Nº 33 – janeiro/fevereiro/março de 2013 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC

Aline Lícia Klein
Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutoranda em Direito do Estado na Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

1 **Introdução**

A escolha do Brasil para sediar a Copa das Confederações FIFA-2013, a Copa do Mundo FIFA-2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 foi acompanhada do compromisso do país de propiciar toda a infraestrutura necessária para a realização dos eventos desportivos de maior repercussão mundial.

Para a execução das obras nas cidades-sede e no seu entorno dentro do prazo previsto, observando-se a determinação constitucional de realização de prévia licitação (art. 37, inc. XXI), instituiu-se o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC mediante a edição da Lei n° 12.462, regulamentada pelo Decreto n° 7.581. Procurou-se conceber uma modalidade de licitação apta, por um lado, a tornar o procedimento de contratação mais célere e, por outro, a garantir a obtenção do resultado final visado, que é a conclusão das obras no prazo previsto.

O RDC consagra diversas soluções inovadoras em relação ao regime geral de licitações, previsto na Lei n° 8.666. Algumas dessas novidades consistem na incorporação legislativa de interpretações já reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência para determinados aspectos do regime geral[1]. Outras inovações refletem o intento de se obter uma solução para diversos impasses verificados na aplicação concreta da Lei n° 8.666[2].

Os diplomas legais que regulam o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC não dispõem amplamente sobre a disciplina dos contratos a serem firmados a partir de licitações realizadas nessa modalidade.

A Seção III da Lei n° 12.462, que versa sobre as regras específicas aplicáveis aos contratos celebrados no âmbito do RDC, contém apenas seis

[1] É o que se verifica, por exemplo, com a expressa menção à possibilidade de correção de defeitos meramente formais (Lei n° 12.462, art. 28, inc. I).

[2] Assim se passa em relação aos procedimentos auxiliares das licitações, previstos nos arts. 29 a 33 da Lei n° 12.462, que objetivam abreviar o exame dos documentos de habilitação e das propostas no curso da licitação ao transferir a avaliação de diversas questões para uma fase que antecede a abertura do certame.

dispositivos. A diretriz geral consta do art. 39, que prevê que os contratos administrativos serão regidos pelas normas da Lei n° 8.666, ressalvando as regras sobre a matéria previstas na legislação específica do RDC[3].

No que diz respeito à alteração de contratos, podem ser destacadas duas regras específicas, que regulam a matéria de forma parcialmente diversa em relação ao tratamento dado pela Lei n° 8.666.

Para os contratos para obras e serviços de engenharia que adotarem os regimes da empreitada integral ou da empreitada por preço global, o art. 42, §4º, do Decreto n° 7.581 consagra a regra seguinte:

> *III - as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato.*

Já no que se refere à contratação integrada, o art. 9º da Lei n° 12.462 contempla as seguintes regras para a modificação dos contratos para execução de obras e prestação de serviços no referido regime:

> *§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:*
>
> *I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e*
>
> *II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*[4].

Constata-se que a legislação do RDC teve o intento de restringir as possibilidades de alteração contratual, seja excluindo a incidência de algumas das hipóteses previstas na Lei n° 8.666 seja estipulando limites quantitativos diversos.

Nesse breve ensaio, procura-se traçar alguns aspectos a serem considerados para a interpretação adequada desses dispositivos.

2 A submissão às diretrizes gerais da contratação administrativa

Uma das premissas a serem consideradas é a de que o contrato firmado na modalidade do RDC tem a natureza de contrato administrativo. Enquadra-se na definição prevista no art. 2º do parágrafo único da Lei n° 8.666, nos termos da qual "*considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada*".

Além disso, como já se indicou, a legislação específica do RDC determina a incidência das regras sobre contratação da Lei n° 8.666[5], salvo disposição expressa em sentido contrário nas regras especiais.

---

[3] Disposição idêntica consta do art. 63 do Decreto n° 7.581.

[4] Esse mesmo comando foi repetido no art. 76 do Decreto n° 7.581, com pequenas alterações na redação mas sem modificação do conteúdo.

[5] Para uma exposição abrangente sobre o regime das contratações administrativas da Lei n° 8.666, consultar a obra de Marçal Justen Filho (**Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos,** 14. ed., São Paulo, Dialética, 2010).

Logo, as diretrizes gerais a serem empregadas são as da contratação administrativa, nos moldes definidos na Lei n° 8.666.

3 **A garantia do equilíbrio econômico-financeiro e a alteração dos contratos administrativos**

O regime dos contratos administrativos na Lei n° 8.666 assenta-se em duas balizas. De um lado, reconhece-se o direito do contratante público de exercer prerrogativas exorbitantes na relação obrigacional. De outro, assegura-se ao particular a manutenção da relação entre encargos e retribuições estabelecida inicialmente.

A possibilidade de instabilização do vínculo contratual e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro consistem em institutos relacionados com os poderes exercidos pela Administração contratante na relação contratual e os direitos reconhecidos ao particular em contrapartida. O equilíbrio do contrato é construído não apenas com a harmonização interna dos interesses das partes contratantes. É indispensável considerar também o influxo das necessidades essenciais, cujo atendimento determina a configuração a ser dada ao contrato administrativo[6].

Assim, reconhece-se nas contratações públicas a existência de dois valores fundamentais e protegidos pela ordem jurídica. Os dois institutos são fundados em razões de ordem pública. A possibilidade de alteração dos contratos procura garantir que o objeto contratado será executado de modo a atender a necessidade essencial a que se destina, permitindo-se promover as alterações necessárias na avença. Já a garantia de equilíbrio econômico-financeiro permite que a Administração obtenha propostas de valor reduzido para a execução das prestações. Ao ter assegurada essa garantia, o particular deixa de considerar na sua proposta de preços as possíveis repercussões negativas dos riscos assumidos pelo contratante público. A Administração arcará com o custo de tais eventos apenas se ocorrerem e o particular poderá oferecer uma proposta mais vantajosa.

É oportuno indicar brevemente o conteúdo essencial desses dois institutos para se afastarem eventuais interpretações equivocadas que possam ser extraídas das disposições legais sobre o RDC.

3.1 **Garantia de equilíbrio econômico-financeiro**

O equilíbrio econômico-financeiro da contratação refere-se à relação estabelecida entre todos os encargos impostos ao particular e a remuneração prevista. A equação é fixada nos termos da proposta apresentada pelo licitante e aceita pela Administração. É a relação estabelecida naquele momento entre encargos e retribuições que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato.

A tutela da equação econômico-financeira nos contratos administrativos foi objeto de expressa previsão no texto constitucional, no art. 37, inc. XXI.

A garantia da equação econômico-financeira determina que o equilíbrio a ser observado deve considerar as previsões do edital e o conteúdo da proposta

[6] Na lição de Carlos Ari Sundfeld, "*não basta a harmonia dos interesses subjetivos dos contratantes para validar o contrato ou as opções adotadas no curso da execução. Essencial também que ela seja construída em condições tais que preservem o interesse público, essencial ao Estado*" (**Licitação e Contrato Administrativo**, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 227).

que foi apresentada pelo particular. Tal como determina o comando constitucional, trata-se de manter as condições da proposta do licitante durante a execução do contrato, proposta esta que foi apresentada levando em consideração as estipulações do edital.

Logo, não decorre necessariamente da referida garantia que todos os riscos da contratação deverão ser assumidos pelo ente público. Não se trata de imunizar o contratado em termos absolutos, garantindo que não haverá repercussão alguma sobre as obrigações assumidas inicialmente. Porém, os riscos assumidos pelo particular em determinada contratação devem decorrer expressamente da lei ou ser objeto de clara e expressa previsão no instrumento contratual, nas hipóteses em que a legislação assim autorizar.

3.2 **Alteração dos contratos**

O poder reconhecido à Administração de modificar unilateralmente os contratos está previsto genericamente no art. 58, inc. I, da Lei n° 8.666, "*para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado*".

O conteúdo da norma revela a finalidade a que se vincula a admissão da alteração dos contratos no Direito Administrativo, que é o melhor atendimento aos objetivos da contratação. Admite-se a alteração do contrato administrativo, observando-se determinados limites, por se tratar de medida necessária para garantir a satisfação dos direitos fundamentais visados pela contratação.

Porém, a vinculação entre a alteração contratual e o atendimento às necessidades públicas não significa que a avença possa ser modificada livremente. Há limites previstos na legislação de modo a assegurar que não haverá alteração radical do objeto licitado ou frustração do princípio da obrigatoriedade da licitação. Na Lei n° 8.666, tais limites estão previstos no art. 65.

3.3 **O exame independente dos institutos**

As ponderações acima destinam-se a evidenciar a conclusão de que a garantia constitucional da preservação do equilíbrio econômico-financeiro nas contratações administrativas não pode ser lida a partir dos pressupostos habilitantes da alteração do contrato.

Os parâmetros para se avaliar a manutenção ou não das condições originais da proposta são aqueles da repartição de riscos entre as partes contratantes que consta clara e expressamente da lei ou do contrato, quando a lei assim autorizar[7]. O fato de não haver previsão para se promover a alteração de contrato em determinada hipótese ou acima de determinado limite não conduz à conclusão automática de que o contratado se encontraria desprotegido em relação a tais fatores e assumiria integralmente o risco em relação a eles. Tal leitura violaria art. 37, inc. XXI, da CF, que garante em termos amplos a manutenção das condições originais da proposta.

[7] Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, "*o princípio do equilíbrio econômico e financeiro nada mais é do que uma solução jurídica para alocação dos riscos inerentes ao contrato administrativo*" (Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas revisitando o risco nos contratos de delegação, in: SOUZA, Mariana Campos de (Coord.), **Parceria público privada**: aspectos jurídicos relevantes, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 71).

É necessário avaliar, em cada caso, qual é o pressuposto fático que determina a necessidade de se promover a alteração e como esse fator foi considerado na equação econômico-financeira fixada no início da contratação.

Propõe-se a adoção dessa premissa para se interpretar as disposições da legislação do RDC sobre alteração contratual.

4 As previsões específicas da legislação do RDC

Os diplomas legais que regem o RDC remetem à disciplina geral de contratos administrativos prevista na Lei n° 8.666 e trazem algumas disposições específicas sobre alteração de contratos (Lei n° 12.462, art. 9º, §4º; Decreto n° 7.581, art. 42, §4º, inc. III). Não foi prevista regra autorizando a distribuição diferenciada de riscos entre as partes contratantes, seja para determinar diretamente a assunção de determinados riscos pelo particular seja para autorizar o contrato a dispor a esse respeito[8].

Como se procurou demonstrar acima, o instituto da modificação dos contratos administrativos é distinto da garantia de equilíbrio econômico-financeiro e da distribuição de riscos entre as partes. Tais institutos apresentam múltiplas conexões mas não se pode afirmar que as limitações impostas à modificação do contrato consistem automaticamente em um fator de risco atribuído ao particular.

4.1 A limitação de 10% do valor do contrato para alterações motivadas por falhas ou omissões dos documentos técnicos - art. 42, §4º, inc. III, do Decreto n° 7.581

Para os contratos firmados para obras e serviços de engenharia a serem executados nos regimes de empreitada por preço global ou de empreitada integral, o art. 42, §4º, inc. III, do Decreto n° 7.581 estipula um limite de 10% do valor do contrato para as alterações contratuais motivadas por falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico.

4.1.1 O art. 42, §4º, inc. III do Decreto n° 7.581 e o art. 127, §6º, inc. III da LDO 2011

Disposição similar à do Decreto n° 7.581 consta da Lei n° 12.309[9], a lei sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2011, no seu art. 127, §6º, inc. III[10]. O dispositivo da LDO aplica-se apenas ao regime de

[8] No regime do RDC, não há disposição similar à contida na Lei n° 11.079 (Lei das PPPs), no sentido de que cabe ao contrato estipular "*a repartição de riscos entre as partes*" (art. 5º, inc. III), remetendo, assim, a regulação da matéria à esfera contratual.

[9] O dispositivo da LDO tem a seguinte redação: "*mantidos os critérios estabelecidos no caput deste artigo, deverá constar do edital e do contrato cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto básico, sendo que as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares do projeto não poderão ultrapassar, no seu conjunto, 10% (dez por cento) do valor total do contrato, computando-se esse percentual para verificação do limite do art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993*".

[10] Além da previsão sobre limitação de alteração contratual por falhas ou omissões dos documentos técnicos, outras regras do RDC foram extraídas da LDO para 2011, tais como os critérios para obtenção do custo global de obras e serviços de engenharia (Lei n° 12.462, art. 8º, §3º e Lei n° 12.309, art. 127, *caput*) e a determinação de manutenção do percentual de desconto obtido entre o

empreitada por preço global. Na sua transposição para o RDC, ampliou-se sua incidência também para a empreitada integral.

Em relação à redação do dispositivo previsto na LDO, foram feitas duas exclusões oportunas.

A Lei n° 12.462 afastou um ponto bastante problemático do dispositivo da LDO, que é a previsão, no edital e no contrato, de cláusula expressa de concordância do contratado em relação à adequação do projeto básico.

Da referida concordância não se pode extrair suposta inviabilidade de impugnação posterior pelo particular nem renúncia ao direito de pleitear recomposição da equação econômico-financeira se houver desequilíbrio na relação entre encargos e retribuições originalmente estabelecida. Logo, trata-se de cláusula inócua.

O dispositivo da LDO determina também que o limite de 10% deve ser computado para a verificação do limite do art. 65, §1º, da Lei n° 8.666. Reconhece-se que o limite do referido art. 65, §1º, incide apenas nas alterações quantitativas[11]. No entanto, as hipóteses de alteração contratual previstas no referido dispositivo da LDO dão ensejo usualmente à alteração qualitativa do contrato, em relação à qual não incidiriam os limites do art. 65, §1º, da Lei n° 8.666.

4.1.2 **A aplicação conjunta com as regras da Lei** n° **8.666**

Como já se indicou, a Lei n° 12.462 determina expressamente a aplicação das regras da Lei n° 8.666 aos contratos firmados no RDC, ressalvando apenas as regras específicas.

É possível constatar que a regra do art. 42, §4º, inc. III, do Decreto n° 7.581 não é conflitante com as disposições do art. 65 da Lei n° 8.666[12]. É perfeitamente possível aplicar-se conjuntamente a regra do Decreto com as disposições da Lei n° 8.666. O Decreto estipulou apenas um limite adicional a ser considerado nas alterações de contrato.

Assim, nos contratos executados sob os regimes de empreitada integral ou por preço global no âmbito do RDC, são admitidas todas as alterações contratuais previstas no art. 65 e nos demais dispositivos da Lei n° 8.666, observando-se apenas a limitação de 10% no que diz respeito às alterações determinadas por falhas ou omissões nos documentos técnicos.

---

valor global do contrato e o valor estimado para a contratação (Lei n° 12.462, art. 19, §2º e Lei n° 12.309, art. 127, §6º, inc. IV).

[11] Esse é o entendimento, por exemplo, de Marçal Justen Filho (**Comentários**..., ob. cit., p. 804), Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de Direito Administrativo,** 27. ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 626-627) e Fernando Vernalha Guimarães (**Alteração Unilateral do Contrato Administrativo**: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 276-280). Ressalve-se que o primeiro doutrinador condiciona a possibilidade de alterações que extrapolem o limite legal aos casos em que a modificação for feita em consenso com o particular. Já os outros doutrinadores mencionados admitem que as alterações unilaterais também ultrapassem o limite previsto na lei.

[12] Em exposições ainda não convertidas em texto publicado, Marçal Justen Filho já se manifestou no sentido de que a aplicação do art. 42, §4º, inc. III, do Decreto n° 7.581, não impede a incidência das hipóteses de alteração previstas na Lei nº 8.666, inclusive quanto aos limites quantitativos desta e à garantia de manutenção da equação econômico-financeira. O presente estudo adota premissas similares.

4.1.3 **O computo do limite de 10% nos limites previstos no art. 65 da Lei n° 8.666**

A limitação de 10% estabelecida no art. 42, §4º, inc. III, do Decreto n° 7.581 deve ser aplicada de modo conjugado às disposições do art. 65 da Lei n° 8.666 inclusive para fins de cômputo nos limites para as alterações contratuais, desde que as alterações promovidas submetam-se aos limites do art. 65, §1º, da Lei n° 8.666.

Ocorre que, usualmente, as alterações a serem feitas nas hipóteses previstas no art. 42, §4º, inc. III, do Decreto n° 7.581 serão de natureza qualitativa. Em relação a tais alterações, como já se indicou, a doutrina reconhece que não incidem automaticamente os limites previstos no art. 65, §1º, da Lei n° 8.666. Assim, os percentuais correspondentes às modificações feitas nos termos do Decreto n° 7.581 apenas serão computados nos limites previstos no art. 65, §1º, caso as alterações realizadas submetam-se àquelas restrições.

4.1.4 **A preservação da garantia de equilíbrio econômico-financeiro**

Os limites estabelecidos para as alterações contratuais objetivam restringir o exercício de poderes exorbitantes pela Administração e evitar a frustração da licitação, com a desnaturação do objeto contratado. A estipulação de limitações procura assegurar, ao mesmo tempo, a possibilidade de adequação do objeto contratado às necessidades da Administração bem como a observância da essência dos direitos e obrigações estabelecidos inicialmente. Trata-se de uma solução que se destina a conciliar esses dois interesses, observando o princípio da proporcionalidade.

Por isso, rejeita-se qualquer interpretação que se pretenda dar ao art. 42, §4º, inc. III, do Decreto n° 7.581 no sentido de que as alterações que demandariam a superação do limite estipulado no dispositivo correriam por conta exclusiva do particular. Por um lado, não há qualquer disposição legal que dê amparo a tal solução, atribuindo esse risco ao particular. Por outro, os limites estipulados para as modificações contratuais no art. 65 da Lei n° 8.666 nunca foram interpretados no sentido de que caberia ao contratado assumir o risco por tais alterações em percentuais superiores. A restrição prevista no Decreto n° 7.581 à modificação dos contratos consiste apenas em um critério adicional, estipulado em acréscimo às limitações já previstas no art. 65 da Lei n° 8.666.

Portanto, a limitação do art. 42, §4º, inc. III, do Decreto n° 7.581 não pode ser invocada para restringir direitos legítimos do contratado.

4.1.5 **A eventual necessidade concreta de alterações que extrapolem o limite de 10%**

A limitação para as alterações decorrentes de falhas ou omissões dos documentos técnicos atende ao objetivo de se obter maior previsibilidade acerca do custo final do contrato. No entanto, pode conduzir a graves impasses sobre a solução adequada a ser adotada nas situações que demandarem alteração contratual superior ao percentual previsto no dispositivo. Volta-se a tratar desse tema adiante, no item 7.1.

4.2 A alteração contratual na contratação integrada - art. 9º, §4º, da Lei n° **12.462**

De modo diverso do previsto no art. 42, §4º, inc. III, do Decreto n° 7.581, que estipula apenas um critério adicional a ser considerado nas alterações de contrato, em acréscimo às regras previstas na Lei n° 8.666, o art. 9º, §4º, da Lei n° 12.462 manifesta o intento de regular integralmente a matéria de alteração contratual quando for empregada a contratação integrada. Esse propósito pode ser extraído da locução utilizada no dispositivo: "*é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos*". Nos seus dois incisos, o dispositivo apresenta aquelas que seriam as únicas hipóteses em que seria admitida a celebração de aditivos.

No entanto, as circunstâncias previstas nos dois incisos como sendo os únicos pressupostos habilitantes de alterações contratuais deixam de incluir hipóteses em que a alteração do contrato é injuntiva. Faz-se necessária a leitura adequada de tal dispositivo para não se atingir conclusões violadoras de garantias constitucionais.

4.2.1 **O inc. I: alteração do contrato para reequilíbrio da equação econômico-financeira**

A concepção usual de divisão de riscos nos contratos administrativos adota a distinção entre álea ordinária e álea extraordinária. A álea extraordinária seria subdividida nos institutos do fato do príncipe e da teoria da imprevisão, abarcando o caso fortuito e a força maior.

O inc. I do art. 9º, §4º, da Lei n° 12.462 apresenta redação mais restrita em relação às hipóteses que dão ensejo à recomposição da equação econômica do contrato à medida que se reporta apenas ao caso fortuito e à força maior.

4.2.1.1 **Pressupostos de fato para a recomposição do equilíbrio na Lei** n° **8.666**

Os pressupostos fáticos para a recomposição da equação econômica estão previstos no art. 65, inc. , al. *d*, da Lei n° 8.666.

Em linhas gerais, afasta-se a possibilidade de modificação do contrato se o evento causador do desequilíbrio era previsível e o contratado deixou de considerá-lo na sua proposta ou no cumprimento das suas obrigações contratuais. Excluem-se, assim, as hipóteses em que o particular atuou de modo culposo, pois estariam abrangidas pela álea econômica ordinária. Ou seja, estabelece-se estrita vinculação entre a previsibilidade da ocorrência do evento e a culpabilidade do contratado por não tê-lo considerado.

O art. 65, inc. II, al. *d*, da Lei n° 8.666 admitiu a recomposição da equação econômico-financeira em relação aos seguintes fatores: a) eventos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis; b) força maior e caso fortuito e c) fato do príncipe. Tais ocorrências estão incluídas na álea econômica extraordinária, não atribuível ao contratado.

A ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis como motivadora da alteração dos contratos corresponde à teoria da imprevisão. A constatação de circunstâncias (a) que não poderiam ter sido previstas pelas partes ou (b) cujas consequências não poderiam

ter sido dimensionadas, (c) para as quais as partes não concorreram e (d) que implicam grave modificação nas condições do contrato determina a recomposição da equação econômica do contrato, por integrar a álea extraordinária.

A doutrina debate acerca da distinção a ser feita entre caso fortuito e força maior. Como delineador comum, reconhece-se que são caracterizados pela imprevisibilidade do acontecimento e por sua irresistibilidade. Como ensina Orlando Gomes, o núcleo comum dos diversos conceitos propostos é a exclusão da culpa ou da concorrência do contratado, devendo o caso fortuito ou a força maior consistir em fato alheio à sua vontade[13].

Já o fato do príncipe consiste na maior onerosidade da execução do contrato decorrente de medida governamental não relacionada diretamente ao contrato mas que nele repercute, praticada pela mesma autoridade contratante ou por outro ente[14].

Em todas essas hipóteses, a Lei n° 8.666 prevê a mesma consequência, qual seja, a recomposição da equação econômica do contrato.

4.2.1.2 **A redação restritiva do art. 9º, §4º, inc. I, da Lei** n° **12.462**

Já o inc. I do art. 9º, §4º, da Lei n° 12.462 referiu-se apenas à possibilidade de recomposição da equação econômico-financeira diante da ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Porém, parece-nos que não é possível interpretar o dispositivo tal como se tivesse aplicabilidade mais restrita do que o art. 65, inc. II, al. *d*, da Lei n° 8.666.

O conceito de caso fortuito e força maior é bastante amplo, de modo a abranger todos os eventos imprevisíveis, para os quais o contratado não tiver concorrido. Isso já seria suficiente para abarcar os eventos imprevisíveis ou previsíveis mas de consequências incalculáveis mencionados na Lei n° 8.666. Aliás, não haveria qualquer justificativa para a Lei n° 12.462 pretender afastar o direito à recomposição diante da ocorrência de eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências não passíveis de dimensionamento, ao mesmo tempo em que garante tal direito em relação ao caso fortuito e à força maior. A extrema proximidade entre todos esses conceitos não autorizaria tal distinção[15].

Parece-nos também não ser possível excluir o direito à recomposição da equação econômico-financeira diante da constatação de fato do príncipe.

---

[13] **Obrigações**, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 148-150.

[14] Note-se que parcela da doutrina francesa recusa a caracterização como fato do príncipe dos atos estatais emanados por autoridades distintas da contratante. Porém, disso não decorre a atribuição desse risco exclusivamente ao contratado. Reconhece-se que, em tais casos, aplica-se a teoria da imprevisão e o contratado tem o direito de ser indenizado. Sobre o tema, confira-se Laurent Richer, **Droit des contrats administratifs,** 3. ed., Paris, L.G.D.J., 2002, p. 265-268.

[15] Parcela da doutrina propõe distinguir a teoria da imprevisão da força maior nos seguintes termos. A teoria da imprevisão diria respeito aos elementos imprevisíveis, estranhos à vontade das partes, que abalariam a economia do contrato mas não impediriam a sua execução. Seriam, assim, causa de recomposição da equação econômica. Já a força maior decorreria de evento igualmente imprevisível e não imputável às partes mas de tal gravidade que inviabilizaria a execução da prestação e determinaria a rescisão do contrato. Sobre a diferenciação entre os conceitos, confiram-se as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo,** 22. ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 284, e de Marçal Justen Filho, **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**, São Paulo, Dialética, 2003, p. 387. Pode-se reputar que a Lei n° 12.462 não albergou essa distinção pois inseriu a força maior entre as causas que podem dar ensejo à recomposição da equação econômico-financeira do contrato, o que pressupõe a continuidade do vínculo contratual e não a sua extinção. De todo modo, restaria o conceito de caso fortuito a justificar a recomposição da equação diante de fatos imprevisíveis não imputáveis aos contratantes.

Em momento algum a legislação do RDC atribui ao contratado o risco por fato do príncipe. Aliás, a regra que tivesse tal conteúdo seria de legitimidade questionável no que diz respeito aos atos praticados pelo próprio ente contratante. Tal distribuição de risco acabaria chancelando a possibilidade de o contratante público alterar unilateral e arbitrariamente o contrato, sem limitações e sem qualquer garantia ao particular.

Marcos Barbosa Pinto destaca a absoluta inadequação da atribuição do risco por fato do príncipe ao particular, ao menos no que diz respeito aos atos praticados pelo próprio ente contratante, inclusive nos casos em que a lei permite em tese tal repartição de riscos (Lei n° 11.079, art. 5º, inc. III), que não é o caso da legislação do RDC:

> "*Sem dúvida, deve ser atribuído ao Estado o custo de modificações unilaterais do contrato, assim como mudanças legais ou regulamentares diretamente relacionadas ao serviço. Atribuir o custo das mesmas ao setor privado criaria, na prática, um incentivo econômico para que o Estado multiplicasse as mudanças no contrato, obtendo serviços adicionais a custo zero*"[16].

Assim, parece-nos não ser viável excluir da incidência do art. 9º, §4º, inc. I, da Lei n° 12.462 nenhuma das hipóteses que determinam a recomposição da equação econômico-financeira nos termos previstos na Lei n° 8.666.

4.2.1.3 **O art. 37, inc. XXI da CF e o art. 9º, §4º, inc. I da Lei** n° **12.462**

Interpretações restritivas do inc. I do art. 9º, §4º, da Lei n° 12.462 encontram óbice também na previsão constitucional do art. 37, inc. XXI. A garantia constitucional não pode ter a sua abrangência restringida por lei infraconstitucional.

Como se indicou anteriormente, o que se pode admitir é uma distribuição diferenciada de riscos entre as partes contratantes. Essa repartição de riscos deve constar expressamente da lei e do contrato, quando a lei assim autorizar, de modo que as condições originais da proposta do licitante a leve em consideração. É o que se passa, por exemplo, na contratação com remuneração variável, prevista no art. 10 da Lei n° 12.462, com a disciplina prevista dos riscos atribuídos às partes no tocante à remuneração.

Caso contrário, deve incidir a garantia de manutenção da equação econômica do contrato em sua máxima amplitude.

4.2.1.4 **As outras hipóteses de modificação contratual da Lei** n° **8.666 e o art. 9º, §4º, inc. I da Lei** n° **12.462**

Além disso, há diversas outras disposições na própria Lei n° 8.666 que garantem o direito ao reequilíbrio da equação econômico-financeira, aplicáveis ao RDC por força do art. 39 da Lei n° 12.462.

Por exemplo, há as regras dos §§1º e 2º do art. 58, que garantem a inviabilidade de alteração unilateral das cláusulas econômicas dos contratos e a revisão do equilíbrio econômico do contrato diante de modificações das obrigações contratuais. Tais regras decorrem diretamente da garantia do art. 37, inc. XXI, da CF e não podem ter a sua incidência afastada.

Pode ser mencionado também o art. 57, §1º, da Lei n° 8.666, nos termos do qual se admite a prorrogação dos prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega assegurando expressamente a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

---

[16] Repartição de riscos nas parcerias público-privadas, **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 172.

Não é razoável supor-se que, com o disposto no art. 9º, §4º, da Lei n° 12.462, esteja vedada a prorrogação do prazo contratual uma vez constatada a presença de causa prevista no §1º do art. 57 da Lei n° 8.666[17]. Identificada a necessidade de prorrogação do prazo contratual, faz-se necessário promover a alteração com o concomitante reequilíbrio da equação econômica do contrato, sob pena de violação da garantia do art. 37, inc. XXI, da CF.

Além da diferença de redação em relação às causas de desequilíbrio da equação econômica do contrato previstas na Lei n° 8.666, o art. 9º, §4º, da Lei n° 12.462 não adota expressamente a distinção entre modificações unilaterais e bilaterais do contrato, nos moldes previstos nos incs. I e II do art. 65 da Lei n° 8.666.

No entanto, a leitura das disposições da Lei n° 12.462 permite concluir que a hipótese do art. 9º, §4º, inc. I, refere-se à alteração consensual, em consonância com a sistemática prevista na Lei n° 8.666. Assim se passa porque o inc. II, que tem como causa determinante a necessidade de alteração ou especificação dos documentos técnicos, menciona expressamente que a alteração será feita "a pedido da administração pública". Reporta-se, assim, a uma determinação unilateral de Administração, guardando conformidade com o previsto no art. 65, inc. I, al. *a*, da Lei n° 8.666.

De todo modo, vale lembrar que o fato de a alteração ser consensual não significa que a sua promoção seja facultativa. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é injuntiva. O que se remete ao acordo entre as partes é a determinação do conteúdo da alteração, no caso, as medidas a serem adotadas para se obter a integral recomposição da equação econômica.

4.2.1.5 **A interpretação que pode ser extraída do art. 9º, §4º, inc. I, da Lei n° 12.462**

Pelos motivos acima expostos, a conclusão possível de se atingir em relação ao art. 9º, §4º, inc. I, da Lei n° 12.462 é a de que o dispositivo apresenta a mesma abrangência das regras previstas da Lei n° 8.666 acerca da garantia de recomposição da equação econômico-financeira.

Conclusão similar é exposta por Augusto Neves Dal Pozzo. O doutrinador sustenta que o dispositivo da Lei n° 12.462 deve ser interpretado em sentido amplo, de modo a abarcar todas as situações que deem ensejo à promoção do reequilíbrio da equação contratual[18]. A justificativa para tanto é o fato de a garantia prevista no art. 37, inc. XXI, do texto constitucional ter natureza de princípio e não poder ter a sua incidência restringida pelo legislador infraconstitucional.

4.2.2 **O inc. II: modificação do contrato para alteração ou melhor detalhamento dos documentos técnicos**

O art. 9º, §4º, inc. II, da Lei n° 12.462, ao autorizar a celebração de termos aditivos para alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica, apresenta conteúdo similar ao do art. 65, inc. I, al. *a* da Lei n° 8.666. Trata-se das alterações qualitativas do contrato, motivadas pela constatação

---

[17] Note-se que, além da referência ampla do art. 63 do Decreto n° 7.581 à submissão dos contratos à Lei n° 8.666, o Decreto reporta-se à incidência específica do art. 57 da Lei n° 8.666 nos seus arts. 64 e 65, o que confirma a aplicação de tal regra aos contratos do RDC.

[18] Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos, in: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11): aspectos fundamentais,** Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 56.

de que a solução técnica originalmente prevista não era a mais adequada ou de que se faz necessária a sua melhor adequação aos objetivos da contratação.

A necessidade de alteração das especificações técnicas pode decorrer tanto de fatos ocorridos supervenientemente à contratação, que determinam a inadequação da solução originalmente proposta, quanto de circunstâncias preexistentes mas que não eram de conhecimento das partes.

As alterações qualitativas justificam-se para garantir a adequação do objeto do contrato ao atendimento da necessidade pública a que se destina. Trata-se de alteração cogente, sob pena de comprometimento do fim visado com a contratação.

4.2.2.1 **A relevância das alterações de projeto nos contratos do RDC**

A hipótese do art. 9º, §4º, inc. II, da Lei n° 12.462 é de especial relevância para diversas das obras que serão executadas sob a égide do RDC. O foco principal do RDC é a celebração de contratos para obras e serviços relacionados com os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e com a Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e a Copa do Mundo FIFA 2014. Trata-se de eventos coordenados por entidades internacionais, que determinam minuciosamente os padrões mínimos a serem observados pelas estruturas a serem utilizadas nos eventos.

Assim, é possível que sejam necessárias alterações dos projetos básico e executivo para que seja dado atendimento às exigências das entidades internacionais responsáveis pelos eventos.

A MP 489/2010 continha uma disposição a esse respeito que não foi mantida por ocasião da sua conversão em lei. Trata-se do art. 21, nos termos do qual as modificações propostas pelas entidades internacionais, uma vez homologadas pelo COI, seriam equiparadas às alterações contratuais previstas no art. 65, inc. I, al. *a*, da Lei n° 8.666[19]. Tal dispositivo da Lei n° 8.666 refere-se às alterações qualitativas. Como já se mencionou, reconhece-se que as alterações qualitativas não se sujeitam aos limites estipulados no §1º do art. 65. Assim, um dos objetivos da norma seria o de afastar a incidência dos limites previstos no §1º do art. 65 para a implementação das orientações oriundas das entidades internacionais.

O não acolhimento de tal disposição na Lei n° 12.462 não significa que as entidades internacionais não possam solicitar alterações necessárias nas contratações para melhor adequação técnica. Porém, tais determinações deverão ser feitas aos entes governamentais responsáveis pelas obras, aos quais caberá promover as alterações necessárias nos contratos, observando-se os requisitos e os limites previstos na legislação.

4.2.2.2 **O afastamento da modificação na hipótese de erro ou omissão culposos imputáveis ao contratado**

A exclusão da possibilidade de alteração do contrato por necessidade de alteração do projeto ou das especificações técnicas quando tal necessidade decorrer de erro ou omissão por parte do contratado corresponde à exclusão dos

[19] O dispositivo tinha a seguinte redação: "*Art. 21. As modificações propostas pelas entidades internacionais de administração do desporto aos projetos básicos e executivos das obras e serviços referentes aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, desde que homologadas pelo COI, equiparar-se-ão às possibilidades de alterações contratuais previstas no art. 65, inciso I, alínea 'a', da Lei nº 8.666, de 1993*". Disposição de conteúdo similar foi redigida como parágrafo único do art. 39 do então projeto de lei, que restou suprimido na votação dos destaques na Câmara dos Deputados.

fatos previsíveis e de dimensões calculáveis como causas motivadoras de alteração. Os eventos que se encontram no campo da previsibilidade e cujas consequências eram passíveis de serem dimensionadas pelo contratado não dão ensejo à alteração contratual.

Tal exclusão não representa novidade em relação à sistemática prevista no art. 65 da Lei n° 8.666. Como se procurou demonstrar acima, a Lei n° 8.666 excluiu a tutela à equação econômico-financeira em relação a condutas culposas imputáveis ao particular.

4.2.2.3 **A determinação da culpabilidade ou não do contratado**

Faz-se assim necessário identificar com clareza a quem é atribuível a responsabilidade pelos equívocos verificados nos documentos técnicos. Apenas caso se constate a culpabilidade exclusiva do contratado em relação a tais erros ou omissões é que poderá ser configurada a cláusula excludente prevista no art. 9º, §4º, inc. II, da Lei n° 12.462.

Lembre-se que as regras sobre contratação integrada no RDC estipulam a necessidade de a Administração elaborar o anteprojeto de engenharia previamente à abertura da licitação para contratação integrada. O referido anteprojeto conterá todos os elementos e informações necessárias para definir o objeto contratado[20]. Deverá apresentar um nível de informações adequado para que o particular tenha condições de estimar o seu custo.

Os projetos básico e executivo serão elaborados pelo contratado a partir do referido anteprojeto. Esse aspecto deve ser levado em consideração ao se diferenciar os fatos que se encontravam ou não na esfera de previsibilidade do contratado e a quem deve ser imputado o erro ou omissão.

4.2.2.4 **A incidência dos limites previstos no art. 65, §1º, da Lei** n° **8.666**

O art. 9º, §4º, inc. II, da Lei n° 12.462 determina que os aditivos a serem celebrados nas hipóteses nele previstas submetem-se aos limites determinados no art. 65, §1º, da Lei n° 8.666.

Como se indicou acima, o entendimento majoritário é no sentido da incidência de tais limites da Lei n° 8.666 apenas em relação às alterações quantitativas. No tocante às alterações qualitativas, às quais se refere precipuamente o disposto no inc. II do art. 9º, §4º, da Lei n° 12.462, reconhece-se que não se aplicam tais limites.

De todo modo, diante da previsão legal expressa, em princípio, tais limites deverão ser observados. Ressalva-se a ocorrência de situações em que será necessário promover modificações nos contratos mesmo ultrapassando-se os limites previstos, por se tratar da medida que melhor atende aos interesses envolvidos no caso concreto, em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Volta-se a esse tema adiante, no item 7.1.

4.2.3 **A interpretação a ser dada ao art. 9º, §4º, da Lei** n° **12.462**

A redação restrita do art. 9º, §4º, da Lei n° 12.462 excluiu diversas hipóteses de modificações contratuais previstas na Lei n° 8.666. No entanto, a leitura restrita do dispositivo pode conduzir a diversos impasses na sua aplicação concreta.

---

[20] O §1º do art. 74 do Decreto n° 7.581 relaciona os documentos técnicos que devem constar do anteprojeto.

Note-se que a maior participação do particular na concepção do empreendimento na contratação integrada, por lhe ser atribuída a elaboração do projeto básico, não justifica a exclusão das diversas hipóteses de alteração contratual que deixaram de ser referidas expressamente pela Lei n° 12.462. O regime da contratação integrada apenas estipulou o risco do contratado pelos eventos previsíveis, ao indicar não ser possível promover a alteração contratual caso decorra de "erros ou omissões por parte do contratado". É essa a repartição de riscos estabelecida na contratação integrada.

Ocorre que há diversas hipóteses de alteração contratual previstas na Lei n° 8.666 que não podem ser atribuídas ao contratado e que não foram incluídas na redação literal do art. 9º, §4º, da Lei n° 12.462. É o caso do exemplo já mencionado da eventual necessidade de dilação dos prazos contratuais por motivos não imputáveis ao contratado. Pode-se mencionar também a alteração quantitativa do contrato, determinada por fatores supervenientes.

Nesses e em outros tantos casos, a inviabilidade de se promover a alteração, caso se pretenda aplicar com rigor a disposição do art. 9º, §4º, da Lei n° 12.462 conduzirá a impasses insuperáveis. Diante da impossibilidade de modificação do contrato, as alternativas que se apresentarão serão, por exemplo, a sua rescisão ou o prosseguimento do contrato sem se promover as adequações imprescindíveis no seu projeto. Poderá ser necessária a contratação de um quantitativo bastante reduzido de outro fornecedor porque não seria possível aditar o contrato já existente. Em qualquer caso, a economicidade e a eficiência poderão restar seriamente comprometidas.

Em face das diversas incongruências das disposições sobre alteração contratual previstas no art. 9º §4º, da Lei n° 12.462, Augusto Neves Dal Pozzo conclui que "*as hipóteses de alteração contratual* não são taxativas*, estando os contratos em que se tenha adotado a contratação integrada subordinados às demais circunstâncias decorrentes do regime jurídico das licitações e contratos*"[21].

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Jaques Fernando Reolon chegam a entendimento semelhante utilizando argumentos distintos. Reputam que as exceções previstas no art. 9º, §4º, da Lei n° 12.462 acabam incluindo todas as hipóteses de alteração contratual já reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência:

> "*Previstas na lei ou não, essas hipóteses haveriam de ser admitidas pela doutrina e, em seguida, pela jurisprudência pátrias. Desse modo, ao inserir essas exceções, a norma ficou completa e, ao mesmo tempo, didática. Por outro lado, passou a merecer censuras na medida em que se considera possível celebrar esses aditivos e, ao mesmo tempo, se reconhece que sempre foram admitidos, então nada de novo foi estabelecido pela norma.*[22]"

Logo, a solução mais condizente com a sistemática do RDC é a interpretação ampliativa do rol previsto no art. 9º, §4º, da Lei n° 12.462.

5 As regras para alteração de contratos nos demais regimes de execução

Como se indicou acima, o art. 39 da Lei n° 12.462 estipula que os contratos administrativos serão regidos pelas normas da Lei n° 8.666, ressalvando as regras sobre a matéria previstas na legislação específica do RDC.

---

[21] Panorama geral..., ob. cit., p. 58 – grifo no original.

[22] Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP,** Belo Horizonte, Fórum, ano 10, n. 117, set. 2011, p. 31.

As regras especiais do RDC acima examinadas aplicam-se, no primeiro caso, aos regimes da empreitada integral e por preço global e, no segundo caso, à contratação integrada. Para os contratos que adotarem outros regimes de execução, incidem as regras previstas na Lei n° 8.666 no que diz respeito aos pressupostos habilitantes e aos limites das alterações contratuais.

6 Outras regras específicas aplicáveis às alterações contratuais no RDC

A legislação do RDC contém algumas regras específicas que não dizem respeito propriamente às causas e aos limites a serem observados nas alterações contratuais mas que também podem repercutir na modificação do contrato.

Sem pretender esgotar o tema, podem ser apresentados dois exemplos de determinações legais a serem observadas nas modificações contratuais.

O primeiro exemplo diz respeito à formação dos preços nos aditivos. A legislação do RDC estipula a necessidade de se observar, nos aditivos a serem firmados, o mesmo percentual de desconto, oferecido na proposta apresentada na licitação, em relação ao orçamento estimado pela Administração. É o que consta, por exemplo, do art. 19, §2º, da Lei n° 12.462 e do art. 42, §6º, do Decreto n° 7.581. Note-se que regra similar tem constado das LDOs mais recentes[23].

Ressalva-se que esses dispositivos devem ser interpretados com cautela, sob pena de violar-se a garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro. Não será possível pretender uma aplicação rigorosa dessa regra para restringir a garantia de manutenção da equação econômica do contrato. A equação econômico-financeira deverá ser integralmente recomposta mesmo se as alterações necessárias demandarem a redução do desconto percentual originalmente oferecido em relação ao orçamento da Administração[24].

Outro exemplo de especificidades a serem observadas nas alterações dos contratos do RDC diz respeito às cláusulas que estabeleçam formas diferenciadas de remuneração do contratado. Assim se passa com a contratação com estipulação de remuneração variável, prevista no art. 10 da Lei n° 12.462, e com o contrato de eficiência, objeto de disciplina do art. 23 da Lei n° 12.462.

As cláusulas que disciplinam essas formas diferenciadas de remuneração, tal como se verifica em relação às cláusulas de remuneração do contratado nos demais contratos administrativos, consistem em cláusulas

[23] Trata-se de regra similar àquelas previstas, por exemplo, no art. 109, §6º, da LDO para 2009 (Lei n° 11.768), no art. 112 da LDO para 2010 (Lei n° 12.017) e no art. 127, §5º, I, da LDO para 2011 (Lei n° 12.309).

[24] Ao comentar o art. 109, §6º, da Lei n° 11.768, Cesar A. Guimarães Pereira ressaltou a necessidade de ser dada interpretação conforme ao dispositivo, sob pena de se violar a garantia constitucional do art. 37, inc. XXI: "*A necessária interpretação conforme baseia-se na premissa de que esta norma não pode frustrar a aplicação do direito constitucional à intangibilidade da equação econômico-financeira (art. 37, XXI, da Constituição Federal). Cogite-se de situação em que determinados custos específicos tenham sido alterados por circunstâncias supervenientes. Haverá modificação apenas desses itens, com eventual alteração da proporção referida, independentemente da solução que a CEF venha a adotar para o SINAPI. O art. 109, § 6º, não pode impedir essa alteração contratual. Do mesmo modo, em todas as situações em que se estiver diante de aditivo contratual para a recomposição de equilíbrio econômico-financeiro, a proporção entre o preço global contratado e o orçamento referencial pode ser alterada como instrumento para a recomposição. Não haveria sentido e seria arbitrário e ofensivo à previsão constitucional supor que o contrato, nestas condições, somente poderia ser modificado em outros pontos, não na proporção entre o preço global contratado e o orçamento da Administração*" (A Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2009 e os Contratos Administrativos, **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº 20, outubro 2008, disponível em http://www.justen.com.br/informativo, acesso em 30.10.2011).

econômicas. Integram a disciplina das relações econômicas entre as partes. Trata-se de cláusulas imutáveis à medida que é inatingível a relação originalmente estabelecida entre os encargos e as retribuições do contratado.

Logo, qualquer modificação contratual que atinja direta ou indiretamente o conteúdo e a incidência de tais cláusulas deverá ser acompanhada da correspondente recomposição da equação econômica.

7 Maior clareza desejável na legislação do RDC sobre a solução a ser adotada nas hipóteses em que for vedada a modificação do contrato

Como se procurou examinar acima, o Decreto acrescenta uma limitação adicional para as alterações de contratos que observarem os regimes de empreitada integral e por preço global. Já a Lei e o Decreto apresentam um rol bastante restritivo das hipóteses em que será cabível a modificação contratual na contratação integrada. Porém, a Lei e o Decreto não apresentam uma solução para os casos em que for vedada a modificação do contrato.

7.1 **As soluções aplicadas no regime da Lei** n° **8.666**

A ocorrência de circunstâncias fáticas que demandam a alteração dos contratos acima dos limites estipulados na lei não consiste em um problema novo para as contratações institucionais. A Lei n° 8.666 igualmente estabelece limites para determinadas alterações contratuais e os impasses surgidos são objeto de exame pela doutrina e pela jurisprudência.

Diante da constatação da necessidade de se promover determinada modificação contratual, imprescindível para garantir a obtenção do resultado final da contratação mas que é vedada pelo ordenamento, a primeira solução de que se cogita é a rescisão do contrato.

Cabe lembrar que uma das inovações do RDC é a previsão acerca da contratação de remanescentes da licitação nas hipóteses de rescisão do contrato em termos distintos dos previstos no art. 24, inc. XI, da Lei n°8.666. O art. 41 da Lei n° 12.462 determina que a contratação será realizada nos termos das propostas dos licitantes remanescentes e não de acordo com a proposta do primeiro colocado. Esse aspecto torna a contratação mais interessante para os licitantes remanescentes, o que repercutirá na sua possível maior aceitação.

No entanto, constata-se que essa regra dificilmente poderá ser aplicada às hipóteses em que o contrato tiver sido rescindido porque a lei não autoriza promover-se a modificação necessária. Em tais casos, as alterações não poderão ser implementadas seja no contrato já firmado seja no eventual contrato celebrado com o licitante remanescente. O objeto licitado é o mesmo e sobre ele recaem iguais limites de modificação. A contratação de remanescentes destina-se apenas à execução de parcelas da contratação original que não foram realizadas[25].

Assim, as soluções que possivelmente se apresentarão nos casos concretos serão a de rescisão do contrato e realização de nova licitação, com as devidas adequações do objeto, ou a de promoção das alterações necessárias no

[25] Marçal Justen Filho assim definiu os limites da contratação de remanescentes, ao comentar a regra do art. 24, inc. XI, da Lei n° 8.666: "*Quando houver necessidade de corrigir, emendar, substituir parcelas executadas incorretamente pelo contratado anterior, deverá realizar-se nova licitação, visando a sanar tais defeitos. Ou seja, a regra do inc. XI apenas se aplica quando houver parcelas faltantes para executar, não quando a má-execução por parte do contratado anterior impuser adoção de providências não previstas no contrato original*" (**Comentários**..., ob. cit., p. 324).

contrato já existente, ainda que extrapolem os limites legais ou não estejam previstas na legislação do RDC.

A realização de nova licitação demanda determinado lapso temporal, que poderá ser incompatível com a entrega da obra a tempo da sua utilização nos eventos desportivos. A ponderação dos diversos fatores verificados nas situações específicas poderá apontar para a promoção das alterações necessárias no contrato, ainda que ultrapassem os limites previstos na legislação, como sendo a solução proporcional e mais satisfatória ao interesse público[26].

O TCU já enfrentou o tema em resposta a consulta, oportunidade em que aprofundou o exame da questão. Na Decisão nº 215/99 – Plenário, concluiu pela possibilidade excepcional de serem celebradas alterações contratuais consensuais qualitativas de contratos de obras e serviços ultrapassando-se os limites dos §§1º e 2º do art. 65 da Lei n° 8.666 desde que presentes determinados requisitos, tais como não acarretar para a Administração encargos superiores àqueles oriundos de eventual rescisão do contrato por razões de interesse públicos, acrescidos dos custos de elaboração de nova licitação, decorrer de fatos supervenientes imprevisíveis e não transfigurar o objeto originalmente contratado[27].

Deste então, esse entendimento vem sendo reiteradamente aplicado por aquela Corte de Contas, admitindo-se alterações contratuais que extrapolam os limites legais em situações excepcionais.

No Acórdão n° 448/2011 - Plenário, o TCU chegou a admitir modificação que determinou o aumento do valor original do contrato no percentual aproximado de 2.700%. Destacou que a admissão dessa alteração muito acima do limite legal justificava-se diante das excepcionalíssimas circunstâncias concretas, que apontavam no sentido da economicidade da solução adotada.

7.2 **A ausência de clareza nas regras como fator de risco**

Como se procurou demonstrar acima, as regras sobre alteração dos contratos no RDC poderão dar ampla margem à discussão. Não se olvida que a redação dúbia de algumas disposições é apta a acarretar incertezas aos particulares.

---

[26] Marçal Justen Filho admite a superação do limite de 25% para alterações contratuais, previsto no art. 65, § 1º, da Lei n° 8.666, em situações excepcionais, caso se constate, com a ponderação dos diversos fatores envolvidos, que se trata da solução mais compatível com o princípio da economicidade (**Comentários** ..., ob. cit., p. 804).

[27] As exigências estipuladas pelo TCU na Decisão n° 215/99 para se admitir a alteração contratual em percentuais superiores aos previstos nos §§1º e 2º são as seguintes:

"*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".

É inquestionável a existência de relação direta entre o risco assumido pelo particular e o valor da proposta apresentada na licitação.

Por um lado, o RDC não apresenta a solução a ser adotada nos casos em que for necessário alterar-se o contrato em percentuais superiores aos estipulados na lei. Por outro, em relação à contratação integrada, estipulou-se um rol restrito de hipóteses de alteração contratual empregando-se uma redação dúbia, que propicia ampla margem a questionamentos quanto ao seu conteúdo. Trata-se de fatores de insegurança para o particular que contrata com a Administração.

É inequívoco que o particular considerará, ao estipular a sua proposta de preços, todas as sujeições e riscos que deverá suportar no curso da execução do contrato[28]. Ao constatar o elevado grau de risco envolvido, o particular cobrará preços superiores da Administração pela execução da obra e prestação dos serviços.

Logo, a ausência de clareza da disciplina acerca dos riscos a que o particular se sujeita na contratação sob o regime do RDC é passível de determinar o efeito não desejado de implicar a necessidade de desembolsos superiores pela Administração.

[28] Sobre o tema, Marcos Barbosa Pinto apresenta a seguinte ponderação: "*as empresas privadas não podem formular propostas atrativas nas licitações se não sabem os riscos que estão aceitando correr: via de regra, elas presumem que terão de suportar todos os riscos que não foram claramente repartidos no contrato, elevando consideravelmente suas propostas financeiras. A incerteza na alocação de riscos tem, portanto, um custo, e ele é pago por todos nós*" (Repartição..., ob. cit., p. 161).

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:

KLEIN, Aline Lícia. ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 33, janeiro/fevereiro/março de 2013. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-33-JANEIRO-2013-ALINE-KLEIN.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 REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.