

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

NATHALI CARRAVIERI PEIXOTO REDIS

**A DISCRICIONARIEDADE DAS ALTERAÇÕES UNILATERAIS QUALITATIVAS
NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**CURITIBA
2018**

NATHALI CARRAVIERI PEIXOTO REDIS

**A DISCRICIONARIEDADE DAS ALTERAÇÕES UNILATERAIS QUALITATIVAS
NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Projeto de monografia apresentado como requisito parcial à aprovação da disciplina de Monografia I, segundo semestre de 2017, da Faculdade de Direito de Curitiba.

Orientadora: Ana Luiza Chalushhak.

**CURITIBA
2018**

NATHALI CARRAVIERI PEIXOTO REDIS

**A DISCRICIONARIEDADE DAS ALTERAÇÕES UNILATERAIS QUALITATIVAS
NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa apontar quais são os limites à discricionariedade contida nos artigos 58, inciso I, e 65 da Lei Federal 8.666, que trata e regulamenta a prerrogativa da Administração, capaz de alterar unilateralmente o contrato administrativo em face de melhor adequação à finalidade pública. Assim, em virtude das divergências em relação aos limites dessa possibilidade de alteração, sobretudo, a qualitativa, o estudo do tema se faz oportuno para demonstrar as posições doutrinárias existentes, à luz dos princípios que regem a discricionariedade no âmbito dos contratos administrativos, bem como objetiva analisar o posicionamento do Tribunal de Contas da União na decisão nº 215/1999 do Plenário, o qual adotou uma das correntes doutrinárias e definiu parâmetros para condicionar a realização da referida alteração prevendo, inclusive, a possibilidade de extensão da limitação.

Palavras-chave: contratos administrativos, cláusulas exorbitantes, alterações unilaterais, discricionariedade, limitações às alterações, divergências doutrinárias, Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. ESTUDO DA DINÂMICA DOS CONTRATOS NO ÂMBITO PÚBLICO	7
2.1. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO NO BRASIL.....	7
2.2. DO REGIME JURÍDICO PÚBLICO NOS CONTRATOS.....	9
2.2.1. A definição de contrato administrativo.....	11
2.2.2. As características do contrato administrativo	14
2.2.3. Diferenciação com o Regime Privado	18
3. HIPÓTESES DE MODIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS.....	20
3.1. DISPOSITIVOS LEGAIS QUE REGEM A REFERIDA PRERROGATIVA.....	21
3.2. ESTUDO DAS MODIFICAÇÕES CONTRATUAIS UNILATERAIS.....	23
3.2.1. Espécies de Alterações Unilaterais: Análise acerca da Alteração Quantitativa e Qualitativa	28
4. DAS FORMAS DE LIMITAÇÃO ÀS ALTERAÇÕES UNILATERAIS	31
4.1. DO IMPERIOSO ESTUDO ACERCA DA DISCRICIONARIEDADE.....	33
4.1.1. Discricionariedade e o Estado Democrático de Direito: Um resgate necessário	36
4.2. DOS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE.....	45
4.3. DA INFLUÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DISCRICIONARIEDADE EM FACE DAS ALTERAÇÕES UNILATERAIS.....	48
4.3.1. Do Princípio do Interesse Público	49
4.3.2. Do Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade	51
4.3.3. Do Princípio da Moralidade Administrativa.....	54
4.4. DA RELEVÂNCIA DO POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA DECISÃO 215/1999.....	58
5. CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	67

1. INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito administrativo, e conseqüentemente, a ampliação do princípio da legalidade para acompanhar a dinamicidade da sociedade Democrática de Direito, juntamente com o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988¹, resultou na necessidade de estabelecer novas regulamentações acerca da relação entre a Administração Pública e o particular.

Desse modo, em 1993 foi instituída a Lei 8.666, que regulamenta as Licitações e os Contratos realizados com a Administração Pública, a qual gerou divergentes entendimentos em relação às prerrogativas da Administração, pois a extensão das alterações unilaterais dos contratos administrativos, prevista no Artigo 58, inciso I², determinou que o limite para a atuação unilateral por parte da Administração se encontra vinculado à finalidade do interesse público, fato que leva a análise da discricionariedade, tendo em vista que a expressão “interesse público” é genérica e de difícil definição. Ademais, o artigo 65³ que versa sobre as alterações contratuais qualitativas, na alínea “a”, e quantitativas, alínea “b”, aduz que estas, diferentemente das alterações quantitativas, sofrem limitação pelo parágrafo primeiro⁴ do artigo supramencionado, já as qualitativas não apresentam referência expressa a esses limites. Logo, diante da importância dos contratos administrativos para a ordem jurídica, os limites das alterações unilaterais qualitativas devem ser definidos, pois os órgãos que realizam o controle dessas contratações precisam de

¹ BRASIL. Constituição (1988). Artigo 37, inciso XXI – “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

² BRASIL. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Art. 58. “O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;”

³ BRASIL. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Art. 65. “ Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;”

⁴ BRASIL. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Art. 65. §1º “O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.”

unicidade no tocante a essa fiscalização, a fim de evitar lapsos que resultem em irregularidades prejudiciais ao Estado e seus princípios.

Demonstrada a realidade em que se encontra a Legislação Brasileira, no que tange a importância da licitação e posterior contratação com o Poder Público, faz-se pertinente abordar as principais doutrinas que abordam esse tema, bem como analisar se os critérios dos princípios inerentes ao contrato administrativo, em especial, da discricionariedade, são observados, sobretudo, garantindo o interesse público e o interesse do contratado.

Dessa forma, a ausência de menção expressa em relação à limitação das alterações qualitativas deve ser desconsiderada? De que modo os aditivos acerca das alterações unilaterais qualitativas devem ser limitados, haja vista as divergências doutrinárias? De que forma o Tribunal de Contas da União se posiciona a respeito das fiscalizações dos contratos firmados pela Administração?

Como consequência, o presente estudo irá conceituar e apresentar as características relevantes dos contratos administrativos, expor as modificações contratuais e as correntes doutrinárias acerca dessa prerrogativa, assim como, irá analisar e abordar a necessidade de limitações referentes a essas modificações adentrando no âmbito da discricionariedade, sob o aspecto de sua importância para o ordenamento jurídico, à luz de princípios inerentes ao exercício do Dever-Poder da Administração Pública, quais sejam o princípio do interesse público, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade e o princípio da moralidade administrativa, bem como abordará a atuação do Tribunal de Contas da União em face da fiscalização dos contratos administrativos, sobretudo a decisão 215/1999, que teve o intuito de limitar tais competências discricionárias do administrador, e evitar desvios de finalidade e danos aos cofres públicos.

2. ESTUDO DA DINÂMICA DOS CONTRATOS NO ÂMBITO PÚBLICO

A contratação do Poder Público com a esfera privada foi consequência da instauração da nova ordem jurídica, o Estado Social de Direito, o qual impulsionou a ampliação das funções da Administração através de uma maior intervenção do Estado nas atividades particulares.

As implicações deste fato serão objeto de estudo neste capítulo.

2.1. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

A partir da criação do Estado Social de Direito, em decorrência da ampliação das atribuições estatais, juntamente com o crescimento do Direito Administrativo, foi necessária uma institucionalização de critérios e regulamentações acerca da relação entre a Administração e o particular.

As primeiras noções de licitação foram introduzidas pelo Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que continha disposições a respeito das arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Mais tarde, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, responsável pela principal referência da reforma administrativa, teve como objeto nos artigos 125 a 144 apenas a licitação, sendo revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que, finalmente, instituiu o instrumento do contrato administrativo, disciplinando normas gerais e especiais.⁵ Contudo, apresentava irrestrita liberdade para Administração e contratados acerca de possíveis alterações.

⁵ OLIVEIRA, José Carlos de. **Princípios e elementos do processo licitatório**. Disponível em https://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/65615/2/a2_m01_s03_I06_Print.pdf

Diante da constitucionalização do direito administrativo, o doutrinador Marçal Justen Filho, asseverou que “há íntima relação entre a democratização do Estado e a ampliação da utilização do contrato administrativo.”⁶ Assim, a licitação passou a ser de observância obrigatória, como disposto no Artigo 37, inciso XXI da Constituição:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.⁷

Ademais, em 21 de junho de 1993 houve a promulgação da Lei 8.666, que prevê as diversas hipóteses de contratação e segundo Marçal Justen Filho:

“As regras originais da Lei 8.666 foram resultado de evolução histórica que não pode ser olvidada. O diploma consagrou regras e princípios derivados das leis anteriores, amoldados ao sistema da Constituição de 1988 e tendo em vista as necessidades derivadas dos fatos históricos ocorridos no início da década de 1990. No entanto, verificaram-se alterações ao longo do tempo. Uma parte dessas inovações derivou da aplicação prática da Lei, configurando o fenômeno conhecido como mutação normativa, que consiste na alteração da disciplina jurídica sem a modificação do seu texto.”⁸

Portanto, a materialização da mencionada Lei incluiu no ordenamento jurídico, de modo específico, o instituto dos contratos administrativos.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 15. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 11.

⁷ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 70 de 19 de março de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 13.

2.2. DO REGIME JURÍDICO PÚBLICO NOS CONTRATOS

Conforme o artigo 54 da Lei 8.666/1993, os contratos Administrativos são regulados pelas noções de Direito Público, e supletivamente, aplica-se o Direito Privado e os princípios da teoria geral dos contratos.

Diante dessa definição, faz-se necessário compreender o que é o Regime de Direito Público, sendo para Celso Antônio Bandeira de Mello a “caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade”⁹, conceito o qual deve ser juridicamente complementado pelos dois princípios basilares do direito administrativo, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, e ambos os princípios são considerados pelo autor como “fonte-matriz do sistema”.¹⁰ Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, a caracterização desse binômio das prerrogativas da Administração revela que:

“A manifestação da vontade do Estado, internamente, se faz, de regra, de forma unilateral, tendo em vista o interesse estatal, como expressão do interesse do todo social, em contraposição a outra pessoa por ela atingida ou com ela relacionada. E, mesmo quando as situações jurídicas se formam acaso por acordo entre as partes de posição hierárquica diferente, isto é, entre o Estado e outras entidades administrativas menores e os particulares, o regime jurídico a que se sujeitam é de caráter estatutário. Portanto, a autonomia da vontade só existe na formação do ato jurídico.

Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposições criadas pelas partes. Ocorrem, através de processos técnicos de imposição autoritária da sua vontade, nos quais se estabelecem as normas adequadas e se conferem os poderes próprios para atingir o fim estatal que é a realização do bem comum. É a ordem natural do Direito interno, nas relações com outras entidades menores ou com particulares.”¹¹

Ademais, o contrato administrativo, por ser regulamentado pelo Direito Público, deve respeitar os princípios pertinentes a essa sistemática normativa,

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 55.

¹⁰ Ibid., p. 57.

¹¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Conceito de Direito Administrativo**. Revista da Universidade Católica de São Paulo XXVII/36, 1964” apud MELLO, ibid., p. 71-72.

os quais são considerados, pelo supracitado Celso Antônio, os responsáveis por “compor o equilíbrio do sistema e determinar a unidade e racionalidade interna do regime administrativo”¹², e continua o autor afirmando que os princípios:

“vigoram segundo determinadas condições, regulamentação e limites, admitindo variantes, temperamentos e qualificações particulares à vista do significado singular que assumem e função da legislação concernente aos diversos institutos do Direito Administrativo. Sem embargo, desempenham o papel de guia; norte que orienta a compreensão desta disciplina e radical que unifica e lhe dá organicidade e coesão.”¹³

Ante o exposto, é oportuno ressaltar que além dos cinco princípios trazidos na Constituição, no Art. 37, caput, vinculados à Administração pública direta e indireta, seja União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, todos devem submeter-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e a Lei Federal que disciplina as licitações, em seu Art. 3º, caput, elencou novamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e da publicidade, acrescentando os princípios da igualdade, probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo “e dos que lhes são correlatos”¹⁴, bem como “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção mais vantajosa para administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.”¹⁵

¹² MELLO, 2013. p. 92.

¹³ Ibid., p. 97.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, com alterações resultantes da Lei 8.883, de 08 de junho de 1994 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, **institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm

¹⁵ MELLO, op. cit., p. 98.

Por consequência, são esses os princípios responsáveis por direcionar os contratos administrativos que se encontram sob o Regime Jurídico Público, além dos considerados implícitos, como por exemplo, o princípio da proporcionalidade, o qual será objeto de estudo mais adiante.

2.2.1. A definição de contrato administrativo

O conceito de contrato na esfera da Teoria Geral do Direito segundo Carlos Roberto Gonçalves “é uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral.”¹⁶ De modo que ambos se encontram subordinados a relação formada.

Conforme Diogo Figueiredo Moreira Neto, o contrato privado, acima conceituado, se distingue do contrato administrativo no viés da satisfação do interesse público específico, isto é, determinado em lei, pois, mesmo quando a parte não seja propriamente a Administração Pública, será regido pelo Direito Administrativo, desde que tenha sido objeto de delegação. Assim sendo, de acordo com o doutrinador, nem todo contrato da Administração pode ser considerado um contrato administrativo, desde que não exista interesse público na relação contratual, será contemplado pelas regras do Direito Privado.¹⁷

Portanto, segundo o entendimento do autor acima elencado, os contratos administrativos são:

“manifestações de vontades recíprocas, sendo uma delas da Administração Pública, que, integradas pelo consenso, tem por objeto a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando atender, com prestações comutativas, a interesses distintos, um dos quais é público.”¹⁸

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro 3 Contratos e atos unilaterais**. 13 ed., 2015. p. 22.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Editora Forense, 2015. p. 182.

¹⁸ Ibid., p. 189.

Segundo a doutrina de Caio Tácito, não basta que uma das partes seja a Administração Pública para ser considerado um contrato administrativo:

“Quais as características que permitem distinguir o contrato administrativo, além da presença de um órgão da Administração Pública? Primeiramente, atender-se-á ao objeto do contrato que deverá ser um fim de interesse público, tendo-se em vista satisfazer ao funcionamento dos serviços públicos ou a uma finalidade especial de utilidade pública.”¹⁹

Não obstante, para Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, o contrato administrativo pode ser caracterizado apenas segundo sua finalidade, que é satisfazer interesse público, sendo este o objeto do contrato.²⁰

A legislação trouxe no artigo 2º da Lei 8.666 uma noção de contrato mais ampla, que abrange diversas situações jurídicas, e apenas especifica os pressupostos e a necessidade da licitação:²¹

“ Para os fins desta Lei, 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.”²²

Contudo, no artigo 54 resta clara a definição dada pelo legislador, a partir de uma delimitação de suas cláusulas e condições:

“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em

¹⁹ TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro nos contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 187, p. 1, jan. 1992. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44977/47904>>. Acesso em: 05 Nov. 2017.

²⁰ Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. **Contratos Administrativos**. 1 ed. Saraiva, 1981. p. 5.

²¹ JUSTEN FILHO, 2012. p. 46.

²² BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, com alterações resultantes da Lei 8.883, de 08 de junho de 1994 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, **institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>

conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.”²³

Bem como, nos artigos seguintes são estabelecidas as obrigações e quais cláusulas são facultativas à existência do contrato administrativo.²⁴ Entretanto, o rol de inserção de cláusulas não é exaustivo, de modo que a liberdade encontrada para se perfazer o contrato tem como fundamento os princípios constitucionais e administrativos, a fim de resguardar o interesse público.²⁵

E diante dessa disposição se faz oportuno lembrar que a regulamentação dos contratos ocorre segundo as regras de Direito Administrativo, fato que garante a satisfação do interesse público.

Ademais, segundo Marçal Justen Filho, aprimorando o conceito apresentado em Lei, dispõe acerca da figura do contrato administrativo, em sentido amplo, como sendo o “acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.”²⁶

Nesse sentido, levando em consideração esse entendimento nota-se que esse conceito pode ser considerado um gênero, o qual consiste em mais três acepções de contratos administrativos, e são eles, o acordo de vontade da administração que nada mais é do que uma solução contratada entre a Administração e um particular, diferentemente do contrato administrativo em sentido restrito, pois este, além de ser um acordo de vontades, constitui relação jurídica a fim de destinar ou satisfazer de modo direto necessidades da Administração Pública, ou até para delegar a um particular a prestação de serviço público. Figuras jurídicas que divergem da terceira hipótese de contrato administrativo, tendo em vista que o contrato de direito privado da

²³ BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, com alterações resultantes da Lei 8.883, de 08 de junho de 1994 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, **instipui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm

²⁴ JUSTEN FILHO, 2012. p. 823.

²⁵ Ibid., p. 651.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 9 ed. Editora Saraiva, 2013. p. 301.

Administração Pública, mesmo sendo um contrato entre o poder público e o particular, é regido pelo direito privado e subsidiariamente se encontra o regime do direito público, como disposto no artigo 62, §3º da Lei 8.666:

“§ 3o Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:
I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;”²⁷

Entretanto, essa disposição atípica prevê um equilíbrio entre os contratantes, pois afasta as prerrogativas especiais inerentes à Administração Pública.

Por fim, conclui-se que a disparidade jurídica entre os contratantes é inerente à relação contratual firmada com a Administração²⁸, em razão da finalidade desse contrato ser o atingimento do interesse público com excelência.

2.2.2. As características do contrato administrativo

Em um primeiro momento, é possível afirmar que o contrato administrativo apresenta os elementos inerentes a qualquer tipo de contrato: capacidade das partes, objeto lícito, e forma prescrita em lei. Contudo, as cláusulas exorbitantes, derivadas do Conselho de Estado Francês, são responsáveis por distanciar os institutos, de modo que, segundo José Cretella Junior “serviu de índice para estabelecer a diferença específica entre o

²⁷ BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, com alterações resultantes da Lei 8.883, de 08 de junho de 1994 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, **institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm

²⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos Contratos Administrativos.** 3 ed., Malheiros Editores, 2011. p. 24.

contrato de direito comum e o contrato administrativo.”²⁹, da mesma forma, para Hely Lopes Meirelles “dessa posição privilegiada da Administração surgem as chamadas cláusulas exorbitantes do Direito Comum”³⁰, e o mestre define o contrato administrativo como:

“bilateral comutativo, oneroso, formal, realizado intuitu personae e destinado a satisfazer um interesse público caracterizado. Isto quer dizer que as obrigações assumidas devem ser recíprocas, equivalentes, remuneradas, expressas num instrumento escrito, para cumprimento pessoal do obrigado e atendimento de finalidade pública específica indicada.”³¹

O ponto mais característico deste instituto é o desnivelamento jurídico entre os contratantes em decorrência da supremacia do interesse público sobre o particular, de modo que é conferido à Administração a possibilidade de praticar condutas, impensáveis na esfera dos contratos privados, como alterar unilateralmente o contrato ou extingui-lo. Assim sendo, nota-se que o contrato administrativo apresenta características próprias, ou seja, que não se encontram em contratações privadas.³²

Ao contrário do direito privado que utiliza meios para equiparar as partes contratantes, o contrato administrativo é legitimado em posição superior. Como consequência, é uma característica deste instituto a natureza de adesão, tendo em vista que o vencedor da licitação se encontra sujeito aos termos dispostos no edital, sem oportunidade de negociar as cláusulas que nele estão, de modo que o contratado tem a opção de aceitá-lo ou não participar da licitação, caso não esteja de acordo com as cláusulas propostas, já que, a impugnação ao edital para reaver algum ponto só ocorre mediante ilegalidade, ou seja, se o edital publicado pela Administração estiver dentro da legalidade, não há que se

²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **As cláusulas "de privilégio" nos contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 161, p. 12, fev. 1985. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44753/43450>>. Acesso em: 08 Fev. 2018.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14 ed., Malheiros Editores, 2006. p.195.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitações e contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 105, p. 25, out. 1971. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35800/34595>>. Acesso em: 25 Nov. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v105.1971.35800>.

³² JUSTEN FILHO, 2012, p. 809.

falar em alteração de cláusulas contratuais, como resta evidenciado pelo art. 40, §2º, III da Lei 8.666/93 "Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;"

Outra característica é a impossibilidade de estabelecer contrato por prazo indeterminado, de acordo com a redação do parágrafo 3º do art. 57 da Lei 8.666/93, o qual veta expressamente essa possibilidade. Bem como são *intuitu personae*, pois apenas a contratada poderá desempenhar o objeto do contrato, inclusive a Lei 8.666 dispõe acerca da subcontratação no Art. 72 "O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. "

Não obstante, quando se trata de contrato administrativo, não existe a subordinação em prol da relação criada entre as partes, tendo em vista que o interesse público é indisponível, não é possível suprimi-lo em negociação contratual, bem como, para alcançar a satisfação do interesse público, "os meios e modos" para tal "serão objetos discricionariamente disponíveis"³³, de acordo com Figueiredo Moreira Neto.

O mestre supracitado atribui a imperatividade às características do contrato administrativo, no sentido dessa possibilidade de atuação unilateral ser mensurada pelo interesse público específico que é tido como objeto indisponível. Assim, diante desse aspecto, o doutrinador considera uma característica latente, pois:

"não obstante, apta a emergir plenamente, quando de sua execução, uma vez justificada por uma posterior redefinição do interesse público específico, que possa conflitar com a definição anterior e que foi tomada em consideração quando da estipulação originária do objeto do contrato."³⁴

Contudo, tal peculiaridade não permite a plena renúncia dos direitos dos particulares, pelo fato de haver limitações a essa superioridade da Administração, como elencado por Marçal Justen Filho "não se admite que, através da faculdade de alteração unilateral, a Administração libere-se dos

³³ MOREIRA NETO, 2015, p. 182.

³⁴ Ibid., p. 189.

deveres assumidos ou se locuplete à custa do patrimônio do contratado.”³⁵, circunstância marcada pela intangibilidade da equação econômico-financeira.

Assim como a mutabilidade do contrato administrativo é própria de sua natureza, pelo fato de a satisfação o interesse público primário ser sua finalidade, portanto não pode ser considerado um instituto estável, por ser passível de alterações supervenientes. Segundo Carlos Ari Sundfeld, a imutabilidade é inerente ao contrato administrativo, pois com o engessamento do que foi pactuado, não havia como acompanhar “eventuais alterações do interesse público primário decorrentes de fatos supervenientes ao contrato não teriam como ser atendidas”.³⁶

Portanto, as chamadas cláusulas exorbitantes são plenamente lícitas, e são elas, a possibilidade de alterar unilateralmente o contrato e do mesmo modo rescindi-lo, o poder de exigir garantia em face do contratado, a competência para sancionar o contratado conforme o artigo 87 da Lei 8.666/93, bem como a capacidade de fiscalizar o cumprimento do contrato, o poder de retomada do objeto caso a Administração entenda necessário, e também é possível restringir o uso da exceção de contrato não cumprido.

Hely Lopes Meirelles aduz a respeito das peculiaridades:

“cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem o Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente de lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.”³⁷

Por fim, Bandeira de Mello tem o entendimento de que essas peculiaridades do contrato administrativo “instabilizam o vínculo jurídico (...) ressalvadas a identidade do objeto da avença e a plena garantia dos interesses patrimoniais da outra parte”.³⁸

³⁵ JUSTEN FILHO, 2012, p. 811.

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratos Administrativos – Acréscimos de Obras e Serviços-Alteração**. Revista trimestral de Direito Público, nº 2, São Paulo: Malheiros. p. 152.

³⁷ MEIRELLES, 2011. p. 219.

³⁸ MELLO, 2011, p. 627.

2.2.3. Diferenciação com o Regime Privado

O autor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho difere os institutos da seguinte forma:

“Atuando a Administração no campo do Direito Público, nada mais lógico que sua atividade contratual reflita diretamente interesse de serviço público. No interesse, motivado e finalístico, encontra-se a diferença entre os contratos administrativos e os civis.”³⁹

No mesmo sentido Justen Filho sustenta a divergência com base na autonomia da vontade e na disponibilidade dos interesses, pois, essa é a premissa das contratações no âmbito privado, ao contrário da esfera pública, pelo fato de existir a vinculação entre a “supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais”.⁴⁰

O princípio *pacta sunt servanda*, presente nos contratos privados, é exceção quando se trata de contratação com o Poder Público, o que acarreta em observância ao equilíbrio econômico financeiro do contrato, como forma de garantia para com a contratada, já que a imutabilidade pode ser quebrada com a alteração unilateral.⁴¹

Para Antônio Carlos Cintra do Amaral, outra distinção é em relação às regulamentações, pois a contratação Administrativa pode ser regida pelas Leis 8.666/1993, 8.987/95, 9.074/95, 10.520/2002 e 11.079/2004, de modo que subsidiariamente ocorre a incidência do Código Civil, seguindo o caminho inverso ao da contratação privada, já que esta permite apenas ser regida pelo Código Civil. Bem como, o autor continua a distinção entre os institutos ao se referir à forma de controle, pois o âmbito administrativo permite o controle por parte do Poder Judiciário, Auditorias internas e externas, Ministério Público, sócios ou acionistas em caso de empresa estatal, Tribunais de Contas,

³⁹ FRANCO SOBRINHO, 1981, p. 67.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, 2013, p. 139.

⁴¹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários**. 3 ed. rev. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 189.

Corregedorias Gerais e dos cidadãos por meio da ação popular. Em contrapartida, as contratações na esfera privada só permitem que haja controle por parte do Poder Judiciário, Auditorias internas e externas, Ministério Público em casos específicos, e por sócios ou acionistas.⁴²

O principal motivo de existir tanta disparidade de controle entre os contratos da iniciativa privada e os de ordem pública é a essência do contrato. Eis que os contratos privados, em grande maioria visam o lucro, e possuem capital privado. Por sua vez, os contratos administrativos advêm dos impostos (tributos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições), com isso o controle deve ser feito de maneira mais ostensiva, visando inclusive a fiscalização da relação entre o objeto do contrato e o interesse público.

Outra distinção é o prazo de duração do contrato, uma vez que os contratos administrativos serão sempre com prazo determinado, sendo extintos pelo término do prazo, pela conclusão do objeto contratual ou pela rescisão, seja por parte da Administração ou do contratado.

⁴² AMARAL, 2010, p. 191.

3. HIPÓTESES DE MODIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS

A contratação com a Administração Pública, ao contrário das contratações entre os particulares, goza de prerrogativas especiais, as quais permitem atuação unilateral, sendo permitido através de sua supremacia.

Bem por isso, é imprescindível que esse exercício tenha margens delineadas, para evitar que seja caracterizada a arbitrariedade na conduta Estatal, inclusive devendo respeitar o contratado por meio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.⁴³

Assim continua Hely Lopes:

“O poder de alteração e rescisão unilaterais do contrato administrativo é inerente à Administração [...], constitui preceito de ordem pública, não podendo a Administração renunciar previamente à faculdade de exercê-lo.”⁴⁴

Outra noção em relação a essa característica é do mestre Marçal Justen Filho, o qual diverge e adverte quanto à ideia de supremacia, no sentido de que esta noção não deve ser entendida como autoritária, mas na acepção de “propiciar a realização da função imposta ao Estado de concretizar os direitos fundamentais do cidadão, mas segundo uma ordem jurídica caracterizada pela natureza democrática”⁴⁵, não sendo apenas uma pura primazia típica do Estado.

O contrato administrativo tem suas disposições a partir do artigo 54 da Lei 8.666 de 1993, e especificamente os dispositivos que tratam das modificações serão objeto de análise a seguir.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. Malheiros Editores, 2000.

p. 201.

⁴⁴ MEIRELLES, 2011, p. 204.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, 2012, p. 811.

3.1. DISPOSITIVOS LEGAIS QUE REGEM A REFERIDA PRERROGATIVA

O artigo 58 da Lei 8.666 de 21 de Junho de 1993 que regulamenta as Licitações e os Contratos realizados com a Administração Pública, em sua redação dispõe:

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

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

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”⁴⁶

Nesta redação é possível identificar as prerrogativas provenientes da supremacia do Estado, tendo em vista a particularidade de cada possibilidade exorbitante em cada inciso.

O artigo 65 da mesma Lei regulamenta essa modificação:

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

I - unilateralmente pela Administração:

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

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

II - por acordo das partes:

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, com alterações resultantes da Lei 8.883, de 08 de junho de 1994 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 7º (VETADO)

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não

caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.⁴⁷

A partir da leitura dos dispositivos que tratam das cláusulas exorbitantes e suas limitações, é possível notar que existe uma competência discricionária para alteração do contrato administrativo, a partir da análise da oportunidade e conveniência decorrentes do fato concreto.

Os doutrinadores divergem entre si quando se referem a essa margem, o que levou a diversas interpretações a respeito da limitação e quanto à possibilidade de extensão dessas alterações. Pretextos que serão tema de estudo a seguir.

3.2. ESTUDO DAS MODIFICAÇÕES CONTRATUAIS UNILATERAIS

A partir da normatização das modificações, desde o Decreto-Lei 2.300 até a Lei atual que trata das licitações e contratos administrativos, foi possível identificar que era preciso encontrar maiores limitações para as alterações contratuais, a fim de evitar possíveis desvios de poder e arbitrariedades, tendo em vista que foi concedida à Administração a possibilidade de alterar unilateralmente os contratos, “de modo abstrato e exaustivo”⁴⁸ sob o argumento da melhor obtenção do interesse público, expressão notadamente caracterizada por sua amplitude no âmbito do Direito Público.

Conforme Justen Filho, nas alterações unilaterais:

“a Administração identifica a necessidade e a conveniência de alterar as condições originalmente pactuadas. Suas determinações traduzem-se em alteração contratual que vincula o particular. A validade dessas modificações e sua obrigatoriedade em face do particular dependem da observância do devido processo legal.”⁴⁹

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, com alterações resultantes da Lei 8.883, de 08 de junho de 1994 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, **institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm

⁴⁸ JUSTEN FILHO, 2012, p. 879.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, 2013, p. 544.

Outro entendimento é da autora Fernanda Marinela:

“Os contratos administrativos, para proteção do interesse público e do equilíbrio contratual, podem ser alterados de forma unilateral pela Administração, o que caracteriza uma cláusula exorbitante ou, bilateralmente, por acordo entre as partes. Essa mutabilidade é da própria natureza do contrato administrativo, é imanente a ele. Contudo tal prerrogativa não decorre de uma condição de superioridade própria da Administração em relação ao contratado, senão de sua condição de curadora dos interesses públicos primários, também denominados interesses coletivos primários. A decisão de alteração do contrato pela Administração representa uma competência discricionária, todavia não pode ser exercida a qualquer tempo, especialmente em razão da existência do procedimento licitatório que escolheu a melhor forma de contratar, e conseqüentemente, a proposta vencedora. Assim, para a alteração, é necessária a presença de uma situação nova, a superveniência de um motivo justificador da alteração.”⁵⁰

A criação dessa possibilidade tornou possível adequar a execução do contrato administrativo à dinâmica da realidade, cuja flexibilização é a base, em razão de eventuais fatos imprevisíveis e supervenientes, os quais não podem obstar a Administração de alcançar a satisfação do interesse público.

Ademais, como conseqüências da característica da mutabilidade contratual, podem ser aplicadas as teorias do fato do príncipe, da imprevisão, fato da Administração ou caso fortuito, a depender da circunstância que ocorrer no caso concreto. Nesse sentido o supracitado autor assevera que:

“não há diversidade de tratamento jurídico em vista da distinção entre fato do príncipe, teoria da imprevisão, fato da Administração ou caso fortuito. Todas essas hipóteses são agrupadas pelo Art. 65, inc. II, “d”, para tratamento uniforme. Logo, não há utilidade em diferenciar essas hipóteses – ao menos, isso não acarreta tratamento jurídico distinto.”⁵¹

É válido destacar o entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, pois, diferentemente do autor mencionado acima, ensinou acerca das hipóteses que, no viés da cláusula *rebus sic stantibus*, antes de ser inserida no

⁵⁰ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 522.

⁵¹ JUSTEN FILHO, 2012, p. 892.

âmbito do Direito Privado, foi resgatada pelo Conselho Nacional de Estado, na França, com o intuito de compor os contratos administrativos, pretendendo assegurar a obtenção do interesse público mesmo diante de fatos imprevisíveis, através de uma indenização em face do desnivelamento financeiro como forma de compensação, porém só era devida se o contratado executasse integralmente suas obrigações. Posteriormente o Conselho entendeu que diante da formada teoria da imprevisão, era necessária a compensação patrimonial.

Alguns doutrinadores divergem por entenderem que essa compensação econômica se deu em face do fato do príncipe⁵², sendo que para o autor:

“Tendo em vista dificuldades imprevisíveis supervenientes, não se enquadram na teoria da imprevisão, mas na do fait du prince, que consiste em qualquer medida governamental que torna mais onerosa a situação do co-contratante com a Administração Pública.”

Contudo, independente de qual seja a corrente adotada em relação às causas caracterizadoras do reajuste do equilíbrio econômico, é indispensável que ocorra essa recomposição prevista no Art. 65, II, “d”, segundo o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, instituto que garante a relação estabelecida inicialmente até o final da vigência do contrato administrativo, de modo que mesmo diante de alterações por parte da Administração, a relação da remuneração permanece sem ônus ou bônus para o contratado.⁵³

O inciso I do artigo 65 da referida Lei estabelece duas espécies de modificação unilateral, as alterações qualitativas e quantitativas, respectivamente, na alínea *a* quando houver modificação do projeto ou de suas especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos e na alínea *b* quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de

⁵² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Contrato de direito público ou administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 94, p. 8, ago. 1968. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/31840/30627>. Acesso em: 19 de nov. 2017.

⁵³ MEIRELLES, 2011, p. 203.

acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos em lei.

Os limites legais destinados às modificações são pontos divergentes na doutrina, pelo fato de o parágrafo primeiro do Art. 65 citar apenas a alteração de valor, isto é, a previsão expressa é em relação à alteração quantitativa.

Sobre esse assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe:

“A vedação contida no §2º do art. 65 da Lei 8.666 – a de exceder os 25 ou 50% - esta reportada tão somente à alteração unilateral a que se remete a letra “b” do Inciso I [...]. Não diz respeito, pois, ao que está mencionado na letra “a” [...]. Demais disto, é também nesta letra “b” – e unicamente nela – que se faz referência a “nos limites permitidos por esta lei” – expressão que inexistente na letra “a” (que trata de “modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos”). Esta inclusão dos limites em uma e exclusão em outra não pode ser desconsiderada.

Isto não significa, entretanto, total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, pena de burlar o instituto da licitação. Estas modificações só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, quando eventos supervenientes, fatores invulgares, anômalos, desconcertantes de sua previsão inicial, vêm a tornar inalcançável o bom cumprimento do escopo que o animara, sua razão de ser, seu “sentido”, a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações.”⁵⁴

Nessa acepção Caio Tácito aduz que:

“a figura da alteração qualitativa tem inspiração e finalidades próprias [...] precisamente porque são, de regra, imprevisíveis, senão têm limites pré-estabelecido, sujeitando-se a critérios de razoabilidade, de modo a não se desvirtuar a integridade do objeto do contrato. Dai porque as alterações qualitativas exigem motivação expressa e vinculação objetiva a causas determinantes devidamente explicitadas.”⁵⁵

Diante desse dissenso, Carlos Ari Sunfeld explica que:

É perfeitamente natural ao contrato administrativo a faculdade de o Estado introduzir alterações unilaterais. Trata-se de instrumentá-lo com os poderes indispensáveis à persecução do interesse público. Caso a administração ficasse totalmente vinculada pelo que avençou, com o correlato direito de o particular exigir a integral observância do pacto, eventuais alterações do interesse público decorrentes de fatos supervenientes ao contrato - não teriam como ser atendidas. Em suma, a possibilidade de o Poder Público modificar unilateralmente o

⁵⁴ MELLO, 2011, p. 638-639.

⁵⁵ TÁCITO, 1994, p. 376.

vínculo constituído é corolário da prioridade do interesse público em relação ao privado, bem assim de sua indisponibilidade.⁵⁶

De acordo com esse entendimento, a questão da mutabilidade contratual se faz inteiramente necessária para atender ao interesse público primário, além de que “quase sempre, as alterações qualitativas são necessárias e imprescindíveis à realização do objeto e, conseqüentemente, à realização do interesse público primário, pois que este se confunde com aquele”⁵⁷, logo, Hely Lopes Meirelles, Jessé Torres Pereira, Toshio Mukai entendem que mesmo não havendo referência expressa a um limite, sua ausência pode ser suprida a partir da vinculação do artigo 65, § 1º, no qual se encontra o limite da alteração unilateral quantitativa, com o princípio da proporcionalidade, observando os direitos do contratado, lembrando que:

A utilização da proporção adequada nos atos da Administração é condição de legalidade deles. O atendimento ao interesse público não deve ser esteio a sacrifícios desnecessários do interesse privado. É o que reza o princípio da proporcionalidade, que proíbe os excessos da Administração.⁵⁸

Jessé Torres Pereira Junior, mesmo diante da divergência doutrinária entre a incidência ou não do limite do §1º, sustenta que “os limites de 25% e 50% referem-se tanto à hipótese da alínea “a” quanto à alínea “b” do inciso I”, e inclusive, aponta as ressalvas da decisão nº 215/99.⁵⁹

Em contrapartida, para Caio Tácito, Marçal Justen Filho e Antônio Marcelo da Silva, não seria certo fazer essa interpretação extensiva do dispositivo legal, pois não há nele menção nem referência da alínea “a” que trata da alteração unilateral qualitativa, bem como, como já exposto acima a

⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratos Administrativos** - Acréscimos de obras e serviços - Alteração. Revista Trimestral de Direito Público n2 2, São Paulo:Malheiros, p. 15

⁵⁷ SARAIVA, I. **Contrato administrativo** - Limites - Alteração excepcional. Editora FGV e Editora Fórum, 2015, p. 6.

⁵⁸ SARAIVA, loc. cit.

⁵⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 7. ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 721-722

percepção de Bandeira de Mello “esta inclusão dos limites em uma e exclusão em outra não pode ser desconsiderada”.⁶⁰

Por conseguinte, a maioria dos doutrinadores não unificam as duas modalidades de modificação, mas separam cada qual com seu regime distinto, assim como estabelecido pelo legislador.

3.2.1. Espécies de Alterações Unilaterais: Análise acerca da Alteração

Quantitativa e Qualitativa

Apontados os entendimentos sobre a incidência do limite à alteração qualitativa, faz-se necessário diferenciar os dois institutos, iniciando pela modificação quantitativa, prevista na alínea “b”, que é marcada por aditivos contratuais que ampliam ou restringem o objeto do contrato, dentro do limite previsto no §1º do art. 65 da Lei, de acordo com o interesse público, sem descaracterizar o objeto do contrato.

Em contrapartida, a modificação qualitativa, referida na alínea “a”, se destaca em razão da especificidade, uma vez que advém de situações excepcionais, “imprevistas e alheias à vontade das partes, que imponham para o cumprimento do objeto do contrato a prestação de serviços complementares, não previstos [...]”.⁶¹ Logo, deverá ser analisado e ponderado, juntamente ao princípio da proporcionalidade, a fim de evitar sacrifícios à Administração e ao contratado, visto que se o objeto do contrato for descaracterizado em decorrência da alteração, deverá ser realizada nova licitação.⁶²

Para exemplificar a distinção entre as espécies, cabe transcrever o que foi dito pelo ex Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau em sua obra:

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Extensão das Alterações dos Contratos Administrativos**: a questão dos 25%. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 09 de nov de 2017.

⁶¹ TÁCITO, 1994, p. 376.

⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Decisão nº 215/1999**, Plenário. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC02151899P.pdf

“(a) contrata-se a pavimentação de 100km de rodovia; se a Administração estender a pavimentação por mais 10km, estará crescendo, quantitativamente, o seu objeto - a dimensão do objeto foi alterada; (b) previa-se, para a realização do objeto, a execução de serviços de terraplanagem de 1000m³; se circunstâncias supervenientes importarem que se tenha de executar serviços de terraplanagem de 1200m³, estará sendo acrescida a quantidade de obras, sem que, contudo, se esteja a alterar a dimensão do objeto - a execução de mais 200m³ de serviços de terraplanagem viabiliza a execução do objeto originalmente contratado objeto originalmente contratado.”⁶³

Tendo como base esse ensinamento, a decisão nº 215/99 do TCU aponta de forma clara a diferença entre os institutos:

“Sem a implementação das modificações qualitativas não há objeto e, por conseguinte, não há a satisfação do interesse público primário que determinou a celebração do contrato. Relembrando o exemplo de alterações qualitativas que aduzimos, verifica-se que, sem o acréscimo dos serviços de terraplanagem, não seria possível a realização dos 100km de pavimentação.

Distinta é a situação, quando a modificação contratual visa a aumentar a extensão da via de 100 para 150km - alteração quantitativa. Nesse caso, a não-alteração do contrato não impede a realização do interesse público que determinou a sua celebração, pelo menos parcialmente, uma vez que não configura óbice à execução dos 100km da via, inicialmente contratados.”⁶⁴

Isto posto, nota-se que essa alteração se faz indispensável à satisfação do interesse público⁶⁵, sendo impreterível a percepção da necessidade dessa modificação após a contratação, ou quando decorrer de inovação tecnológica que favoreça a execução do contrato. Como consequência do §2º do art. 58, o valor original do contrato deverá ser alterado para garantir o equilíbrio econômico-financeiro, fato que não condiz com o ordenamento jurídico público, pois é insustentável a existência de alterações contratuais realizadas unilateralmente e de forma ilimitada. Nesse sentido aduz o mestre Marçal Justen Filho:

“A ilimitação do dever-poder da alteração unilateral dos contratos seria incompatível com os postulados de um estado democrático de

⁶³ GRAU, Roberto Eros. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 29

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. Decisão nº **215/1999**, Plenário. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC02151899P.pdf

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Decisão nº 215/1999**, Plenário. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC02151899P.pdf

direito. Importaria, de resto, tamanho risco para o contratado que a Administração Pública nunca lograria encontrar parceiros para tanto – ou, no mínimo produziria elevação de custos de ordem a lesionar o interesse público. por fim tomaria inútil a prévia realização de licitação.

A superioridade do interesse público sobre o privado não autoriza o espeziñamento do particular. O interesse do particular, ainda que deva ceder passo ao coletivo não pode ser ignorado. Reside neste ponto uma diferença fundamental entre Estados democráticos e totalitários, afirmada no curso deste século.”⁶⁶

Outrossim, segundo o Procurador do Estado do Paraná Hamilton Bonatto:

“É cediço que embora seja juridicamente possível se proceder às alterações qualitativas, no âmbito da discricionariedade, essa faculdade da Administração não é livre, eis que depende da ocorrência comprovada de determinados pressupostos. Repise-se, a alteração qualitativa é possível, mas não livre. Assim, sua realização fica condicionada ao cumprimento de requisitos legais.”⁶⁷

Assim conclui-se que, mesmo não havendo previsão expressa da limitação em face da modificação qualitativa, algumas colocações devem estabelecer a efetiva extensão dessa prerrogativa a fim de evitar ameaça à ordem e aos princípios do Direito Público.⁶⁸ Tais balizas foram devidamente apontadas pelo Tribunal de Contas da União e serão objeto de análise ao final do próximo capítulo.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Extensão das Alterações dos Contratos Administrativos: a questão dos 25%. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 09 de nov de 2017.

⁶⁷ BONATTO, Hamilton. **Informação nº 533/2017 – NJA/PGE/SEIL/PR/ Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, 2017.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Decisão nº 215/1999**, Plenário. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC02151899P.pdf

4. DAS FORMAS DE LIMITAÇÃO ÀS ALTERAÇÕES UNILATERAIS

Para interpretar a regulamentação acerca da modificação, devem ser considerados como limite os princípios da mutabilidade do contrato administrativo e da inalterabilidade do objeto, de acordo com Caio Tácito.⁶⁹ E também, para outro mestre no assunto, Justen Filho, “o limite às alterações tanto se impõe pelo princípio da vinculação do contrato ao ato convocatório como pela tutela ao interesse do particular contratado”⁷⁰, pois, para o autor, é essencial que como justificativa para a alteração, haja uma mudança de cenário, seja em relação aos fatos ou aos direitos, que qualifique e valide os fundamentos a respeito da necessidade e conveniência, de modo que se for utilizado “interesse público de conteúdo material indeterminado” será nula a alteração praticada, inclusive:

“Poderá ser exercido amplo controle jurisdicional sobre a modificação unilateralmente introduzida. Será nula a modificação quando: (a) desmotivada; (b) fundada em motivo já existente (e conhecido) em data anterior à contratação; (c) fundada em motivo inexistente; (d) desproporcional em face do motivo invocado. Aplicam-se, de resto, as concepções vigentes relativamente ao controle do mérito do ato administrativo.”⁷¹

Segundo Di Pietro, a alteração unilateral do contrato não se dá de forma irrestrita, apontando a vinculação do exercício do poder à finalidade do interesse público e à necessidade de reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial, como limites expressos na própria Lei.⁷²

Nesse viés da alteração, Marçal Justen Filho aponta que:

“A alteração do contrato retrata, sob alguns ângulos, uma competência discricionária da Administração. Não existe, porém, liberdade para a Administração impor a alteração como e quando

⁶⁹ TÁCITO, 1994, p. 378.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, 2012, p. 845.

⁷¹ Ibid., p. 844.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. Editora Atlas, 2004. p. 265.

melhor lhe aprovar. Existe uma competência anômala, não uma prerrogativa propriamente dita.

Em síntese, o conteúdo do contrato administrativo reflete o exercício pela Administração de seus juízos de conveniência e oportunidade. A Administração, depois de realizar a contratação, não pode impor a alteração da avença mediante a simples invocação da sua competência discricionária.

A administração tem de evidenciar a superveniência de motivo justificador da alteração contratual [...].”⁷³

Como apontado pelo Revisor Ministro Adylson Motta, na já mencionada decisão do TCU, em relação à discricionariedade presente na alteração unilateral qualitativa:

“Com relação a esses limites, verifica-se inegável preocupação da doutrina em identificá-los e fixá-los. Na lição de Caio Tácito, embora a mutabilidade seja característica incontestada do contrato administrativo e a atividade de alteração unilateral qualitativa figurar no âmbito da discricionariedade, essa faculdade da Administração não é livre, depende da ocorrência comprovada de determinados pressupostos.

Com o arrimo na preleção de doutrinadores como Marçal Justen Filho, Adilson Dallari, Carlos Ari Sundfeld, Sérgio Ferraz e Brewer-Carias, verifica-se que o primeiro deles é a basilar observância do princípio constitucional da obrigatoriedade de licitação e da isonomia, e o respeito necessário aos direitos patrimoniais do contratante privado, além dos princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade

Considerados tais balisadores como limites gerais às alterações qualitativas, eles têm como conseqüência a restrição das modificações qualitativas, além dos limites legais estabelecidos, apenas à hipótese de ocorrência cumulativa dos seguintes pressupostos: a) 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; e b) não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado.

As modificações qualitativas devem ser decorrentes de fatos supervenientes que impliquem em "dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião do pacto inicial", devendo corresponder ainda a uma alteração de circunstâncias fáticas levadas em consideração por ocasião da avença. A Administração há que também evidenciar que "a solução localizada na fase da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada". No entanto, a modificação decorrente não pode ser de vulto tal que venha a transfigurar o objeto original em outro, frustrando os princípios da obrigatoriedade de licitação e da isonomia.”⁷⁴

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Editora Saraiva, 2005. p. 364.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Decisão nº 215/1999**, Plenário. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC02151899P.pdf

Identificada a questão da limitação, faz-se necessário analisar a discricionariedade.

4.1. DO IMPERIOSO ESTUDO ACERCA DA DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade se encontra na própria Lei, sendo a apreciação feita pela autoridade competente no caso concreto, juntamente com a análise dos critérios de oportunidade, conveniência, justiça e igualdade.⁷⁵ Bem como, é plenamente justificada pelo fato de que o legislador não tem a capacidade de exaurir as inúmeras possibilidades de atuação da Administração em Lei, de modo que apenas o administrador, diante do caso concreto, pode determinar a melhor solução para o fato específico.⁷⁶

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello trabalha com a “relatividade” da competência discricionária, deixando claro que discricionária é a competência do agente responsável pela decisão dentre as opções oferecidas pela Lei, de modo que o ato apenas é o produto do exercício dela. Portanto, não há que se falar em ato discricionário, mas sim na discricionariedade da apreciação feita pela autoridade.⁷⁷

Diante desse entendimento, antes de aprofundar o estudo acerca da definição de discricionariedade, é válido ressaltar que não deve existir confusão entre arbitrariedade e discricionariedade, pois, aquela é ilegítima, sendo fruto da não observância dos critérios do ordenamento jurídico da Administração Pública e de seus princípios, restando em um ato sem ligação com o interesse público indicando desvio de poder, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “nos atos em que o agente atua com a defeituosa intenção de satisfazer objetivos pessoais, de perseguição ou de favoritismo, é vício particularmente censurável”⁷⁸ devendo ser invalidado pela própria Administração. Em

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na constituição de 1988**. 2 ed. Editora Atlas, 2007. p. 66.

⁷⁶ MEIRELLES, 2011, p. 123.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Grandes Temas do Direito Administrativo**. 4 ed. Malheiros Editores, 2009. p. 81.

⁷⁸ Ibid., p. 63.

contrapartida, a discricionariedade é a liberdade de atuação dentro dos limites legais.

Partindo do princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, toda atividade Administrativa deve ser pautada e limitada pela legalidade, a fim de evitar a arbitrariedade, fato que garante ao administrado segurança jurídica.⁷⁹

Para o doutrinador acima citado:

“Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de suprir o dever de adotar a solução mais adequada a satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.”⁸⁰

Em virtude das diversas soluções disponíveis para o agente competente decidir diante de um determinado fato, não há como negar a existência da subjetividade, por esse motivo, para o ato ser válido, são exigidos critérios de mérito, nos quais são analisadas a oportunidade, a conveniência, o parâmetro da justiça e o da igualdade, com o intuito de impedir o desvio de poder. Além da limitação legal, a qual impõe, como em qualquer outro ato administrativo, a demonstração quanto à competência, à forma e à finalidade.⁸¹

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles afirma que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, pois há regulação proveniente da vinculação com a Lei, visto que deve sempre ser intra legem e não extra legem. Entretanto, para Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade é relativa no sentido de que “a liberdade deferida pela lei só existe na extensão, medidas ou modalidades que dela resultem”⁸², inclusive quando se tratar de expressões vagas ou imprecisas, tal como no Artigo 58, inciso I da Lei 8.666/1993, que foi objeto de estudo no capítulo anterior:

⁷⁹ DI PIETRO, 2007, p. 66.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48.

⁸¹ DI PIETRO, op. cit. p. 67.

⁸² MELLO, 2009. p. 83.

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

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

Tendo como base o direito italiano, anteriormente, os doutrinadores analisaram por muito tempo apenas o mérito relacionado à discricionariedade, sem qualquer menção a sua existência quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, fato que dificultava o controle jurisdicional, pois, o mérito, para o direito administrativo, tem relação direta com o princípio da oportunidade e conveniência, além do interesse público⁸³, de modo que “o mérito está no sentido político do ato administrativo”⁸⁴ como ensina Seabra Fagundes, sendo pertinente ao ato administrativo, quando discricionário, relacionado ao objeto e ao motivo.

O autor supracitado continua:

“A circunstância do mérito inexistir como elemento do ato vinculado e integrar o conjunto dos elementos componentes do ato discricionário, repercute, de modo relevante, como observamos de início, sobre a extensão do controle jurisdicional. Éste é pleno em se tratando de atos praticados no exercício de competência estrita e limitado quando se trata de atos de sentido discricionário. Nos primeiros, só havendo a examinar aspectos de legalidade, nada escapa à revisão judicial. Nos segundos, existindo, ao lado dos aspectos legais, aspectos de mérito (os concernentes ao motivo e ao objeto), a autoridade judiciária não lhes devassa todo o conteúdo.”⁸⁵

Assim, a relação do mérito com a discricionariedade, presente no ato administrativo, se encontra na esfera da liberdade concedida pelo legislador para garantir que o administrador, diante do caso concreto, escolha dentre as possibilidades a mais adequada, segundo critérios de conveniência e oportunidade⁸⁶, mesmo quando diante de conceitos genéricos, como presente no artigo acima mencionado.

⁸³ DI PIETRO, 2007, p. 127.

⁸⁴ FAGUNDES, M. Seabra. **Conceito de mérito no Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 23, p. 2, dez. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830/10758>>. Acesso em: 03 Nov. 2017.

⁸⁵ Ibid., p. 10.

⁸⁶ MELLO, 2011. p. 973.

Ademais, o conceito de discricionariedade é tratado inicialmente pelo doutrinador Marçal Justen Filho como sendo “um dos temas centrais do direito administrativo, especialmente em vista da evolução das concepções democráticas de Estado.”⁸⁷ Portanto, seguindo esse raciocínio, nota-se que a liberdade concedida ao administrador é inerente ao Estado em que vivemos, logo, não seria permitida em um Estado autoritário repleto de atuações arbitrárias.

4.1.1. Discricionariedade e o Estado Democrático de Direito: Um resgate necessário

A discricionariedade deve ser compreendida a partir do viés da constitucionalização do direito administrativo, como consequência do desenvolvimento do Estado de Direito que ocorreu em três etapas, a primeira delas foi o período do liberalismo; A segunda surgiu como resposta à exacerbada liberdade concedida ao indivíduo, momento em que foi restaurada a característica solene do Estado, originando então o Estado Social; E por fim, em decorrência da ausência de justiça social, e insatisfação por parte da população, configurou-se o Estado Democrático de Direito estruturado pelos princípios da maioria, da igualdade e da liberdade.

4.1.1.1. A discricionariedade no período do Estado Liberal de Direito

A concepção liberal do Estado de Direito se instaurou no Brasil com a Constituição de 1824, a qual, segundo Caio Tácito, tinha similitude com o constitucionalismo, pois também teve como base a separação de poderes, bem como o intuito de proporcionar garantias aos direitos individuais evidenciadas

⁸⁷ JUSTEN FILHO, 2013, p. 241.

pela Revolução Francesa, sendo a defesa pela liberdade, igualdade e fraternidade.⁸⁸

Em decorrência dessa ideologia instituiu-se o princípio da legalidade, como resultado da retirada do Poder Executivo a capacidade de estabelecer leis gerais, vez que, com a separação dos poderes, apenas o Legislativo teria competência para legislar, restando ao Executivo apenas atuar conforme apreciado em Lei.⁸⁹

José Afonso da Silva aponta que uma das características básicas do Estado Liberal de Direito foi a “submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo.” Ideal que resultou em primazia ao Poder Legislativo, já que os outros dois poderes apenas atuavam de acordo com a Lei.

O processo de reconhecimento da liberdade dos cidadãos, e conseqüentemente, da igualdade, resultou no reconhecimento do Direito Administrativo como ramo autônomo, como ensinado por Caio Tácito:

“a jurisdição da administração pública é fruto do liberalismo político. Os direitos do homem geram os deveres do Estado. Nos regimes absolutos, o administrador - veículo da vontade do soberano - é, como este, irresponsável. A administração é apenas uma técnica a serviço de privilégios de nascimento. O estado de direito, ao contrário, submete o poder ao domínio da lei: a atividade arbitrária se transforma em atividade jurídica. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vinculação legal. O Executivo opera dentro em limites traçados pelo Legislativo e sob a vigilância do Judiciário.”⁹⁰

A partir de um breve resgate histórico à época de Luís XV no início do século XVIII, na França, a resistência apresentada pelos Parlamentares contra reformas propostas pelos Ministros do Rei, fez com que fossem criados novos órgãos desvinculados dos Tribunais, para conceder maior apoio ao Executivo. No entanto, mais tarde esses órgãos se tornaram jurisdições administrativas,

⁸⁸ TÁCITO, Caio. **Bases constitucionais do direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 166, p. 4, fev. 1986. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45317/43804>>. Acesso em: 03 Nov. 2017.

⁸⁹ DI PIETRO, 2007, p. 67.

⁹⁰ TÁCITO, 1986, p. 1.

com o intuito de orientar o exercício do Poder Público, fato que deu origem ao cerne do direito administrativo, como compreendido por Maria Sylvania di Pietro:

“[...] composto, de início, por um conjunto de normas com caráter em grande parte autoritário, por reconhecer prerrogativas e privilégios à Administração Pública, colocando-a em posição de supremacia sobre o particular e sem garantia de um controle judicial efetivo por parte de órgão independente.”⁹¹

Contudo, os princípios inerentes ao Estado Liberal atenuaram esse caráter autoritário, porém resta a conclusão de que desde a sua origem o direito administrativo atua como uma balança entre a autoridade da administração e a liberdade do cidadão.

Ademais, a noção do princípio da legalidade nessa época era diverso do entendimento da atualidade, pois não tinha o completo afastamento das monarquias absolutistas, o que acarretou na isenção do controle judicial quando se tratava de discricionariedade, pelo fato de conceder a Administração além da atuação estrita à Lei, a de livre apreciação, a qual não continha qualquer forma de vinculação legal, logo, sem controle judicial.

Essas particularidades proporcionaram um amplo poder discricionário em relação à atuação da Administração, pois “a Administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, como também tudo aquilo que a lei não proibisse”⁹².

Não obstante tal liberdade, seu resultado foi a perspectiva da discricionariedade como um poder político, e não jurídico. Desse modo, tornou-se real a vinculação negativa da Administração, que associada ao individualismo e ao neutralismo do Estado, inúmeras injustiças e críticas tomaram conta da sociedade, a qual começou a perceber a necessidade de um Estado mais intervencionista para um efetivo controle da igualdade social.⁹³

⁹¹ DI PIETRO, 2007, p. 24.

⁹² Ibid., p. 27.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 116.

4.1.1.2. A discricionariedade no período do Estado Social de Direito

No começo do século XIX surgiram as reações contra a insuficiência dos princípios do liberalismo frente à abstenção Estatal, pois o não intervencionismo tomou grandes proporções no que tange a economia, desencadeando o surgimento do proletariado, além de outras consequências no próprio âmbito social.⁹⁴ O descontentamento era tamanho que os Estados Totalitários surgiram como reação ao liberalismo, segundo Caio Tácito, tirando o foco do Estado na garantia da liberdade individual, passando para assegurar a eficácia da segurança social.⁹⁵

O entendimento do autor precitado elucidado como se iniciou a mudança do Estado Liberal para o Social:

“Uma nova ordem jurídica começa lentamente a evoluir sob a pressão de uma nova realidade econômica. Um sopro reformista perpassa tanto o direito público como os institutos tradicionais de direito privado. O Estado é convocado a disciplinar e conter os excessos do capitalismo e da propriedade privada, sujeitando-os aos princípios do bem comum e da justiça social. A tônica da atividade dos poderes públicos se desloca da abstenção para a intervenção.”⁹⁶

Tendo em vista essa perspectiva social, acrescida de um mundo pós Primeira Guerra Mundial, surgiram os ideais com a finalidade de compatibilizar os princípios da liberdade e igualdade, tão protegidos no período anterior, com um Estado que pretende realizar justiça social, visando o bem estar geral da sociedade.⁹⁷ Percebe-se que a partir do momento em que o Estado percebeu a necessidade de participar das atividades, inclusive aquelas exclusivamente praticadas por particulares, houve uma ampliação das funções da administração, e por consequência, o direito administrativo sofreu um alargamento para acompanhar a intervenção do Estado na esfera econômica e social.

⁹⁴ DI PIETRO, 2007, p. 28.

⁹⁵ TÁCITO, 1986, p. 5.

⁹⁶ TÁCITO, loc. cit.

⁹⁷ SILVA, 2014, p. 117.

Inicia-se, no Brasil, após a Revolução Constitucionalista de 1932, o Estado Social de Direito, amparado pela Constituição de 1934, logo, conforme nota Di Pietro, “não se pressupõe igualdade entre os homens; atribui-se ao Estado a missão de buscar essa igualdade;”⁹⁸ Desde logo as transformações sociais fortaleceram o novo conceito de Estado, que também foi chamado de Estado do Bem-Estar, dito isso, fundamenta o doutrinador Caio Tácito:

“Dilata-se o poder de polícia, diversificam-se as pessoas administrativas, multiplicam-se as prestações do serviço público, de tal modo que, para um grande número de indivíduos, mais grave se toma a omissão do Estado, relapso em seus deveres, do que a ação ilícita da autoridade pública. O papel do Estado, que antes se exprimia em deveres negativos (dever de não fazer ou não perturbar) e na garantia do livre exercício dos direitos individuais, passa a assumir deveres positivos (obrigações de fazer), a que correspondem pretensões dos administrados [...] O direito administrativo adquire, dessa forma, um desafio para o rejuvenescimento de seus conceitos e dos modelos adequados às novas missões do serviço público. A administração se descentraliza com a recepção de autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas; **o controle do poder discricionário se aprofunda com a valorização da finalidade na relação de administração, repudiando o desvio de poder; a regra da mutabilidade dos contratos administrativos toma mais flexível a ação administrativa ao mesmo tempo em que se generaliza o princípio da licitação; [...]**”⁹⁹

As considerações acima demonstram os reflexos da socialização do Estado, levando em conta o compromisso com o interesse público ao invés do individual, convertendo o direito administrativo ao instrumento regulador de toda a atuação da administração pública.¹⁰⁰

Todavia, essa supremacia concedida ao Poder Executivo, em função do aumento das atividades estatais, desenvolveu um risco à liberdade individual, visto que o aumento exacerbado da intervenção, que inclusive estava apto a atuar diretamente no setor privado, como prestador de serviços, por exemplo, acabava por restringir atividades dos particulares.¹⁰¹ Bem como a criação de princípios carregados de privilégios em face do individual contrariava o princípio da igualdade, um dos basilares do Estado.

Assim, Di Pietro elucida:

⁹⁸ DI PIETRO, 2007, p. 29.

⁹⁹ TÁCITO, 1986, p. 5.

¹⁰⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 31.

¹⁰¹ Ibid., p. 34.

“[...] O reconhecimento de privilégios para a Administração opõe-se ao ideal da igualdade de todos perante a lei; a criação, pelo Estado, de entidades públicas ou privadas, com personalidade jurídica própria, coloca intermediários entre o Estado e o indivíduo, contrapondo-se aos anseios que inspiraram a Lei Le Chapelier; [...] a imposição de normas de ordem pública para reger as relações contratuais afeta o princípio da autonomia da vontade; a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* atinge o princípio da força obrigatória dos contratos; [...]”¹⁰²

De fato, o equilíbrio buscado quando se deu origem a esse sistema socialista não foi devidamente alcançado, haja vista a primazia das prerrogativas públicas. Com efeito, sob o viés da alteração mencionada, é possível constatar que a essência do princípio da legalidade sofreu modificações para condizer com a nova forma de atuar da Administração, pois no Estado Social seu exercício estava completamente vinculado à legislação, Di Pietro observa que de certa forma “substitui-se a vinculação negativa pela vinculação positiva da Administração à Lei”¹⁰³

A partir dessa noção, é possível destacar que a discricionariedade sofreu uma importante modificação com o passar de um Estado para o outro, inclusive atravessando extremos, uma vez que de um amplo poder discricionário, se tornou uma atuação completamente limitada pela legislação.¹⁰⁴

Feitas estas considerações, resta apontar que esse modelo de Estado, assim como o anterior, foi insuficiente e sofreu críticas por não exercer de modo condizente a intervenção na ordem econômica e social, bem como assegurar, concomitantemente, a garantia da liberdade e igualdade individual.

¹⁰² DI PIETRO, 200, p. 35.

¹⁰³ Ibid., p. 38.

¹⁰⁴ DI PIETRO, loc. cit.

4.1.1.3. A discricionariedade no período do Estado Democrático de Direito

A adversidade presente no Estado Social de Direito ocasionou consequências negativas, as quais impulsionaram o desejo de retomada daqueles princípios do liberalismo que foram submetidos ao arbítrio do Estado enquanto buscava se fortalecer nas funções sociais, alegando o fim de obter justiça. Porém, não foi capaz de “assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político”¹⁰⁵, segundo José Afonso da Silva.

Nesse trâmite, partindo da insuficiência do modelo de Estado anterior, nota-se ser primordial a real participação da sociedade nas questões estatais, juntamente com o direcionamento do exercício da administração em proveito das questões do povo. Tal como garantir a liberdade e a igualdade para assegurar os direitos sociais.¹⁰⁶

Nas palavras de Robert Alexy, os direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo.¹⁰⁷ A partir desse ensinamento, percebe-se que o modelo de Estado que vem a ser constituído para satisfazer as necessidades diante da sociedade frustrada, apresentou uma corrente direcionada à promoção dos direitos fundamentais sociais, de modo a garantir “um processo de convivência social numa sociedade livre”¹⁰⁸, como dito por José Afonso da Silva.

Além disso, houve uma adequação desse novo Estado ao princípio da legalidade, que através de uma indiscutível regulamentação instituiu princípios basilares fundamentais na Constituição de 1988, o marco brasileiro para o Estado Democrático de Direito. Para o doutrinador supra citado, a concepção da importância da Lei nesse novo Estado:

¹⁰⁵ SILVA, 2014, p, 120.

¹⁰⁶ Ibid., p. 121.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 03 Nov. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>.

¹⁰⁸ SILVA, op. cit., p. 122.

“Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos.”¹⁰⁹

A presente Constituição conferiu ao Estado a importância do exercício de suas funções, legislativa, judicial e administrativa, estarem submetidas à ordem constitucional, e à lei e ao direito, respectivamente, como também ensejou a constitucionalização do direito administrativo, pois “a lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade [...]”¹¹⁰ uma vez que foi devidamente inserido no ordenamento jurídico.

Assim, Caio Tácito considera a efetiva existência do direito administrativo:

“Quando a norma jurídica igualmente obriga ao administrado e ao administrador que se pode constituir, com autonomia científica, uma área própria de conhecimento dedicada ao estudo do regime jurídico da administração pública.”¹¹¹

Deveras, essa esfera do ordenamento jurídico sofreu modificações para acompanhar e se adequar à dinamicidade de ordem social presente no momento, pois seu fundamento é exatamente o de proporcionar o melhor atendimento ao interesse público. Logo, não era oportuno continuar inflexível diante de Leis que delimitavam sua atividade.¹¹²

Em virtude da, já mencionada, constitucionalização do direito administrativo, observa-se uma noção ampliada do princípio da legalidade, expansão justificada pela possibilidade de manifestar-se em diferentes dimensões, ora com maior rigidez e por consequência menor

¹⁰⁹ SILVA, 2014, p. 123-124.

¹¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. Renovar, 2014. p. 115.

¹¹¹ TÁCITO, 1986, p. 1.

¹¹² DI PIETRO, 2007, p. 47.

discricionariedade, ora mais flexível, acarretando em maior discricionariedade. Bem como, a respeito do “[...] papel socializador do direito administrativo, no sentido de que é por meio dele que se desenvolvem os princípios constitucionais consagradores dos direitos sociais e econômicos.”¹¹³

Princípios os quais se encontram enraizados em todo o ordenamento jurídico, entre eles, estão os valores acerca da liberdade, moralidade, igualdade, segurança, desenvolvimento e bem-estar.

Ademais, ocorreu simultaneamente a democratização do direito administrativo, como consequência da obrigatoriedade da participação popular em se tratando de decisões referentes à Administração, e de forma coerente, a Constituição prevê os instrumentos para essa participação.¹¹⁴

Por fim, conclui-se a respeito do Estado Democrático de Direito que os direitos fundamentais são de suma importância e indispensáveis para o exercício desse modelo democrático, como sustenta Suzana de Toledo Barros:

“O enfoque objetivo dos direitos fundamentais como valores comunitários tem ainda a função de realçar o sentido do comum em face do individual, servindo de suporte para imprimir um caráter relativo à liberdade e para admitir seu limites.”¹¹⁵

De fato, a autora precitada aponta que a constituição formal, a separação de poderes, a escolha de representantes políticos pelo povo com mandato determinado, o controle de constitucionalidade das leis, a submissão dos poderes ao princípio da legalidade, e entre outros instrumentos servem para manutenção da proteção dos direitos fundamentais. Consequentemente, a partir do princípio supramencionado, a função do Estado é “estabelecer em prol de todos os membros do corpo social uma proteção e uma garantia”¹¹⁶

¹¹³ Ibid., p. 48.

¹¹⁴ DI PIETRO, 2007, p. 51.

¹¹⁵ Barros, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2 ed. Editora Brasília Jurídica, 2000. p. 131.

¹¹⁶ MELLO, 2009, p. 144.

4.2. DOS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE

O limite quanto à extensão da discricionariedade, de modo geral, é realizado pela própria Lei, pois, parte-se da concepção de que a discricionariedade nada mais é do que a concessão por parte da legislação de prévias opções de ação com um espaço de livre escolha pelo agente da Administração, ou como explica Di Pietro “é a liberdade de ação limitada pela lei”.¹¹⁷

Diante do resgate do conceito de discricionariedade, nota-se que não só a legalidade se faz presente no sentido de demarcação dessa atuação, visto que, por ser um ato administrativo, seus pressupostos legais justificadores, isto é, sua finalidade normativa, também tem essa função, mesmo que manifestado a partir de um conceito vago¹¹⁸, pois, de acordo com o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, “ainda que expressos mediante conceitos algo impreciso, a causa do ato determina os limites da discricionariedade”¹¹⁹, fundamentando que apesar de ser reconhecida a noção elástica, “estão de todo modo circunscrevendo um campo de realidade suscetível de ser apreendido, exatamente porque recortável no universo das possibilidades lógicas”¹²⁰.

Da mesma forma entende a doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro, destarte, diante dessas circunstâncias invoca os princípios da moralidade administrativa, da razoabilidade e do interesse público, os quais serão tratados no próximo tópico, pois servem justamente para reduzir a margem decorrente de expressões vagas e imprecisas, evitando a possibilidade de diversas interpretações.¹²¹

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que além da legitimidade e dos princípios elencados acima, são limites à discricionariedade da Administração, a finalidade do ato a fim de legitimá-lo e afastar a possibilidade de caracterizar desvio de poder, bem como:

¹¹⁷ DI PIETRO, 2007, p. 133.

¹¹⁸ MELLO, 2009, p. 45.

¹¹⁹ MELLO, loc. cit.

¹²⁰ Ibid., p.46.

¹²¹ DI PIETRO, 2007, p. 136.

“o controle dos atos praticados no exercício de competência que comporte alguma discricção se faz sobretudo pela análise dos fins, do motivo, da causa e da motivação do ato, além de se ferir sua observância aos princípios gerais de Direito” .¹²²

Todavia, em discordância à corrente adotada por Di Pietro, o Supremo Tribunal Federal em matéria sumulada, além da própria Administração poder reconsiderar seus atos, permite a revisão destes pelo Judiciário:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.¹²³

Portanto, outra forma de controle da discricionariedade é a possibilidade do exame jurisdicional, em razão de ocorrências de ilegalidades inerentes ao ato praticado. De acordo com o entendimento do ilustre Fagundes, se faz necessária essa apreciação, contudo, deve apenas submeter à análise questões acerca da legalidade do ato, e não referente ao mérito, argumento encontrado no trecho a seguir:

“a apreciação jurisdicional da competência discricionária só se dá quando dela abusa o funcionário administrativo, quando age exorbitando da esfera de ação livre que lhe deixa a lei. E tanto vale dizer, quando o funcionário supõe ou quer fazer supor que está tomando medidas de mérito, mas na verdade age em campo diverso daquele que ao mérito traçou a lei. O que nesse caso se analisa não é o exercício da competência discricionária em sua substância, ou seja, o mérito no seu conteúdo, mas sim o excesso no uso daquela, a prática de ato além ou fora do âmbito pretraçado à discricção, e, portanto, ao mérito. O que se analisa é um abuso de competência, que este é sempre um aspecto legal. Não se declara que o ato é bom ou mau, melhor ou pior, mas apenas que, tal como praticado, representa um abuso do poder de livre ação conferido à autoridade administrativa, poder que poderia ser utilizado largamente dentro de certos limites e nunca além deles.”¹²⁴

¹²² MELLO, 2009, p. 61.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500

¹²⁴ FAGUNDES, 1951, p. 12.

Entretanto, esse raciocínio foi construído em 1951, de modo que algumas modificações são necessárias para adequar ao atual modelo de Estado, porque a democratização firmou a subordinação da atividade administrativa ao princípio da legalidade e outros princípios constitucionais, conforme as palavras de Vicente Barretto:

“O estado democrático de direito, consagrado na atual Constituição Brasileira, pressupõe para a consecução dos seus princípios políticos sociais e econômicos, uma estrutura constitucional específica. Mais do que uma normatização positiva de direitos, liberdades e garantias, que configurem esse tipo de regime político, exige uma interpretação do texto constitucional, inspirada nos seus princípios fundantes.”¹²⁵

Ou seja, a legalidade foi ampliada, sendo assim, atualmente não há respaldo para se fazer a distinção apontada por Fagundes entre o mérito e a discricionariedade administrativa referente à sujeição perante o poder jurisdicional. Com efeito, nota-se que é benéfica a possibilidade de intervenção do judiciário em eventuais atos administrativos que possam ferir direitos garantidos por princípios constitucionais.

Sem dúvida, essa apreciação não tem a pretensão de atuar como se parte do executivo fosse, mas quer garantir que a discricionariedade ocorra dentro dos limites estabelecidos pela Lei, sem substituir a escolha feita pelo agente da administração, mas apenas verificar sua legitimidade visando a proteção dos administrados.¹²⁶

Por fim, a fim de evitar escolhas consonantes com a subjetividade do administrador, o Estado Democrático de Direito conferiu ao instituto da discricionariedade pressupostos que vão além da análise da conveniência e oportunidade. Por conseguinte, resta indiscutível a importância dos princípios para a manutenção desse modelo de Estado, principalmente com a constitucionalização do direito administrativo.

¹²⁵ BARRETTO, Vicente. **Interpretação constitucional e Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 203, jan. 1996. p. 1. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46687>>. Acesso em: 5 Nov. 2017.

¹²⁶ MELLO, 2009, p. 162-163.

4.3. DA INFLUÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DISCRICIONARIEDADE EM FACE DAS ALTERAÇÕES UNILATERAIS

A lei, de modo intencional, contém margens de atuação para o administrador a partir da análise do caso concreto, ponderar as circunstâncias e obter a melhor solução possível.¹²⁷ E diante dessa possibilidade de atuação se faz oportuno elencar alguns dos princípios que regem a estrutura da Administração Pública, os quais também servem de base para limites do alcance da discricionariedade presente nos dispositivos legais.

Nota-se a subjetividade do juízo permitido pelo legislador, de maneira que a discricionariedade deve ser analisada a cada caso concreto, com os devidos apontamentos da motivação e conveniência do ato realizado pelo agente da administração.

Nesse sentido, levando em conta a redação dos artigos 58, inciso I e 65, alínea a, da Lei 8.666, 1993 ¹²⁸, ambos dispõem acerca da atuação unilateral por parte da Administração, e nessas circunstâncias, indiscutivelmente, percebe-se a existência da discricionariedade, inclusive por ser utilizado um conceito vago ao se tratar do objetivo que é definido de forma genérica como a “adequação às finalidades de interesse público” e “para melhor adequação técnica aos seus objetivos;” respectivamente.

Como consequência, deve-se apresentar uma análise dos princípios inerentes a essa realidade legal, sendo, dentre os destacados, intrínsecos ao exercício do Dever-Poder da Administração Pública.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, 2013, p. 241.

¹²⁸ BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, com alterações resultantes da Lei 8.883, de 08 de junho de 1994 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, **institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>

4.3.1. Do Princípio do Interesse Público

“Qualquer ato que dele se desencontre será necessariamente inválido.”¹²⁹ Analisando esse apontamento feito pelo mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, percebe-se que o princípio do interesse público é o princípio geral do Direito inerente a qualquer sociedade, sendo inclusive, a própria condição de sua existência¹³⁰, por esse motivo, se faz evidente sua importância para a expressão da supremacia da Administração, vez que corresponde ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, e também, ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Ademais, segundo o professor Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini:

Não há que se compreender que o princípio do interesse público se refira apenas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, excluído o princípio da indisponibilidade do interesse público. [...] Portanto, a abordagem desse novo princípio normativo considerará esse seu duplo conteúdo.¹³¹

Assim, entendendo que estão ambos compilados em um só princípio, é imprescindível discorrer sobre o conceito jurídico de interesse público, e Bandeira de Mello explica que “é a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado).”¹³², porém, o doutrinador Marçal Justen Filho desenvolve acerca da ausência de conteúdo do interesse público, assimilando a natureza de conceito jurídico indeterminado a um viés negativo quando analisada sua função primordial, “o que deve ser entendido não como uma vantagem, mas como um sério defeito. Afinal, a indeterminação dos critérios de validade dos atos governamentais dificulta o controle.”¹³³

Nesse sentido, retomando ao doutrinador Bandeira de Mello, de acordo com seu ensinamento, existe uma real vinculação da supremacia ao dever-

¹²⁹ MELLO, 2009, p. 181.

¹³⁰ Id, 2011, p. 96.

¹³¹ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. Pri .ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p 181.

¹³² MELLO, 2011, p. 60.

¹³³ JUSTEN FILHO, 2013, p. 148.

poder, limitando a extensão do conceito para o atingimento de dada finalidade em razão da função, de forma que:

Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar *poderes*, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir.¹³⁴

Bem como, o autor supracitado coloca como indissolúvel a relação existente entre o interesse público e os interesses individuais, visto que o interesse público é o interesse de todos, pois seria de se estranhar pensar que exista um interesse público evidentemente contrário ao interesse dos indivíduos da sociedade, de modo que o sentido desse instituto repousa no “conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.”¹³⁵

Tendo em vista que o princípio cogitado consagra o interesse público primário, referente ao interesse da coletividade, e este se distingue do interesse público secundário, o qual trata dos interesses do Estado como pessoa jurídica, nota-se que há uma efetiva busca pelo melhor interesse da sociedade, embasado por outros princípios constitucionais, como o da razoabilidade e proporcionalidade, objetivando alcançar para os membros da sociedade uma proteção e uma garantia, a fim de prospectar sempre a melhor solução para os direitos como um todo, independentemente se o ato for vinculado ou com discricção, uma vez que será sempre este o objetivo de um ato praticado pela administração pública, inclusive sendo devidamente reforçado pelo enraizamento da legalidade na Constituição.¹³⁶

Quanto a indisponibilidade do interesse público, seu critério esta previsto na Lei 9.784 de 1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, no artigo 2º, § único, II “atendimento a fins de natureza geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências,

¹³⁴ MELLO, 2011, p. 97.

¹³⁵ Id., 2009, p. 183.

¹³⁶ DI PIETRO, 2007, p. 136.

salvo autorização em lei.”, de modo que se torna indispensável para o bom desempenho da Administração, inclusive no âmbito do Artigo 58, inciso I, da Lei 8.666 de 1993, que vincula a atuação unilateral por parte da Administração à finalidade do interesse público:

“O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;”¹³⁷

Por todo o exposto, conclui-se os apontamentos acerca do elencado princípio com as considerações do ilustre Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o qual sustenta que a redefinição do interesse público no Estado Democrático de Direito acrescentou ao caráter essencial das atividades desenvolvidas pela Administração, uma noção de controle, pois além de ser uma orientação para o desempenho das ações inerentes ao poder público, passou a analisar se o resultado deste ato cumpre com a satisfação real do interesse público.¹³⁸ Por conseguinte, é mais um instrumento para limitar a discricão da Administração.

4.3.2. Do Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Para iniciar o estudo desse conceito, deve ser mencionado que o Supremo Tribunal faz alusão às duas expressões, sendo que ora são tratados como equivalentes por alguns doutrinadores, como Hely Lopes Meirelles:

“o princípio da razoabilidade ganha, dia a dia, força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade

¹³⁷ BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, com alterações resultantes da Lei 8.883, de 08 de junho de 1994 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, **institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm

¹³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823>.

administrativa. Sem dúvida pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais.”¹³⁹

Ora para outros, como Humberto Ávila, são institutos distintos, pois, segundo o autor, “Os exames da razoabilidade, da proporcionalidade e da excessividade são distintos, já que envolvem a relação de elementos diversos em face de parâmetros diferentes.”¹⁴⁰. Exposta a divergência, resta especificar que para efeito deste estudo, os institutos serão considerados equivalentes, pelo fato de o enfoque ser a relação a discricionariedade.

Segundo Suzana de Toledo Barros, o princípio da proporcionalidade surgiu na Inglaterra para “dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da Administração”¹⁴¹, com base na realidade dos séculos XVII e XVIII, a partir das teorias dos jusnaturalistas que buscavam um maior controle para o excesso de poder. Com o passar do tempo o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu a necessidade de conferir a ordem constitucional o chamado princípio da proibição de excesso, desde então vem sendo utilizado em larga escala até a atualidade para “evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais”¹⁴² como assevera Gilmar Ferreira Mendes em monografia sobre o controle de constitucionalidade das leis.

Assim sendo, percebe-se que o Estado Democrático de Direito necessita de um controle efetivo por parte da própria Administração, tendo em vista que a lei confere certa discricionariedade ao administrador nos casos em que a lei rígida não alcançaria adequadamente o interesse público inerente a um fato específico¹⁴³, e em virtude dessa necessidade, o princípio em questão se encontra expresso na Lei Federal 9.784 de 1999, no artigo 2º, § único, VI, como sendo a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de

¹³⁹ MEIRELLES, 2011, p. 94.

¹⁴⁰ ÁVILA, Humberto. **Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 236, p. 15, abr. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45034/45001>>.

¹⁴¹ Barros, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2 ed. Editora Brasília Jurídica, 2000. p. 35.

¹⁴² Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**, São Paulo, Saraiva, 1990. p. 43.

¹⁴³ MELLO, 2011, p. 108.

obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”, assim, pode-se dizer que é indispensável ao exercício do Dever-Poder da Administração Pública.

Nesse sentido, serve como um meio de limitação ao exercício do administrador, quando discricionário, evitando que este se torne arbitrário, podendo, então, ser chamado de “princípio da proibição de excesso”, admitindo tal controle externo pelo Tribunal de Contas e, inclusive, pelo Poder Judiciário,¹⁴⁴ e também pode ser realizado internamente pela própria Administração.

Diante dessas considerações, o mestre precitado reforça a importância de submissão do exercício do poder público a este princípio:

“Qualquer ato estatal, para ser considerado válido, deve preencher três requisitos: adequação (o meio deve contribuir para a promoção do fim, pois se sua utilização só é justificada pelo fim, não sendo ele promovido, o uso do meio acaba não mais possuindo justificativa, necessidade (o meio deve ser o mais suave dentre os meios disponíveis, pois o Estado não apenas tem a obrigação de atingir seus fins próprios, mas, também, tem a obrigação de proteger ao máximo os direitos dos particulares, e isso somente é possível se ele adotar o meio menos restritivo) e proporcionalidade em sentido estrito (o meio deve proporcionar vantagens superiores as desvantagens, pois o Estado, tendo obrigação de realizar todos os princípios constitucionais, não pode adotar um meio que termine por restringi-los mais do que promovê-los em seu conjunto). Além disso, qualquer atuação estatal deve ser precedida de uma ponderação de todos os interesses em jogo. Trata-se de uma exigência de racionalidade: se a medida destina-se a todos e a todos alcança, deve ser adotada mediante a consideração do interesse de todos. IH Não só dos interesses do Poder Público, mas dos interesses de todos os grupos sociais atingidos pela medida. O dever do poder público de conciliar os interesses em jogo foi, inclusive, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal”¹⁴⁵

Cabe mencionar que segundo o doutrinador Marçal Justen Filho, o princípio da proporcionalidade não pode ser afastado da ponderação de valores, bem como da aplicação da regra jurídica norteadada pelo resultado que se busca atingir, o que resulta na conexão com o princípio da razoabilidade, e ainda, ambos possuem natureza instrumental e um princípio constitucional

¹⁴⁴ MEIRELLES, 2011, p. 94.

¹⁴⁵ ÁVILA, 2004, p. 15.

implícito.¹⁴⁶ Bem como na hipótese de identificação de atuação desproporcional por parte do administrador, ou seja, ignorado o princípio da proporcionalidade, tal fato tem como consequência o não atingimento da finalidade legal para qual o ato foi criado, desequilibrando um critério essencial para sua existência legal.

Ademais, para o autor mencionado acima:

“O princípio da proporcionalidade apresenta tanto maior relevância quanto maior a liberdade do intérprete-aplicador do Direito. Assim se passa porque a liberdade na atividade de aplicação do Direito significa atribuição de poder jurídico para escolher a solução mais correta e adequada, em face das circunstâncias. Nesses casos, a atividade do intérprete-aplicador será imediatamente informada pelo princípio da proporcionalidade porque o ordenamento jurídico não admite que o exercício do poder decisório seja incompatível com o atingimento, do modo mais racional, da finalidade protegida. A autonomia assegurada pela competência discricionária é um meio para garantir a produção mais satisfatória de um resultado prestigiado pelo ordenamento.”¹⁴⁷

Nesse trâmite, pode ser afirmado que é necessária a atribuição da razoabilidade e proporcionalidade na esfera da atuação discricionária, servindo como limite, pois, exige a relação entre a finalidade, bem como da oportunidade e conveniência,¹⁴⁸ a fim de constatar a adequação entre os meios e fins, inclusive, impossibilitar “imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”¹⁴⁹

4.3.3. Do Princípio da Moralidade Administrativa

A noção de moralidade administrativa iniciou com a discussão acerca do desvio de poder ou de finalidade pelo Conselho de Estado Francês, a partir da

¹⁴⁶ BERTONCINI, 2002, p. 174.

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, 2012, p. 72.

¹⁴⁸ MEIRELLES, 2011, p. 95.

¹⁴⁹ BRASIL. Lei 9.784 (1999). **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Artigo 2º, Parágrafo único, VI “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm.

percepção de que embora as autoridades atuassem conforme suas competências, alguns atos distanciavam sua finalidade para além da lei ou do interesse público, fato que não garantia proteção aos direitos dos individuais frente ao agir do Estado, bem como, ensejava em invalidade do ato.¹⁵⁰

No direito brasileiro, o estudo da moralidade administrativa iniciou com a monografia de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho a respeito do controle da moralidade administrativa no ano de 1974, e posteriormente foi enunciado no artigo 37 da Constituição de 1988:¹⁵¹

”Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”¹⁵²

Maurício Antônio Ribeiro Lopes a conceitua a moralidade como sendo:

“Um pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, um atributo indispensável, *conditio sine qua non* do ato administrativo. Tem por finalidade limitar a atividade da administração. Exige-se, com base nos postulados, que a forma, que o atuar dos agentes públicos atendam a uma dupla necessidade: a da justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria Administração, a fim de que se consagrem os efeitos-fins do ato administrativo no alcance do bem comum.”¹⁵³

Como se nota, é imprescindível a este princípio o alcance da finalidade pública a partir de uma conduta exercida embasada na moral jurídica, que é entendida como regras internas da própria Administração,¹⁵⁴ as quais analisam a moralidade administrativa através da conduta do administrador, e não com base em sua atitude, tendo em vista que:

¹⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Moralidade administrativa - Do conceito à efetivação**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 190, p. 5, out. 1992. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45405/47592>>

¹⁵¹ Ibid., p. 15.

¹⁵² BRASIL. **Constituição (1988)**. Artigo 37, redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

¹⁵³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Ética e Administração Pública**. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 33.

¹⁵⁴ MEIRELLES, 2011, p. 90.

“Considera-se, portanto, na moral administrativa, o resultado, desvinculadamente da intenção de produzi-lo, pois estamos diante de um conceito finalisticamente orientado. Não se quer julgar, aqui, a atitude de um agente administrativo, mas sua conduta. A atitude não conduz a um bom resultado administrativo, capaz de satisfazer a finalidade institucional da Administração Pública; mas a conduta, sim, produz resultados moral-administrativamente sadios ou viciados.”¹⁵⁵

Ademais, de acordo com o doutrinador Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

“A licitude, não aceita que a lei ou a norma, sejam aplicadas inadequadamente, sirvam para clandestinizar a vontade administrativa, para esconder intenções lesivas do interesse público e mesmo da ordem jurídica. A aparência de legalidade é uma premissa avaliável e não uma solução evidente de justa causa.”¹⁵⁶

Nesse sentido, o mencionado princípio, tem a finalidade de vincular os agentes da administração pública que, em sua atuação, devem atender aos ditames da conduta ética, honesta, exigindo a observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública. Logo, “o desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, em outras palavras, a violação moral da lei”¹⁵⁷.

Em virtude de a moralidade servir como limite para a atuação do administrador, o princípio em questão diz respeito aos valores morais inseridos nas normas jurídicas, divergindo da moral comum, a qual se baseia em “um conjunto sistemático de normas que orientam o homem para a realização de seu fim [...] o de realizar, pelo exercício de sua liberdade, a perfeição de sua natureza.”¹⁵⁸, restando ao administrador o vínculo entre a realização da melhor escolha para sua atuação em face de outras possíveis decorrentes de ocasional discricionariedade.

Para Caio Tácito, a moralidade se encontra assimilada no controle da legalidade, de modo a assegurar que boas condutas garantam o equilíbrio

¹⁵⁵ MOREIRA NETO, 1992, p. 6.

¹⁵⁶ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio Constitucional da moralidade administrativa**. 2 ed. Curitiba: Gênese, 1993. p.22.

¹⁵⁷ MEIRELLES, 2011, p. 92.

¹⁵⁸ LOPES, 1993, p. 33.

entre o interesse público e o interesse do particular.¹⁵⁹ Portanto, conseqüentemente, serve de limite aos discricionários, conforme observa Figueiredo Moreira Neto:

“Ora, esse é o tipo de exame que se preconiza para detectar os vícios da discricionariedade, ou seja, o mau uso ou abuso dessa faculdade administrativa. Por isso, parte-se, aqui, do mesmo método, porque o vício de discricionariedade, via de regra, toma o ato contaminado impróprio para realizar a boa administração, ou seja, o vício de discricionariedade, nesses casos, se identifica com o vício de moralidade administrativa. Ocorre, portanto, o vício da moralidade administrativa quando o agente público praticar ato administrativo (contrato administrativo ou ato administrativo complexo) fundando-se em motivo: a) inexistente; b) insuficiente; c) inadequado; d) incompatível; e e) desproporcional.”¹⁶⁰

Por fim, de acordo com Oliveira Franco Sobrinho, a moralidade administrativa no exercício do poder discricionário é indispensável, considerando a necessidade de “um juízo de valor imanente da ordem jurídica. Um juízo de valor social e moral no seu melhor sentido normativo”¹⁶¹. Inclusive o mestre afirma:

“Desde que o exercício do poder discricionário depende de circunstâncias, aplicado fora dos condicionamentos limitativos afeta a moralidade administrativa. Não é sem lógica que no tocante ao ato leve-se em apreço como justificação moral e jurídica não só a vontade reflexa como o objeto, os motivos e *le but* que conduz direto ao fim colimado.”¹⁶²

Portanto, o estudado princípio é considerado um limite ao exercício discricionário da Administração por diversos doutrinadores.

¹⁵⁹ TACITO, Caio. **Moralidade administrativa**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 242, p. 2, out. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42981/44598>>.

¹⁶⁰ MOREIRA NETO, 1992, p. 11.

¹⁶¹ FRANCO SOBRINHO, 1993, p.127.

¹⁶² *Ibid.*, p. 129.

4.4. DA RELEVÂNCIA DO POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA DECISÃO 215/1999

No tocante à limitação das alterações unilaterais, sob a ótica das divergências entre a interpretação ampla ou não do dispositivo (§1º do art. 65 da Lei 8.666/93), o Tribunal de Contas da União, na decisão 215/99, se posicionou no sentido contrário à maioria da doutrina nacional, e passou a permitir a ampliação do dispositivo, para abranger também a alteração qualitativa. Inclusive, estabeleceu que essas demarcações possam vir a ser ultrapassadas, em casos específicos, desde que cumpridos os requisitos legais impostos para tal.

Marçal Justen Filho alude a respeito da decisão:

“O Tribunal de Contas da União adotou solução muito correta, por meio da consagrada Decisão n. 215/99 do Plenário. Embora negando aplicação do limite de 25% apenas às alterações quantitativas, admitiu modificações que superem esse limite quando assim o impuser o princípio da proporcionalidade.”¹⁶³

A decisão 215/1999 do Plenário é derivada de consulta realizada pelo Ministério Público do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, acerca da viabilidade em alterar o contrato administrativo, superando o limite estipulado na Lei 8.666/1993, a fim de aderir àquela execução das obras nova tecnologia. As considerações foram arguidas pelo representante do Ministério Público, Dr. Lucas Rocha Furtado, e adotadas pelo TCU através do Ministro José Antônio Barreto de Macedo, devido à relevância para a Administração Pública, em face do interesse público.¹⁶⁴

O relatório contém:

“Apresenta o consulente (fl.1), a título de suposições, a existência de obra pública, para construção de barragem, em adiantado estágio de execução, em que se verificou a necessidade de acréscimos nos quantitativos de obras e serviços, em virtude da situação encontrada quando das escavações da fundação.

¹⁶³ JUSTEN FILHO, 2005, p. 367.

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Decisão nº 215/1999**, Plenário. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC02151899P.pdf

Continuando sua exposição, argumenta que a substituição do maciço de terra, originalmente previsto no projeto básico e no contrato, por maciço em concreto compactado a rolo - CCR, traria benefícios econômicos e sociais à comunidade alcançada pela obra (quase três milhões de pessoas), como: a redução do prazo total de conclusão da barragem; a possibilidade de estocar água à medida em que o maciço CCR vai sendo elevado, antecipando a acumulação de água na região em dois ou três anos; a segurança no abastecimento de água para projetos industriais, turísticos e de irrigação, em vias de implantação na região (fls. 1/2).

Acrescenta, ainda, que a tecnologia CCR quase não era utilizada na construção de barragens no Brasil, à época da elaboração do projeto básico; que a utilização dessa tecnologia não comprometerá a segurança da obra nem alterará as suas características, pois que será mantido o volume original de acumulação de água e serão preservados todos os seus múltiplos usos, como a produção de pescado, o controle de enchentes e o fornecimento de água para consumo humano e industrial, bem como para irrigação.

Por fim, salienta que os acréscimos em obras e serviços necessários para concluir a barragem, tanto mantendo o processo construtivo original (maciço de terra) quanto modificando-o, utilizando-se a tecnologia CCR, implicam a elevação do valor inicialmente contratado em patamar superior ao limite legalmente permitido de 25%.

Colocados os fatos, o consulente, salientando que o contrato mencionado é regido pelo Decreto-Lei n.º 2.300/86 (arts. 48, I, 55, I, a, e 55, § 4.º), oferece as seguintes questões:

I) é lícito fazer aditamento ao contrato acima citado, no sentido de alterar o tipo de tecnologia de construção do trecho central do maciço, na calha do rio, de barragem de terra para barragem de concreto compactado a rolo, arrimado nos permissivos da legislação acima mencionada, com vistas à otimização do objeto contratado, tendo em vista que as modificações de projeto ou especificações não resultariam em transmutar o objeto licitado, que continuaria sendo o mesmo, ou seja, construção de açude com mesmo porte e capacidade, porém executado com melhor tipo de tecnologia?

II) as extensões contratuais ditadas por razões de natureza 'qualitativa' - caso acima mencionado - ainda que impliquem em acréscimos de quantidades, podem ser aditadas em contrato, mesmo estando estas sujeitas aos limites do § 1.º do art. 55 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, apesar do que preceitua o § 4.º do mesmo diploma legal?'

Trazendo a colação entendimentos doutrinários sobre o assunto, o consulente conclui asserindo que as extensões contratuais ditadas por razões de natureza qualitativa, ainda que impliquem acréscimos em quantidades de obras e serviços, não estão sujeitas aos limites estabelecidos no art. 55, § 1.º, do Decreto-Lei n.º 2.300/86 ou no art. 65 da Lei n.º 8.666/93."

Assim, chega-se a questão das alterações, as quais foram objeto de estudo no capítulo 3, e foram estabelecidas na decisão como:

"a) tanto as alterações contratuais unilaterais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas que mantém intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1.º e 2.º da Lei 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I,

da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;
b) é permitido à Administração ultrapassar os aludidos limites, na hipótese de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionálíssimas, no sentido de que só seriam aceitáveis quando, no caso específico, a outra alternativa - a rescisão do contrato por interesse público, seguida de nova licitação e contratação - significar sacrifício insuportável ao interesse coletivo primário a ser atendido, pela obra ou serviço; ou seja, a revisão contratual qualitativa e consensual, que ultrapasse os limites preestabelecidos no art. 65, § 1.º, da Lei 8.666/93, somente seria justificável, no caso concreto, quando as consequências da outra alternativa - a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação - forem gravíssimas ao interesse público primário."

Como se nota, o TCU deliberou que os limites alcançam as duas espécies de modificação, sob o argumento de que mesmo diante da ausência da expressa limitação à alínea "a" do Art. 65, I, o princípio da proporcionalidade não permite que inexista limitação, como forma de assegurar que não haja excessos, o que levaria à descaracterização dos princípios de ordem Pública, além de proteger os direitos dos contratados, pois, se o poder de alteração unilateral do contrato fosse ilimitado, poucas licitações obteriam resultado, em razão do contratado não ser capaz de mensurar os riscos da contratação com a Administração.¹⁶⁵

Ademais, tem-se o posicionamento de que há discricionariedade no âmbito do legislador em relação à fixação do limite, e não ao administrador¹⁶⁶. Como consequência, a empresa que contratar com a Administração sabe, desde logo, que em dadas circunstâncias pode ocorrer mudanças no contrato, fato que evitaria despreparos, pois há um limite previamente estipulado em Lei.¹⁶⁷

Isto posto, a referida Corte continua:

"Por isso, alinhamo-nos à tese de que as alterações unilaterais qualitativas estão sujeitas aos mesmos limites escolhidos pelo legislador para as alterações unilaterais quantitativas, previstos no art. 65, § 1.º, da Lei 8.666/93, não obstante a falta de referência a eles no art. 65, I, a.

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Decisão nº 215/1999**, Plenário. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC02151899P.pdf

¹⁶⁶ JUSTEN FILHO, 2005, p. 367.

¹⁶⁷ SUNDFELD, 1992, p. 153.

Fundamentamo-nos na necessidade de previsão de limites objetivos e claros em Lei, no princípio da proporcionalidade e no respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da Lei 8.666/93.

Note-se que a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, que excedam os limites prescritos no art. 65, § 1.º, é também causa de rescisão do contrato, por inexecução pela Administração, conforme prevê o art. 78, XIII, da Lei 8.666/93. O que reforça a nossa tese, de observância a esses limites nas alterações unilaterais, sejam quantitativas ou qualitativas.

Embora nossa exemplificação tenha-se baseado na hipótese de supressão de serviços, porque é mais evidente a onerosidade ao contratado, cabe ressaltar que a não-imposição de barreiras aos acréscimos unilaterais pode também ser fonte de ônus desnecessário ao contratado.”

O Tribunal de Contas da União, além de expor seu posicionamento acerca da limitação, estabeleceu circunstâncias, de caráter extremamente excepcional, que possibilitam a extensão dos limites acima mencionados, contudo, permitidas apenas quando se tratar de alteração consensual, ou seja, quando a repactuação depender da anuência do contratado, noção já defendida em obra do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁶⁸ E, não basta que seja consensual para extrapolar os limites, deverá se tratar de modificação qualitativa, pois, “ou são imprescindíveis ou viabilizam a realização do objeto. Sem a implementação das modificações qualitativas poderá não haver objeto e, por conseguinte, poderá não haver a satisfação [...] do interesse público.”¹⁶⁹

Nesse sentido o Relator prossegue:

“Além de bilaterais e qualitativas, sustentamos que as alterações sejam excepcionalíssimas, no sentido de que sejam realizadas quando a outra alternativa – a rescisão do contrato, seguida de nova licitação e contratação – significar sacrifício insuportável do interesse coletivo primário a ser atendido pela obra ou serviço. Caso contrário, poder-se-ia estar abrindo precedente para, de modo astucioso, contornar-se a exigência constitucional do procedimento licitatório e a obediência ao princípio da isonomia.”

No caso concreto analisado pelo Plenário, a mudança do projeto original para um novo processo construtivo apontava vantagens econômicas e sociais, as quais resultavam em acréscimo acima do limite permitido. Porém, diante do exposto, após análise da viabilidade de outro procedimento licitatório para aquele caso, entendeu-se:

¹⁶⁸ MELLO, 2013, p. 687.

¹⁶⁹ BRASIL. **Tribunal de Contas da União - TCU. Decisão nº 215/1999**, Plenário. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC02151899P.pdf

“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, nos seguintes termos:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

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 conseqüências 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;”

Os requisitos elencados acima foram aceitos e constantemente mencionados pela doutrina nacional, sendo inclusive positivados pela Legislação Estadual do Estado do Paraná nº 15.608:

Da Alteração dos Contratos

Art. 112. Os contratos regidos por esta Lei podem ser alterados pela Administração Pública, precedidos das devidas justificativas:

§ 1º. O objeto do contrato pode ser alterado:

I - quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos objetivos da Administração estadual;

II - se for necessário acréscimo ou supressão do objeto até o limite máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato;

III - se for necessário acréscimo ou diminuição no caso de reforma até o limite máximo de 50% (cinquenta por cento);

IV - por supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

§ 2º. Em situações especiais e devidamente justificadas, serão admitidas alterações qualitativas que superem os limites legais previstos nos incisos II e III, desde que observadas as seguintes situações:

I - não acarrete 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 inviabilize a execução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

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

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

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

VI - demonstre, na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual na hipótese deste parágrafo, que as consequências da rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação, importam em sacrifício insuportável ou gravíssimo ao interesse coletivo a ser atendido pela obra ou serviço, inclusive à sua urgência e emergência.

Outrossim, a notória decisão norteia o tema das limitações, por exemplo, o Procurador do Estado do Paraná Hamilton Bonatto em parecer que analisou a possibilidade de permitir aditivo contratual pautado na alteração unilateral qualitativa, aludiu que:

“É cediço que embora seja juridicamente possível se proceder às alterações qualitativas, no âmbito da discricionariedade, essa faculdade da Administração não é livre, eis que depende da ocorrência comprovada de determinados pressupostos. Repise-se, a alteração qualitativa é possível, mas não livre. Assim, sua realização fica condicionada ao cumprimento de requisitos legais.”¹⁷⁰

Visto as colocações acima, nota-se que a Corte responsável por fiscalizar os contratos realizados com a Administração pública se viu em posição de decidir, em caráter normativo, a questão da limitação, reduzindo a discricionariedade visando exaurir a existência de aditivos mal intencionados e em desacordo com a ordem jurídica.

¹⁷⁰ BONATTO, Hamilton. **Informação nº 533/2017** – NJA/PGE/SEIL/PR/ Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, 2017.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o presente estudo possibilitou uma análise acerca da prerrogativa da Administração Pública referente aos contratos administrativos, no tocante as alterações unilaterais qualitativas, as quais não dispõem de limitação por parte da legislação de forma específica, o que resultou em divergências doutrinárias a respeito da discricionariedade e quais seriam as formas de limitação, fato que, conseqüentemente, gerou dificuldade de obter uniformidade nos aditivos contratuais provenientes da referida modificação, além disso, permitiu entender o posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União que adentrou nessa divergência.

De um modo geral, a análise evidenciou que existem duas correntes de orientações que se desencontram, de um lado parte da doutrina sustenta que a limitação existente para a alteração quantitativa se estende para a qualitativa sem qualquer prejuízo, pois há risco de descaracterizar o objeto a ocorrência de modificação superior a 25 ou 50%, a depender do objeto do contrato, como estabelecido em Lei. Entretanto, a doutrina majoritária alude que a não menção da limitação em relação à modalidade qualitativa não pode ser desprezada, tendo em vista que sua existência diz respeito a questões supervenientes, imprevisíveis ou algo que torne difícil a obtenção do objetivo daquele contrato, sendo necessário que ocorra um aditivo mensurado a cada caso, para assegurar o real interesse público. Porém, mesmo que a segunda tese tenha razão em relação à peculiaridade da modificação estudada, esta não pode ser deliberadamente ilimitada pautada no interesse público.

Diante desses fatos, nota-se que para obter a finalidade da alteração qualitativa, a ausência de menção expressa não deve ser desconsiderada, com o intuito de permitir que diante do caso concreto o agente da administração faça a análise de qual seria a melhor solução para almejar o interesse público, se permitir a modificação, ou realizar a rescisão contratual, nova licitação e nova contratação. Contudo, a estudada decisão nº 215/99 do Tribunal de

Contas da União enseja que a Corte de Contas aderiu o entendimento que admite a aplicação do limite imposto no §1º do Art. 65, que regulamenta a mencionada prerrogativa, em ambas as modalidades de alterações unilaterais, todavia, mesclou as doutrinas quando decidiu pela possibilidade de ultrapassagem do referido limite, desde que preenchidos os requisitos impostos. Tal decisão permite constatar que o órgão de fiscalização não teve a intenção de engessar o privilégio da Administração, mas visou restringir aqueles aditivos que, mediante o uso da discricionariedade, pretendem causar danos ao erário através de desvios de conduta e da finalidade.

Após elencar as doutrinas pertinentes ao assunto, constata-se que os princípios basilares do ordenamento jurídico de direito Público servem como limites a tais circunstâncias, de modo que o princípio da proporcionalidade serve para coibir excessos por parte da Administração, assim como o princípio da moralidade administrativa que vincula os atos dos agentes da Administração Pública ao bom desempenho do interesse público assimilado ao controle da legalidade. Nesse sentido, o princípio do interesse público tem grande importância, pois é a vinculação da supremacia ao dever-poder, em outras palavras, é a condição de sua própria existência, considerando que corresponde ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, e também, ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Ademais, outras concepções relativas à limitação são apontadas durante o estudo quando expostas as doutrinas.

Isto posto, após análise do caso concreto, se a modificação qualitativa resultar ser uma opção mais viável do que a rescisão contratual para o atingimento do interesse público, deverá o contrato ser readequado para alcançar equilíbrio econômico-financeiro que fora pactuado ao seu início. Portanto, é de extrema importância que sejam definidos limites para tal alteração unilateral, pois, os direitos do contratado devem ser garantidos, afastando a instabilidade contratual decorrente das cláusulas de privilégios, e para evitar fraudes em relação ao reestabelecimento do equilíbrio econômico.

Por fim, conclui-se pela adoção da corrente majoritária, no sentido de que devido à natureza da alteração, não deve ser tratada como semelhante à

outra espécie de modificação, pois não o é. Contudo, devem sim ser estabelecidos limites definidos, sem que haja espaço para desvios e fraudes com relação ao aditivo que se faz necessário, portanto, a posição do Tribunal de Contas em relação à imposição de requisitos é pertinente tendo em vista à redução da discricionariedade, porém, deveria ocorrer de modo geral a qualquer modificação qualitativa, e não só às unilaterais consensuais, como também sem a unificação da delimitação entre as modalidades de alteração. Desde que associados à rigorosa fiscalização os órgãos responsáveis e prudência dos agentes da administração pública para agirem de acordo com os princípios que regem a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>.

Acesso em: 03 Nov. 2017.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários**. 3 ed. rev. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 236, p. 15, abr. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45034/45001>>.

Acesso em: 5 Nov.2017.

BARRETTO, Vicente. **Interpretação constitucional e Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 203, jan. 1996. p. 1. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46687>>.

Acesso em: 5 Nov. 2017.

Barros, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2 ed. Editora Brasília Jurídica, 2000.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. Pri .ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. Renovar, 2014.

BONATTO, Hamilton. Informação nº 533/2017 – NJA/PGE/SEIL/PR/ Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, 2017.

BRASIL. Súmula no 473 do Supremo Tribunal Federal, disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 70 de 19 de março de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, com alterações resultantes da Lei 8.883, de 08 de junho de 1994 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>

BRASIL. **Tribunal de Contas da União - TCU.** Decisão nº 215/1999, Plenário. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC021_51899P.pdf

BRASIL. **Lei 9.784 (1999).** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Artigo 2º, Parágrafo único, VI. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm.

BRASIL. **Constituição (1988).** Artigo 37, redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

CRETELLA JÚNIOR, José. **As cláusulas "de privilégio" nos contratos administrativos.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 161, p. 12, fev. 1985. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44753/43450>>. Acesso em: 08 Fev. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17 ed. Editora Atlas, 2004.

DI PIETRO, **Discricionariedade Administrativa na constituição de 1988.** 2 ed. Editora Atlas, 2007.

FAGUNDES, M. Seabra. **Conceito de mérito no Direito Administrativo.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 23, p. 2, dez. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830/10758>>. Acesso em: 03 Nov. 2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos Contratos Administrativos.** 3 ed., Malheiros Editores, 2011.

Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. **Contratos Administrativos.** 1 ed. Saraiva, 1981

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro 3 Contratos e atos unilaterais.** 13 ed., 2015.

GRAU, Roberto Eros. **Licitação e Contrato Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9 ed. Editora Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Extensão das Alterações dos Contratos Administrativos: a questão dos 25%**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 09 de nov de 2017.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Ética e Administração Pública**. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2016.

Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**, São Paulo, Saraiva, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. Malheiros Editores, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14 ed., Malheiros Editores, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. Malheiros Editores, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitações e contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 105, p. 25, out. 1971. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35800/34595>. Acesso em: 25 Nov. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Extensão das Alterações dos Contratos Administrativos: a questão dos 25%**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 09 de nov de 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas do Direito Administrativo**. 4 ed. Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Conceito de Direito Administrativo**. Revista da Universidade Católica de São Paulo XXVII/36, 1964” apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ibid.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Editora Forense, 2015.

OLIVEIRA, José Carlos de. **Princípios e elementos do processo licitatório**. Disponível em:

https://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/65615/2/a2_m01_s03_l06_Print.pdf

Acesso em: 05 Nov.2017.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 7. ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratos Administrativos – Acréscimos de Obras e Serviços- Alteração**. Revista trimestral de Direito Público, nº 2, São Paulo: Malheiros.

TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro nos contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 187, p. 1, jan. 1992. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44977/47904>>.

Acesso em: 05 Nov. 2017.

TÁCITO, Caio. **Bases constitucionais do direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 166, p. 4, fev. 1986. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45317/43804>>.

Acesso em: 03 Nov. 2017.