



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASPECTOS JURÍDICOS DE ALTERAÇÃO LÍCITA DE CONTRATO  
ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA QUE CONFIGURA RESTRIÇÃO À  
COMPETITIVIDADE E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE  
CONSTITUCIONAL

João Paulo Ramos Oliveira

Rio de Janeiro  
2018

JOÃO PAULO RAMOS OLIVEIRA

ASPECTOS JURÍDICOS DE ALTERAÇÃO LÍCITA DE CONTRATO  
ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA QUE CONFIGURA RESTRIÇÃO À  
COMPETITIVIDADE E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE  
CONSTITUCIONAL

Artigo científico apresentado como exigência  
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato  
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2018

ASPECTOS JURÍDICOS DE ALTERAÇÃO LÍCITA DE CONTRATO  
ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA QUE CONFIGURA RESTRIÇÃO À  
COMPETITIVIDADE E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE  
CONSTITUCIONAL

João Paulo Ramos Oliveira

Graduado pela Universidade Cândido Mendes  
de Niterói. Advogado. Pós-graduado em  
Direito da Administração Pública pela  
Universidade Federal Fluminense.

**Resumo** – Ainda persiste no Brasil o semblante do aperfeiçoamento de novas formas de burlar, sob o manto da licitude, as normas jurídicas protetivas da ordem pública e social de garantia da isonomia, da competitividade e da moralidade administrativa das licitações e contratações públicas. Pautando-se essa premissa no conluio de gestores públicos e particulares, é constante a prejudicialidade do erário público e da própria população quando desprovida dos benefícios resultantes de obras públicas em função da corrupção desenfreada. Diante disso, o presente artigo tem por escopo dissecar esses atos de malferimento da coisa pública e seus contornos jurídicos que vilipendiam os princípios acima elencados e desnaturam a essência do interesse público.

**Palavras-chave:** Direito público. Licitação de Obras Públicas. Alteração Contratual. Aspectos jurídicos relevantes. Violação de regras e princípios constitucionais e legais.

**Sumário** – Introdução. 1. Aspectos jurídicos controvertidos sobre as alterações dos contratos administrativos de obras públicas de grande porte no direito brasileiro. 2. Normas infraconstitucionais que conferem legitimidade às alterações contratuais burladas pelos licitantes em conluio com gestores públicos. 3. Meios lícitos de modificação substancial do contrato que violam a competitividade, a isonomia e a moralidade administrativa do certame. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico discorre sobre a função protetiva do princípio constitucional da moralidade nos casos de alterações lícitas de contratos administrativos de obras públicas de grande porte que configuram restrição à competitividade e a isonomia dos concorrentes.

Um dos temas jurídicos mais tormentosos na doutrina e na jurisprudência administrativa, em especial nas Cortes de Contas do país, é o alcance interpretativo dos limites, elementos e requisitos contemplados nas alterações qualitativas e quantitativas dos contratos administrativos que podem ocasionar diversos prejuízos aos cofres públicos.

Objetiva-se demonstrar que mesmo diante de diversos mecanismos administrativos e legislativos disponíveis aos órgãos de controle externo e interno da Administração Pública no

exercício da fiscalização das licitações e contratos administrativos, os gestores em conjunto com o particular buscam inovar, inclusive de forma lícita, os meios de burlar as regras e princípios constitucionais e legais sobre a matéria.

Sob o crivo da improbidade desses atores, a população é cada vez mais afetada pelos efeitos desses desvios de finalidade imbuídos em contratos de obras públicas, a qual se encontra desprovida dos benefícios resultantes dessas intervenções, tais como serviços públicos essenciais (hospitais, escolas, estações de tratamento e fornecimento de água, etc.), desenvolvimento (estradas, rodovias, portos, etc.) e sociais (cultura, saúde, educação, previdência social, moradia, ciência e tecnologia, etc.).

Nesse passo, essas questões sugerem algumas reflexões: a criatividade na violação de normas e princípios que regem as licitações públicas advém do próprio descompasso da lei com a realidade em transformação incessante ou o conluio dos licitantes com gestores públicos facilita a manutenção do viés corruptivo amplamente conhecido no seio popular? Há, de fato, instrumentos jurídicos lícitos de alteração de contratos administrativos que vilipendiam a competitividade, a isonomia e moralidade administrativa do certame?

Essas discussões devem ser dissecadas em razão do ínfimo debate sobre o tema na doutrina e na jurisprudência, ao passo que a assincronia das alterações legislativas com as inovações jurídicas cotidianas permite a malfeitora criação de mecanismos insurgentes das brechas normativas, beneficiando empresários e agentes políticos. Nesse caso, é necessário estudar os instrumentos jurídicos lícitos que legitimam a alteração de contratos, sob o enfoque da lei, mas que vilipendiam a competitividade, a isonomia e moralidade administrativa.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os aspectos jurídicos controvertidos sobre alterações de contratos administrativos de obra pública no direito brasileiro, com ênfase em contornos, jurídicos-normativos, sociais e econômicos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, as observações acerca das normas infraconstitucionais que conferem legitimidade às alterações contratuais, embora burladas pelos licitantes em conluio com os gestores públicos, as vezes sob o manto de suposta licitude, as quais traduzem em prejuízos ao erário e por consequência os próprios beneficiários diretos no seio social, ou seja, a coletividade.

O terceiro capítulo pesquisa os instrumentos considerados lícitos de modificação substancial do contrato administrativo que, ainda assim, configuram restrição à competitividade e a isonomia do certame além de violar o princípio da moralidade administrativa de índole constitucional.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, uma vez que o pesquisador analisa os problemas em um movimento lógico descendente, ou seja, a partir de uma premissa maior considerada verdadeira (uma lei ou teoria) submete-se uma segunda premissa (premissa menor) e pela lógica chega-se a uma conclusão que já estava presente nas premissas trabalhadas.

Nesse contexto, a verificação ampla do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para defender a sua tese.

## 1. ASPECTOS JURÍDICOS CONTROVERTIDOS SOBRE AS ALTERAÇÕES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRAS PÚBLICAS DE GRANDE PORTE NO DIREITO BRASILEIRO

A Administração Pública, em regra, está obrigada a realizar licitação prévia para selecionar a proposta mais vantajosa visando a contratação de obras, serviços e compras, por força do art. 37, XXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>1</sup>.

A lei infraconstitucional de regência das contratações do Poder Público a que se refere o dispositivo constitucional é a Lei nº 8.666/93<sup>2</sup>, que disciplina como norma geral as licitações e contratos administrativos da Administração Pública.

Entretanto, um dos temas mais tormentosos que gravitam na doutrina e na jurisprudência administrativa é a possibilidade de alteração dos contratos administrativos, sob o comando do art. 65 do diploma supracitado<sup>3</sup>, que disciplina os limites de modificações qualitativas e quantitativas do objeto inicialmente pactuado.

Depreende-se da leitura do referido dispositivo que o legislador oportunizou inequívoca prerrogativa para a Fazenda Pública – alteração unilateral dos contratos administrativos – e conferiu ao administrador ampla discricionariedade na execução e fiscalização desses ajustes, mormente as modificações quanto aos aspectos qualitativos e quantitativos do objeto contratual, limitadas a 25% do valor inicial atualizado do contrato, e,

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2017.

<sup>2</sup> Idem. *Lei nº. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)> Acesso em: 12 set. 2017.

<sup>3</sup> Ibidem.

no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

A exegese do dispositivo em comento prima pela mutabilidade do termo contratual sob dois vieses: (i) unilateral – art. 58, caput, inciso I c/c art. 65, *caput*, inciso I, alíneas “a e b”, ambos da Lei de Licitações<sup>4</sup> – que decorre da prerrogativa da Administração imanente aos postulados constitucionais da supremacia do interesse público a qual revela superioridade sobre os interesses privados e a condição de curadora dos interesses públicos primários, também usualmente chamados de interesses coletivos primários e; (ii) bilateral – art. 65, caput, inciso II, alíneas “a, b, c e d”, da Lei de Licitações<sup>5</sup> – o qual insere aparente margem de negociabilidade entre os contratantes, embora disponha de critérios objetivos, desde que conveniente (vantagem, interesse, proveito) em substituir a garantia da execução ou quando necessária (indispensável, essencial, inevitável) modificação no regime de execução da obra.

O campo de observação deste trabalho se restringe aos aspectos jurídicos mutáveis insertos no art. 65, caput, inciso I e §1º da Lei nº 8.666/93<sup>6</sup>, em especial os contratos de obras públicas de grande porte, que geram maiores controvérsias na jurisprudência, no tocante às alterações qualitativas e quantitativas do objeto contratual e suas limitações.

Os limites estabelecidos no §1º, da lei de regência têm como fundamento precípua impedir o administrador, ou até mesmo o particular em conluio com a Administração, de alterar significativamente o objeto do contrato, vilipendiando a própria razão de ser da licitação, ou realizar “jogo de planilhas”, instrumento de superfaturamento comumente adotado nos certames do país sob a veste da “legalidade”, mas que, caracteriza-se pela configuração de reduzidos preços unitários a serviços que previamente a empresa tem conhecimento de que não serão executados ou que terão os quantitativos diminuídos e de elevados preços a serviços que terão os seus quantitativos acrescidos por meio de modificações contratuais sob o pretexto do atendimento do interesse público.

Segundo Altounian, jogo de planilhas pode ser definido como:

pode ocorrer na contratação de obras públicas, em regime de empreitada por preço unitário, que haja determinados itens com preços superfaturados, embora o preço global da obra seja compatível com o de mercado. Esses itens superfaturados, no decorrer da execução da obra, podem ter os seus quantitativos aumentados mediante aditivos contratuais — é o chamado jogo de planilha. Assim, o custo global da obra fica em desacordo com o de mercado, arcando a União com o prejuízo<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras Públicas: Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 388.

Apesar da imposição legal dos limites previstos no §1º, do art. 65, da Lei de Licitações<sup>8</sup> – acréscimos ou supressões de obras até 25% do valor inicial do contrato – como toda norma é fruto da hermenêutica que se extrai do ato normativo, referido dispositivo foi alvo de interpretação pela doutrina na Decisão Plenária nº 215/99<sup>9</sup> proferida pelo Tribunal de Contas da União, a qual firmou o entendimento de ser facultado à Administração, apenas nas alterações contratuais qualitativas, ultrapassar os limites fixados no dispositivo legal em questão, desde que satisfeita uma série de requisitos cumulativos. Veja-se:

O TCU, apesar de firmar entendimento de que as alterações contratuais quantitativas e qualitativas estão sujeitas aos limites impostos na lei, reconheceu a faculdade da Administração, em casos excepcionalíssimos, de ultrapassar esses limites, nos termos da seguinte decisão:

(...)

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

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

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

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

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

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Pela análise estrita do trecho supracitado, seus contornos permitem, inequivocamente, configurar, a título de exemplo, acréscimos de 60% dos itens da planilha orçamentária e supressões de 45% de outros itens, cuja compensação equivale a 15% de modificação quantitativa, superior ao ajuste inicialmente pactuado, adequando-se ao limite de 25% do §1º do art. 65, da Lei de Licitações<sup>10</sup>.

A linha que, de um lado, separa a indesejável e significativa alteração do objeto do contrato e de outro a necessidade de se adequar o projeto à realidade em que se demanda

---

<sup>8</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>9</sup> ALTOUNIAN, op. cit., p. 379.

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

otimização de sua consecução sem violar a lei e o próprio comando da Decisão nº 215/99-TCU<sup>11</sup> é tênue, e exige, sem retórica, efetivo grau de confiança a ser depositado pelo administrador e pelo particular no trato da coisa pública, sob pena de se afastar não só a legalidade dos seus atos, como a própria moralidade administrativa – princípio de status constitucional que, nos tempos de hoje, em caso de afronta direta ou indireta, é veementemente repudiado pelo povo brasileiro.

Embora esses limites estabelecidos na Lei de Licitações<sup>12</sup> tenham sido relativizados conforme citado pela doutrina, em relação às alterações contratuais, o que se almeja é manter a finalidade de se evitar a criação de vantagens indevidas, o direcionamento dos certames de obras públicas e o consequente superfaturamento dos futuros contratos administrativos e outros subterfúgios que possam desabonar a moralidade administrativa.

Entretanto, vale dizer que com a prolação do Acórdão nº 749/2010-TCU-Plenário, em 14/4/2010<sup>13</sup>, citado pela doutrina especializada, não mais se admite, para fins de cálculo dos limites de aditamento contratual, previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993<sup>14</sup>, a compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões de itens do contrato de obras. Os limites de alteração são aplicados a cada um desses conjuntos, individualmente, sem compensação entre eles, justamente para evitar a alteração do objeto inicialmente pactuado, jogo de planilhas ou quaisquer outros meios escusos que possam burlar a finalidade do objeto do contrato administrativo.

Por isso, o acréscimo do valor do contrato acima do limite estabelecido pelo legislador infraconstitucional, por poder acarretar modificação substancial das condições inicialmente ajustadas, e, conseqüentemente prejuízos ao interesse coletivo primário, deve ser analisado com muita cautela, a fim de se evitar o malferimento dos princípios gerais das licitações, dentre os quais os da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia e da competitividade.

Por conta desses aspectos citados que se deve debruçar com mais afinco nas discussões que reclamam maior controle do administrador público, quer seja nos termos aditivos de acréscimos quantitativos, ou, desenfreadamente, nas compensações qualitativas que desnaturam o objeto central da contratação da obra pública. Entretanto, há outros meios insidiosos de burlar a licitude das contratações de obras públicas praticados por gestores e particulares, tendo como exemplo a supressão de itens que violam a competitividade, o qual

---

<sup>11</sup> ALTOUNIAN, op. cit., p. 379.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>13</sup> ALTOUNIAN, op. cit., p. 381.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.



será dissecado neste trabalho, que passam de forma despercebida pelos órgãos e entidades de controle interno e externo da Administração Pública.

É nesse contexto que gestores públicos em conluio com sociedades empresárias de grande porte inovam incessantemente sob o enfoque de malferir atos de improbidade ou desvio de dinheiro público, no sentido de burlar cada vez mais a licitações públicas em todo país.

Portanto, expõe-se no cenário cotidiano, significativos danos ao erário, sem que a população receba a correspondente contrapartida, ou seja, evidencia-se o desprovimento de benefícios resultantes das intervenções estatais, como serviços públicos essenciais (hospitais, escolas, estações de tratamento e fornecimento de água, etc.), desenvolvimento (estradas, rodovias, portos, etc.) e sociais (cultura, saúde, educação, previdência social, moradia, ciência e tecnologia, etc.).

## 2. NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS QUE CONFEREM LEGITIMIDADE ÀS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS BURLADAS PELOS LICITANTES EM CONLUIO COM GESTORES PÚBLICOS

A norma-regra que fundamenta qualquer alteração do contrato de obra pública de grande porte está situada no art. 65, da Lei nº 8.666/1993<sup>15</sup>. Entretanto, há outros dois importantes dispositivos que também disciplinam a mesma matéria que são a prorrogação do contrato e a alteração unilateral pela Administração Pública – artigos 57 e 58, da Lei nº 8.666/1993<sup>16</sup>, respectivamente.

É comum a celebração de termos aditivos pelos entes federativos no sentido de alterar cláusulas contratuais por diversos motivos, como a prorrogação de prazo de vigência e execução de obra, formas e condições de pagamento, alteração do cronograma físico-financeiro e, principalmente, a modificação da planilha orçamentária, com acréscimos e reduções (qualitativa e quantitativa) de itens que compõe a obra ou serviço.

O ajuste pode ser feito de forma consensual ou unilateral, restrita, esta última, à Administração Pública no uso de suas atribuições legais inerentes à supremacia do interesse público. No campo do direito público, são denominadas de cláusulas exorbitantes e são exclusivas dos contratos administrativos porque se afastam da órbita da normalidade de qualquer contrato da ordem civil. Além disso, elas têm como escopo a participação da

---

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Ibidem.

Administração na relação jurídica bilateral como única legitimada a fixar as condições iniciais do ajuste, por meio de edital de licitação, autorizada pela Lei nº 8.666/1993<sup>17</sup>, nos termos do art. 58, e 65, inciso I.

Em tese, elas conferem prerrogativas excepcionais à Administração Pública em razão do interesse público envolvido, cujo enfoque é a possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, a revisão dos preços e das tarifas, a inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido e aplicação das penalidades contratuais pela Administração.

Frisem-se as manifestações de Jessé Torres Pereira Júnior, que corroboram tal assertiva:

O primeiro bloco de alterações reúne aquelas que a Administração pode introduzir no contrato sem consultar o contratado, isto é, alterações que a este obrigam porque decorrentes do poder de disposição unilateral que a lei outorga à Administração quanto às cláusulas de serviço ou regulamentares.

Duas são as possibilidades: (a) alteração que, no contrato, corresponda a modificação de projeto ou de especificações; (b) alteração que ajuste valores contratados a reduções ou acréscimos quantitativos do objeto a ser executado<sup>18</sup>.

A título de exemplo, as principais cláusulas autorizadas pelo diploma supracitado e seus respectivos dispositivos são: (i) poder de alterar unilateralmente o contrato previsto no artigos 58, I, e 65<sup>19</sup>; (ii) poder de rescisão unilateral ou anulação do contrato disposto nos artigos 79, I, e 78<sup>20</sup>; (iii) fiscalização da execução do contrato, nos termos do art. 67<sup>21</sup>; (iv) aplicação de penalidades em razão da inexecução total ou parcial do ajuste, de acordo com os artigos 87 e 86<sup>22</sup>; (v) exigência de garantia para os contratos conforme o art. 56<sup>23</sup>; (vi) ocupação provisória prevista nos artigos 58, V, e 80<sup>24</sup> e; (vii) restrições à possibilidade de alegar a exceção do contrato não cumprido, disciplinado no art. 78, XIV e XV<sup>25</sup>.

As demais cláusulas contratuais – em especial aquelas consideradas essenciais dispostas no art. 55, da Lei nº 8.666/93<sup>26</sup> – como a cláusula econômico-financeira e monetária dos contratos administrativos, não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado, de acordo com o art. 58, §1º do mesmo diploma legal.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 650.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Ibidem.

No entanto, há certa contradição na norma supracitada com o comando previsto no art. 65, §1º<sup>27</sup>, uma vez que este dispositivo prevê a alteração unilateral a ser suportada pelo particular limitados a 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, o que, conseqüentemente, acarretará alteração na planilha orçamentária e na cláusula econômico-financeira se os itens alterados não se compensarem pelo binômio redução/acrécimo.

De qualquer modo, prevalece o entendimento de que não há conflito entre esses dispositivos, visto que o que não se permite é a modificação unilateral pela Administração Pública dos critérios de reajuste, valor monetário do item da planilha orçamentária, índices de correção, etc., sob pena de causar desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, insuportável pelo particular, ao alvedrio dos princípios da vinculação ao edital, legalidade e isonomia.

Embora devidamente disciplinados os critérios legais que implicam alterações dos contratos administrativos, obras públicas de grande porte demandam contornos técnicos cuja complexidade e magnitude, por vezes, exigem um esforço interpretativo do administrador que perfectibilize o enquadramento do motivo fático que enseja a alteração contratual com a norma de regência, por revestirem-se de conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, quando palavras ou expressões contidas na norma são vagas ou imprecisas, ficando a critério da Administração interpretá-las sob o manto da discricionariedade administrativa.

É nesse contexto que reside um dos grandes males das licitações públicas. As obras públicas de grande porte, por destinarem significativa parcela dos recursos públicos na sua consecução, revelam-se fonte de custeio, manutenção e propagação da corrupção no País, em razão do superfaturamento, sobrepreço, jogo de planilha, fraudes, cartelização, etc.

Por conta disso, são frequentes os meios insidiosos nas licitações públicas, e por consequência são diversos os prejuízos decorrentes da má qualidade dos projetos básicos, bem como falhas na fiscalização das obras por parte da Administração Pública, que derivam da ineficiência ou da corrupção de seus servidores e das autoridades políticas em conluio com empresários.

Em termos mais específicos, é comum as alterações dos contratos de obras públicas evidadas de vícios de conteúdo material decorrentes da colusão dos representantes da Administração e do particular, sob a veste formal da “legalidade”. A exemplo, tem-se a

---

<sup>27</sup> Ibidem.

prorrogação do prazo de vigência do contrato ou a própria postergação da emissão da ordem de início da execução das obras visando assegurar o pagamento do reajuste anual previsto no art. 40, XI, da Lei nº 8.666/1993<sup>28</sup>.

No entanto, o instrumento habitual adotado pelos administradores públicos e empresários na prática de atos ilícitos é a alteração contratual qualitativa/quantitativa prevista no art. 65, da Lei de Licitações<sup>29</sup> formalizada por meio de termo aditivo, que permite, unilateral ou consensualmente modificar itens da planilha orçamentária da obra licitada, cuja execução é realizada em conjunto com a elaboração do projeto executivo, em que este, compõe-se do conjunto de elementos necessários à execução completa da própria intervenção.

A norma acima destacada<sup>30</sup>, em seu parágrafo primeiro, estabelece a possibilidade de acréscimo ou supressão na margem de 25% (vinte e cinco por cento) para execução de obra e 50% (cinquenta por cento) para reforma de edifício ou equipamento, em função de possíveis variações que incidem no curso de qualquer obra, sejam elas supervenientes ou não.

Com base nesse dispositivo, muitos operadores do direito interpretam essa modalidade de alteração de forma isolada, ou seja, compensando-se as reduções e os acréscimos, respeitados os limites legais. É como se uma determinada obra pública, cuja planilha orçamentária inicial contenha, sob o critério de preços unitários, 100 (cem) itens, e no curso do contrato ela tivesse uma redução de 60 (sessenta) itens e um acréscimo de 65 (sessenta e cinco) itens novos, alterando-se o quantitativo/qualitativo em apenas 5% (cinco por cento), totalizando 105 (cento e cinco) itens.

Na verdade, essa compensação teria aparentemente modificado o objeto do contrato, e conseqüentemente violado os princípios da competitividade e isonomia do certame, já que dos 100 (cem) itens originais só restaram 40 (quarenta), certo que o total de 105 (cento e cinco) itens consignados na nova planilha decorreram do acréscimo de 65 (sessenta e cinco) itens novos. Ainda que fossem acrescidos apenas 60 (sessenta) itens novos, igualando-se aos 100 (cem) itens de origem, estaríamos diante de uma alteração de 60% (sessenta por cento) do contrato inicialmente pactuado, o que presume a modificação substancial do objeto.

De fato, o projeto básico – conjunto de elementos necessários e suficientes com nível de precisão adequado para caracterizar a obra – revela apenas uma estimativa da obra, e não um projeto pronto e acabado, devendo ser verificada sua compatibilidade com a concretude da obra, ou seja, as condições reais dos trabalhos.

---

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Ibidem.

Assim, ainda que fosse inevitável alterar o contrato em função de fatos supervenientes ou retificá-lo em decorrência de eventuais incorreções do projeto básico, o Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão 749/2010-TCU-Plenário de 14/4/2010<sup>31</sup> citado pela doutrina especializada, firmou o entendimento de que não mais se admite para fins de cálculo dos limites de aditamento contratual, previstos no art. 65, da Lei nº 8.666/1993<sup>32</sup>, a compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões de itens do contrato de obras, ou seja, os limites de alteração são aplicados a cada um desses conjuntos, individualmente, sem compensação entre eles.

Além desses instrumentos “supostamente” lícitos, há ainda o sobrepreço, o superfaturamento e o jogo de planilha. Este, configura-se pela contratação de obras públicas, em regime de empreitada por preço unitário, em que haja determinados itens com preços superfaturados, embora o preço global da obra seja compatível com o de mercado. Esses itens superfaturados, no decorrer da execução da obra, podem ter os seus quantitativos aumentados mediante aditivos contratuais, logo, o custo global da obra fica em desacordo com o de mercado, arcando o ente federativo contratante com o prejuízo.

O sobrepreço é a irregularidade que ocorre quando o preço global de um contrato ou os preços unitários constantes de sua composição encontram-se injustificadamente superiores aos preços praticados no respectivo mercado. Por sua vez, em relação ao superfaturamento, existem duas modalidades: a primeira é quando se faturam serviços ou itens de uma obra ou fornecimento com sobrepreço; e a segunda quando se faturam serviços ou itens que não foram executados ou entregues, total ou parcialmente. No primeiro caso, um contrato com sobrepreço, ao ser executado, gerou superfaturamento. No último, mesmo que o contrato tenha sido celebrado com estrita observância dos preços de mercado, o superfaturamento deriva do fato de o produto não ter sido entregue na quantidade ou na qualidade especificadas e, ainda assim, o pagamento ter sido feito na totalidade ou em montante superior ao devido.

Todas as situações fáticas até aqui demonstradas adotam instrumentos típicos de alteração do contrato administrativo – planilha orçamentária, cronograma físico-financeiro, termos aditivos de prorrogação, aditivos qualitativos e quantitativos, composição de itens e preços unitários – formalmente lícita aos olhos dos órgãos de controle e fiscalização, mas, seu conteúdo material veicula vícios que prejudicam o erário e o interesse público.

Essas irregularidades são gravosas e devem ser elididas pelos órgãos de controle externo das Cortes de Contas do país. Ademais, essas condutas tipificam crimes que devem

---

<sup>31</sup> ALTOUNIAN, op. cit., p. 381.

<sup>32</sup> Ibidem.

ser apuradas pelas autoridades competentes e apreciadas pelo Poder Judiciário, tendo em vista que superfaturamento, o sobrepreço, o jogo de planilha, o desrespeito aos limites legais de alteração do objeto e as prorrogações sucessivas sem causa ou motivo aparente dos contratos na administração pública provocam prejuízos de ordem econômica, política e social estratosféricos, além de irrigar a corrupção em múltiplos poderes e escalões hierárquicos.

É cediço que esse fato social sempre foi visto por toda a população brasileira, a qual sempre depositou desconfiança na atuação dos agentes que comandam os órgãos públicos espalhados pelo país, cuja reputação duvidosa fomentou a cartelização consubstanciada no conluio dos licitantes com gestores públicos de contratos administrativos de obras públicas e demais segmentos de controle e fiscalização dos poderes executivos e legislativos sob a margem da lei, perpetuando a manutenção do seio corruptivo.

### 3. MEIOS LÍCITOS DE MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL DO CONTRATO QUE VIOLAM A COMPETIVIDADE, A ISONOMIA E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA DO CERTAME

Não há dúvidas de que a licitação é regida por princípios gerais que interessam a toda a atividade administrativa, como os mencionados pelo art. 37, caput, da CRFB/88<sup>33</sup>: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Entretanto, como ressaltado anteriormente, existem alguns princípios específicos que acentuam as peculiaridades próprias do procedimento licitatório, em especial, do formalismo, da competitividade, do julgamento objetivo, da vinculação ao instrumento convocatório, do sigilo das propostas, da isonomia e da adjudicação compulsória.

É com base nesse arcabouço principiológico que os órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública se instrumentalizam contra o abuso de poder perpetrados por agentes públicos ou políticos em conluio com o particular, em especial as sociedades empresárias no âmbito das licitações e contratações públicas.

Isso decorre pelo simples fato de que há meios considerados lícitos, ou seja, que atendem a norma-regra do ordenamento jurídico pátrio, mas, violam substancialmente princípios de ordem pública. A exemplo, é comum o debate nas Cortes de Contas do país acerca dos limites que permeiam a discricionariedade do administrador ao exigir qualificação técnica do licitante para se habilitar no certame, como previsto no art. 30 da lei n.º. 8.666/93<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

O referido dispositivo chancela, em especial no inciso II e nos parágrafos 1º e 2º, certa margem de liberdade para que o ente exija do licitante experiências técnico-profissional ou técnico-operacional, adotando-se critérios restritivos ou abertos para que o particular se habilite no certame. É nesse ponto que muitos administradores inserem exigências excessivas que objetivam o direcionamento da licitação para um determinado competidor, cuja fixação discricionária de requisitos de habilitação técnica serve unicamente de instrumento para frustrar o comando constitucional de assegurar o mais amplo acesso de licitantes.

Há, outrossim, outro exemplo de critério de conveniência e oportunidade adotado usualmente pela Administração Pública no seio corruptivo que é o afastamento da licitação para a execução de obras públicas emergenciais ou de calamidade pública, sob a proteção do art. 24, IV, da Lei de licitações<sup>35</sup>. Pela leitura do texto legal, percebe-se que a norma não descreve as hipóteses em que se enquadram o conceito de “emergência” e “calamidade pública”, embora seja este o ponto nevrálgico que autoriza a dispensa de licitação.

A título de exemplo, para Antônio Carlos Cintra do Amaral, o conceito de “emergência” é:

a nosso ver, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização de licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou, ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária, no momento preconizado, não se caracteriza a emergência<sup>36</sup>.

Verifica-se que o conceito de “emergência” é juridicamente indeterminado e, por isso, requer uma valoração por parte do aplicador da norma orientado pelos princípios já mencionados, dentro de um critério de razoabilidade e proporcionalidade. Sendo essa hipótese excepcional, uma vez que a regra é licitar, a interpretação do conceito legal permite que meios escusos sejam adotados como parâmetro de se contratar diretamente uma determinada sociedade empresária para a execução da obra pública em detrimento da competitividade.

Ocorre que, esses exemplos citados, além de outros (art. 33, caput da Lei nº. 8.666/93<sup>37</sup>), são comumente alvo de investigações pelas Cortes de Contas e pelo Ministério Público. No entanto, há um caso em que não há cristalina evidência de ilegalidade ou ilegitimidade no ato, a ponto de ser percebido pelos órgãos de controle com tanta facilidade.

---

<sup>35</sup>Ibidem.

<sup>36</sup>AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Dispensa de licitação por emergência. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 6, set., 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

<sup>37</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

O art. 31, §3º da Lei nº. 8.666/93<sup>38</sup> afirma que o administrador pode exigir do licitante capital mínimo ou patrimônio líquido não excedente a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

Trata-se de exigência de qualificação econômico-financeira como requisito de habilitação do licitante, na intenção de resguardar o seu regular andamento e da execução do futuro contrato. O dispositivo em questão prevê a exigência de capital mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação. Tal cláusula especifica a verificação de saúde financeira por parte do licitante, já que o Poder Público, diante do formalismo das licitações, não pode se sujeitar a contratar determinada entidade para executar uma obra pública sem garantias de que o licitante poderá executar integralmente o objeto.

Se uma determinada obra pública for licitada no valor de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), e no instrumento convocatório for exigido capital mínimo ou patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, a licitante terá que comprovar R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), conforme determina a lei. Caso a sociedade empresária acima citada se sagre vencedora do certame, a ela o objeto será adjudicado e homologado, concedendo-lhe exclusividade na execução.

Ocorre que, conforme já analisado, no curso do contrato há possibilidade fática e jurídica de se alterar itens da planilha orçamentária dentro dos limites legais previstos no art. 65, da Lei nº. 8.666/93<sup>39</sup>. No caso de supressões de itens, o que impacta invariavelmente o valor global do contrato, o §2º, inciso II permite que o limite de 25% seja extrapolado desde celebrado mediante termo aditivo amigável.

Nesse contexto, se o valor do contrato – impactado pela supressão de itens da planilha orçamentária – for reduzido a 50% (cinquenta por cento), no exemplo acima, passará a ser de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais). Aparentemente, não qualquer ilegalidade do aditivo, até porque há determinadas obras ambientais, por exemplo, que têm como objeto a dragagem de rios, o que confere viabilidade de redução significativa de sua extensão, visto que a elaboração do projeto executivo em conjunto com a obra se deparou com a desnecessidade de intervenção em todo o corpo hídrico – redução de 10km de dragagem para 5km em função do desassoreamento natural).

Contudo, em havendo conluio entre o administrador e o contratado ao tempo da licitação, é possível que ambos já tenham conhecimento de que a execução da dragagem já

---

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> Ibidem.



seria inferior – R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais), com base em critérios de aferição técnica ao elaborar o projeto básico – mas, ao invés de reduzir o valor global da licitação, prefere-se a manutenção do valor de aparente R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), já que o rol de competidores seria, também, reduzido.

Explica-se. Se a licitação fosse realizada de acordo com a real necessidade da intervenção - R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais) – os competidores, como condição de comprovar sua saúde financeira, precisariam apenas demonstrar capital social ou patrimônio líquido equivalente a R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais) e não R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) mencionados inicialmente no exemplo, em cumprimento à exigência econômico-financeira do certame.

Tal colusão compreende redução significativa do rol de interessados que poderiam participar da licitação, violando manifestamente os princípios da competitividade, da isonomia e da moralidade administrativa, ainda que o ato contenha aparente veste legal.

Evidencia-se, portanto, o vilipêndio de preceitos éticos e morais, já que tal violação implicaria na transgressão do próprio Direito, passível de responsabilização cível, criminal e administrativa dos envolvidos, além de invalidar o certame.

Desse modo, percebe-se que o princípio da legalidade está intimamente ligado ao princípio da moralidade, pois não basta que o agente administrativo e o particular obedeçam apenas aos ditames da lei, não basta a conformação do ato administrativo com a lei, é preciso que ambos, além da legalidade, procedam suas atividades observando a moralidade administrativa, que seria, em última análise, um controle moral essencial à Administração Pública.

## CONCLUSÃO

Apesar das críticas de muitos doutrinadores e juristas que aprofundam o estudo das licitações públicas, especialmente no tocante às contratações de obras de grande porte, nota-se que a Lei de Licitações ainda vigora como importante instrumento de garantia da isonomia de tratamento dos licitantes, da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração e da competitividade do certame.

É nesse contexto que este estudo científico procurou abordar, inicialmente, os contornos divergentes da doutrina administrativa e da jurisprudência brasileira em relação à limitação das alterações qualitativas e quantitativas dos contratos de obra pública de grande

porte, cujo papel, ao longo dos anos, insurgiu-se como fator serviente e indesejável para a elucubração de gestores públicos e empresários malferirem verbas públicas em detrimento da população que carece cada vez mais de serviços públicos e infraestrutura.

Levou-se a crer que os meios ardilosos adotados a pretexto de se alterar significativamente do objeto do contrato sob os diversos argumentos cuja finalidade era o sobrepreço, o superfaturamento e a má qualidade na execução das obras públicas como forma de baratear o custo, com o aval e o conluio das partes contratantes, serviu de cenário para que as Cortes de Contas pudessem exercer de forma exaustiva o controle externo desses contratos administrativos.

O entendimento a que chegou este pesquisador confirma que as brechas legislativas, as interpretações normativas distorcidas, a corrupção e o uso indiscriminado da máquina administrativa como celeiro de ações cujo destino favorece apenas uma minoria, propiciaram não só a perpetuação da prática de atos ilícitos, como inovou ao criar meios e instrumentos de se malferir atos de improbidade ou desvio de dinheiro público, no sentido de burlar cada vez mais a licitações públicas em todo país, dentro de uma “suposta” legalidade.

Por tal motivo, contemplou-se, em seguida, que a cartelização consubstanciada no conluio dos licitantes com gestores públicos de contratos administrativos de obras públicas, unida aos demais segmentos de controle interno e externo dos poderes executivos e legislativos sob a margem da lei, facilitaram a manutenção do viés corruptivo embora amplamente conhecida no seio popular.

No caso, as alterações contratuais em total desrespeito aos limites legais, embora sopesados pela interpretação normativa do art. 65, da Lei de Licitações, visto se tratar de exceção normativa que visa assegurar certa margem de discricionariedade na condução de uma obra, vindicaram outros meios insidiosos de burlar a licitude. Citou-se como exemplo, a supressão de itens que violam a competitividade, as alterações eivadas de vícios de conteúdo material, a prorrogação do prazo de vigência do contrato para fins de reajuste, e principalmente, a alteração contratual qualitativa/quantitativa possibilitando a modificação substancial do objeto, o sobrepreço, o superfaturamento e o jogo de planilha.

Dessa feita, concluiu-se que essas irregularidades se pautam no mais alto grau de lesividade ao erário, passíveis de sanções severas, em qualquer esfera de proteção jurídica, seja ela cível, penal e administrativa, as quais devem ser combatidas pelos órgãos de controle externo e interno da Administração Pública e apuradas pelas autoridades competentes em razão dos prejuízos de ordem econômica, política e social que sofrem a sociedade como um todo.

No mais, foram apresentados modelos específicos de colusão revestidos de suposto caráter “lícito”, mas que violam substancialmente princípios de ordem pública. Ilustrou-se, como exemplo, a discricionariedade do administrador ao exigir qualificação técnica excessiva do licitante para se habilitar no certame, os critérios conceituais de dispensa de licitação para a execução de obras públicas emergenciais ou de calamidade pública, e, principalmente, a exigência de capital mínimo não excedente a 10% (dez por cento) do valor estimado da licitação, como forma de averiguar a saúde financeira do licitante, que, após a celebração do contrato, é alvo de significativa redução de seu objeto, violando manifestamente os princípios da competitividade, da isonomia e da moralidade administrativa.

Ficou patente, por essas considerações, que a proposta do autor consistia na tese de que a certeza da impunidade pode e deve ser rechaçada não só com a verificação da ocorrência dos princípios gerais que interessam a toda a atividade administrativa previstos no caput do art. 37, da CRFB/88, mas, principalmente, os princípios específicos que acentuam as peculiaridades próprias do procedimento licitatório, em especial, o formalismo, a competitividade, a vinculação ao instrumento convocatório, o sigilo das propostas, a isonomia. Desse modo, não há dúvidas de que a legalidade está intimamente vinculada ao princípio da moralidade, pois não basta a conformação do ato administrativo com a lei, é necessário que todos os interessados exerçam suas atividades com ética, moral e transparência, em prol do interesse público.

## REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras Públicas: Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Dispensa de licitação por emergência. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 6, set., 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)> Acesso em: 12 set. 2017.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.