determinaram a celebração dos contratos, assegurar a economicidade dos empreendimentos numa visão mais ampla e melhor atender ao interesse público, entendido como o interesse de toda a coletividade paulistana.

Em face das conclusões acima enumeradas, pode-se, agora, responder direta e objetivamente ao que foi textualmente perguntado:

1. É juridicamente possível aditar os contratos das obras das passagens em desnível Faria Lima-Rebouças e Faria Lima-Cidade Jardim tendo em vista que o projeto executivo das obras alterou a concepção da execução, acarretando assim acréscimos de valores que extrapolam o limite imposto pelo § 1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93?

Resposta - Sim. As alterações qualitativas dos projetos, para melhor adequação aos seus objetivos, não estão sujeitas a limites quantitativos.

2. A realização do aditamento alterando os projetos básicos das passagens em desnível Faria Lima-Rebouças e Faria Lima-Cidade Jardim para a nova concepção estabelecida nos projetos executivos pode gerar algum questionamento à EMURB pelo fato da mesma ter realizado pré-qualificações fundamentadas nos projetos básicos ?

Resposta - Não. A licitação foi feita com estrita observância das exigências legais pertinentes, que condicionam a abertura do certame à existência apenas de projeto básico.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

DALLARI, Adilson Abreu. Contrato de Obra Pública - Circunstâncias ue Determinam a Alteração do Projeto - Acréscimo de Valor Superior a 25% do Valor Inicial do Contrato - Aditamento - Viabilidade Jurídica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 20, novembro/dezembro/janeiro, 2009/2010. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-20-NOVEMBRO-2009-ADILSON-ABREU-DALLARI.pdf>>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

- 1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
- 2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
- 3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
- 4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
- 5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: <http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323>
- 6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: <http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico>

Publicação Impressa / Informações adicionais:

DALLARI, Adilson Abreu. Contrato de Obra Pública - Circunstâncias ue Determinam a Alteração do Projeto - Acréscimo de Valor Superior a 25% do Valor Inicial do Contrato - Aditamento - Viabilidade Jurídica. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 191-209, abr./jun. 2004