



**WALTER WEIDER DE CARVALHO**

**ALTERAÇÕES EM CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS DE NATUREZA  
CONTINUADA: UMA DISCUSSÃO DA  
DETERMINAÇÃO DO VALOR INICIAL DO  
CONTRATO**

**LAVRAS – MG  
2013**

**WALTER WEIDER DE CARVALHO**

**ALTERAÇÕES EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE  
NATUREZA CONTINUADA: UMA DISCUSSÃO DA DETERMINAÇÃO  
DO VALOR INICIAL DO CONTRATO**

Dissertação apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação do Mestrado Profissional em Administração Pública, área de concentração Gestão de Organizações Públicas do Estado, para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora

Profa. Doutora Silvia Helena Rigatto

**LAVRAS – MG  
2013**

**Ficha Catalográfica Elaborada pela Coordenadoria de Produtos e  
Serviços da Biblioteca Universitária da UFLA**

Carvalho, Walter Weider de.

Alterações em contratos administrativos de natureza continuada :  
uma discussão da determinação do valor inicial do contrato / Walter  
Weider de Carvalho. – Lavras : UFLA, 2013.

85 p. : il.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Lavras, 2013.

Orientador: Silvia Helena Rigatto.

Bibliografia.

1. Administração pública. 2. Contratos administrativos. 3.  
Legalismo jurídico. I. Universidade Federal de Lavras. II. Título.

CDD – 350.711

**WALTER WEIDER DE CARVALHO**

**ALTERAÇÕES EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE  
NATUREZA CONTINUADA: UMA DISCUSSÃO DA DETERMINAÇÃO  
DO VALOR INICIAL DO CONTRATO**

Dissertação apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação do Mestrado Profissional em Administração Pública, área de concentração Gestão de Organizações Públicas do Estado, para a obtenção do título de Mestre.

APROVADA em 4 de julho de 2013.

Dr. Silvia Helena Rigatto	UFLA
Dr. Sandro Trescastro Bergue	UCS
Ms. Juliana Guedes Martins	INESC

Dra Silvia Helena Rigatto  
Orientadora

**LAVRAS – MG  
2013**

*Dedico este trabalho à minha mãe que sempre me incentivou a alcançar  
caminhos cada vez mais distantes.*

**DEDICO**

## AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Lavras (UFLA) e ao Departamento de Administração e Economia (DAE), pela oportunidade concedida para a realização do mestrado.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Administração Pública pelos ensinamentos transmitidos.

À minha orientadora Profa. Silvia Helena Rigatto, que me orientou, acreditou e confiou no meu trabalho.

À minha família pelo apoio e compreensão, principalmente nos momentos de involuntária ausência, tornando mais fácil o cumprimento dessa missão.

Aos meus amigos que sempre me compreenderam e me incentivaram. Um agradecimento especial à amiga Patrícia Maria Silva, que durante essa caminhada dividiu comigo as angústias e alegrias. Obrigado por poder contar com você!

Enfim, aos aqui não citados, mas sempre presentes na memória e coração, meu muito obrigado por de alguma forma contribuir e participar dessa conquista.

“A cada dia que vivo mais me convenço de que o desperdício da vida está no amor que não damos, nas forças que não usamos, na prudência egoísta que nada arrisca e que, esquivando-nos do sofrimento, perdemos também a felicidade. A dor é inevitável. O sofrimento é opcional.”

Carlos Drummond de Andrade

## RESUMO

Este trabalho, de natureza teórica, é o resultado de um processo de investigação e de utilização dos conhecimentos acadêmicos, aplicados na busca de soluções que contribuam para a compreensão dos problemas cotidianos, no espaço profissional no qual o pesquisador encontra-se inserido valorizando, assim, sua experiência profissional. O objetivo principal é argumentar sobre a importância dos princípios constitucionais e propor sua aplicação como valores norteadores dos argumentos que fundamentam e legitimam a decisão administrativa e a discricionariedade do agente público, na determinação do valor inicial atualizado nas alterações dos contratos administrativos. Propõe-se, ainda, uma reflexão interdisciplinar entre Direito e Administração Pública sobre os argumentos normativos que devem orientar os agentes públicos na tomada de decisão. Considera-se, que os atos emanados dos agentes públicos devem ser pautados na legalidade e celeridade, como requisitos de eficiência e dinamismo da Administração Pública, no contexto do novo gerencialismo e que o Direito e o ato normativo também devem ser dinâmicos, contextualizados e integrados à Administração Pública. No entanto, a morosidade do procedimento burocrático exigido para o estrito cumprimento da lei impede a eficiência da gestão pública, o interesse público e pode, ainda, ocasionar danos financeiros à Administração Pública. Diante de situações complexas e eventos incidentes e supervenientes aos contratos administrativos de prestação de serviço de natureza continuada, algumas adaptações, reformulações de processos e práticas aplicadas em suas alterações devem ser repensadas merecendo, portanto, serem objeto de reflexões teóricas. Os recursos do legalismo jurídico presente também nas atividades executivas e gerenciais da Administração Pública no Brasil são insuficientes para resolver os fatos jurídicos, surgidos no âmbito da Administração Pública, em decorrência de sua incapacidade de acompanhar e atender as dinâmicas sociais, políticas e jurídicas ao seu tempo. Assim, propõe-se a possibilidade de se construir soluções jurídicas, articuladas com a eficiência da Administração Pública e pautadas nos Princípios Constitucionais para a complexa questão das alterações aos contratos administrativos de natureza continuada.

Palavras-chave: Administração Pública. Legalismo jurídico. Princípios Constitucionais.

## **ABSTRACT**

This theoretical study is a result of an investigation process and academic knowledge application seeking solutions that contributes to daily problems understanding at the professional space in which the researcher is working in, thus his professional experience is worth. The aim of this paper is to argue about the importance of constitutional principles and to propose their application as guiding values of arguments that support and make legal the administrative decision and the public official's discretion to the determination of initial value updated in the alterations of administrative contracts. We also propose an interdisciplinary reflection between Law and Public Administration on normative arguments which should guide public officials in decision making. It is considered that public official's acts must be supported by legality and celerity as efficient and dynamism requirements of Public Administration in the context of new managerialism as well as Law and normative act should be dynamic, contextualized and integrated to Public Administration. However, slowness of bureaucratic procedure required to strict compliance with the law frustrates public management efficiency, public interest and may even cause financial damages to Public Administration. In face of complex situations and supervening events at administrative contracts of continuing nature services some adaptations, process reformulations and practices applied to their changes must be rethought, therefore they deserve to be object of theoretical reflections. Juridical legalism resources also present at executorial and managerial activities of Public Administration in Brazil are insufficient to solve legal facts arisen from Public Administration scope due to its inability to follow and attend social, politics and legal dynamics at their time. Therefore, we propose the possibility to make legal solutions altogether with Public Administration efficiency and guided by Constitutional Principles for the complex issue of administrative contracts of continuing nature.

**Keywords:** Public Administration. Juridical legalism. Constitutional Principles.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2</b>	<b>METODOLOGIA</b> .....	20
<b>2.1</b>	<b>O Tema</b> .....	21
<b>2.2</b>	<b>O marco teórico</b> .....	22
<b>2.3</b>	<b>A coleta dos dados</b> .....	24
<b>3</b>	<b>DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	27
<b>3.1</b>	<b>Dos princípios gerais dos contratos</b> .....	28
<b>3.2</b>	<b>Dos elementos constitutivos dos contratos</b> .....	31
<b>3.3</b>	<b>Da classificação dos contratos</b> .....	34
<b>3.4</b>	<b>Das peculiaridades dos contratos administrativos</b> .....	36
<b>3.4.1</b>	<b>Da alteração unilateral dos contratos</b> .....	37
<b>3.4.2</b>	<b>Da rescisão unilateral dos contratos</b> .....	43
<b>3.4.3</b>	<b>Da fiscalização dos contratos</b> .....	44
<b>3.4.4</b>	<b>Da aplicação de penalidades</b> .....	45
<b>3.4.5</b>	<b>Da ocupação provisória</b> .....	46
<b>3.5</b>	<b>Da situação problema</b> .....	47
<b>4</b>	<b>DA INSUFICIÊNCIA DO LEGALISMO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	57
<b>4.1</b>	<b>Do sistema romano-germânico de direito</b> .....	58
<b>4.1.1</b>	<b>Crítica à insuficiência do legalismo jurídico</b> .....	61
<b>4.1.2</b>	<b>A supremacia dos princípios constitucionais e alguns princípios constitucionais norteadores da discricionariedade administrativa</b> .....	67
<b>4.1.2.1</b>	<b>Princípio do interesse público</b> .....	70
<b>4.1.2.2</b>	<b>Princípio da razoabilidade</b> .....	71
<b>4.1.2.3</b>	<b>Princípio da economicidade</b> .....	71

<b>4.1.2.4</b>	<b>Princípio da eficiência .....</b>	<b>71</b>
<b>4.2</b>	<b>O componente cultural.....</b>	<b>74</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>79</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>83</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho, de natureza teórica, constitui parte da linha de pesquisa Gestão de Organizações Públicas do Estado refletindo especificamente na dimensão Institucional-Administrativa. É o resultado de um processo de investigação e de utilização dos conhecimentos acadêmicos, aplicados na busca de soluções ou de elementos que contribuam para a compreensão dos problemas cotidianos, no espaço profissional no qual o pesquisador encontra-se inserido, valorizando, assim, sua experiência profissional.

O tema escolhido - alterações em contratos administrativos - é atual e polêmico, porém de pouca exploração acadêmica e doutrinária, pois se trata de caso peculiar a alguns setores da Administração Pública, sendo resolvido sempre de forma a se obter segurança jurídica e raramente a impulsionar o desenvolvimento funcional da norma. Daí a dificuldade e ausência de material científico discutindo essa temática.

Numa breve contextualização, cabe esclarecer que os contratos são instrumentos de grande valia no desenvolvimento da vida econômica de nossa sociedade, garantindo a regulação de interesses entre as partes contratantes. Atendem simultaneamente à imprescindível necessidade de ampliação e difusão das relações de troca.

Na interpretação e definição das obrigações das partes contratantes, quando a Administração Pública é uma das partes, os contratos são classificados como públicos ou administrativos e caracterizam-se pela submissão ao regime jurídico de Direito Público, o qual assegura privilégios unilaterais à Administração Pública.

O foco desta pesquisa recai sobre as alterações dos contratos administrativos de natureza continuada<sup>1</sup>, mais especificamente os de prestação de serviços com fornecimento de mão de obra com dedicação exclusiva<sup>2</sup>.

O contrato de prestação de serviços tem por objeto todo e qualquer serviço prestado à Administração Pública, quer seja para atender as necessidades de sua população, quer seja para o atendimento das necessidades da própria Administração Pública. Incluem-se nessa categoria os contratos de prestação de serviços cujos objetos terão sua execução preferencialmente de forma indireta, tais como os de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, manutenção de prédios, de equipamentos, instalações, entre outros<sup>3</sup>.

Ocorre, muitas vezes, que um contrato de prestação de serviços firmado entre a Administração Pública e o particular sofre alterações em seu objeto, como por exemplo, aumento ou diminuição do número de contratados para o

---

<sup>1</sup> Contratos administrativos de prestação de serviço de natureza continuada são aqueles cuja interrupção pode comprometer a continuidade das atividades da Administração Pública e cuja necessidade de contratação deve estender-se por mais de um exercício financeiro, como define Instrução Normativa nº 18, de 22 de dezembro de 1997, do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação que disciplina a contratação de serviços a serem executados de forma indireta e contínua, celebrados por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in18\\_97.htm](http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in18_97.htm)>. Acesso em: 5 mar. 2013.

<sup>2</sup> Contratos administrativos de prestação de serviços com fornecimento de mão de obra com dedicação exclusiva são aqueles que, via de regra, os empregados da contratada são alocados para trabalhar continuamente nas dependências do órgão público. A execução dos serviços segue uma rotina específica estabelecida e supervisionada pelo órgão como disciplina a Instrução Normativa nº 3, de 15 de outubro de 2009 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação que altera a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008.

<sup>3</sup> Conforme disciplina a Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não em seu art. 7º. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02\\_30042008.htm](http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02_30042008.htm)>. Acesso em: 5 mar. 2013.

serviço ou a extinção do posto de trabalho. Essas alterações no objeto do contrato implicam diretamente na modificação do valor contratual.

Com relação às alterações no objeto dos contratos públicos, a Lei nº 8.666/93<sup>4</sup> prevê a possibilidade de a Administração Pública realizar em seus contratos (desde que justificado por fatores supervenientes à contratação), acréscimos quantitativos do objeto original, observados os percentuais máximos ali previstos:

Art. 65 - Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:  
I – unilateralmente pela Administração:

[...]

b) quando necessária à modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por essa Lei.

[...] (Grifo do autor).

§ 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. (Grifo do autor)

Com relação ao valor inicial atualizado do contrato, a Lei nº 8.666/93 não define de forma objetiva qual seria esse valor de referência. Tal fato não encontra problemas perante uma ou duas simples alterações. Os problemas advêm das situações complexas, incidentes e supervenientes das alterações ocorridas nos contratos administrativos de prestação de serviço de natureza continuada, que podem ser firmados, inicialmente, pelo período mínimo de 12

---

<sup>4</sup> Lei de Licitações e Contratos Administrativos. BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, p. 8269, 5 jul. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 5 mar. 2013.

meses com possibilidades de prorrogações por iguais períodos, até o limite de 60 meses. Em decorrência das sucessivas alterações de um determinado contrato de natureza continuada, esse não mantém o seu valor inicial (ou o valor do contrato primitivo), gerando discussão e dúvidas para o agente público<sup>5</sup> na sua determinação, conforme referenciado pela Lei.

No momento em que o agente público se encontra diante da necessidade de alterar o objeto do contrato administrativo de natureza continuada, e que o mesmo já tenha sofrido diversas alterações anteriores<sup>6</sup>, esse se depara com a dificuldade de cumprir o dispositivo legal, que impõe a observância de fazê-la, mantendo o “valor inicial atualizado do contrato”.

Nesse contexto o agente público, especialmente designado para a gestão e/ou fiscalização de contratos administrativos, encontra dificuldades no processo de elaboração de termos aditivos devido à ausência de normas gerais que deveriam regular e nortear suas decisões e de normatização interna dos órgãos públicos, que deveriam estabelecer procedimentos necessários ao fiel desempenho do objeto contratado. Na verdade, se a Administração Pública seguisse o estrito ditame da lei, no caso de ocorrer alterações sucessivas no objeto dos contratos administrativos, de tal forma que essas desconfigurassem o pacto inicial, esses contratos deveriam ser rescindidos e seu objeto novamente licitado com novo termo pactuado. Todavia, esses processos são morosos e a Administração Pública muitas vezes não pode ter a prestação dos serviços interrompida e o serviço paralisado, em razão das diversas consequências danosas dessa interrupção, principalmente quando se trata de serviço de natureza

---

<sup>5</sup> O agente público, segundo Di Pietro (2010), é toda pessoa física que presta serviços à Administração Pública e que pode ser categorizado em: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público.

<sup>6</sup> Os contratos administrativos continuados podem sofrer diversas alterações, tais como: acréscimos e supressões do objeto, reequilíbrio, reajuste e repactuação como forma de garantir o equilíbrio da equação econômico-financeira para, a partir daí procederem a novos acréscimos e supressões.

essencial e/ou de interesse público. Ou seja, a morosidade do procedimento burocrático exigido para o estrito cumprimento da lei obsta a eficiência da gestão pública, o interesse público e pode, ainda, ocasionar danos financeiros à Administração Pública.

Outra dificuldade também existente são os questionamentos que podem ocorrer por parte dos órgãos de controle do Estado, cujos agentes públicos se pautam, quase que exclusivamente, na verificação dos aspectos da legalidade do ato administrativo<sup>7</sup> e para quem os contratos administrativos não podem ser considerados "mera formalidade" e, por isso, devem ser rigorosamente cumpridos e formalmente editados pelos órgãos da Administração Pública.

Diante de situações complexas e eventos incidentes e supervenientes aos contratos administrativos de prestação de serviço de natureza continuada, algumas adaptações, reformulações de processos e práticas aplicadas nas alterações contratuais devem ser repensadas merecendo, portanto, serem objeto de reflexões teóricas. Considerando os aspectos jurídicos que envolvem o ato administrativo e a Administração Pública, no contexto do novo gerencialismo, este trabalho se propõe a fazer uma reflexão interdisciplinar entre Direito e Administração Pública, sobre as situações aqui descritas e principalmente sobre os argumentos normativos, que devem orientar os agentes públicos na tomada de decisão, visando atender ao interesse público, a eficiência da Administração Pública e resguardá-la das penalidades dos órgãos de controle.

Assim, questiona-se: quais elementos devem nortear a tomada de decisão do agente público, no ato administrativo de determinar o valor inicial atualizado dos contratos, no momento de suas alterações, e pautar sua discricionariedade na prorrogação desses contratos de natureza continuada?

---

<sup>7</sup> Definido, segundo Di Pietro (2010) como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeito a controle pelo Poder Judiciário.

Considera-se, que os atos emanados dos agentes públicos, para atender ao interesse público, devem ser pautados na legalidade e celeridade, como requisitos de eficiência e dinamismo da Administração Pública pautada no novo gerencialismo e que o direito e o ato normativo também devem ser dinâmicos, contextualizados e integrados à realidade pública.

O legalismo jurídico, paradigma vigente na tradição jurídica brasileira, é característica presente também nas atividades executivas e gerenciais da Administração Pública no Brasil, empregado como sinônimo e pressuposto da legalidade dos atos administrativos, uma vez que cabe a esses órgãos o estrito cumprimento da lei. Todavia, os recursos do legalismo jurídico são insuficientes para resolver os fatos jurídicos, surgidos no âmbito da Administração Pública, em decorrência de sua incapacidade de acompanhar e atender as dinâmicas sociais, políticas e jurídicas ao seu tempo, argumentos fundamentados na crítica do legalismo jurídico de Hespanha (1993).

A premissa é a de que a ciência jurídica não pode deter-se na construção dogmática de regras jurídicas, categorias, institutos ou doutrinas, mas também deve se preocupar em encontrar condições e pressupostos que permitam que o Direito seja eficaz e eficiente (SCHMIDT-ASSMANN, 2003).

Desta forma, ressalta-se que a norma jurídica somente cumpre sua função e sentido se atingir a eficácia desejada e se se traduzir em eficiência e dinamismo da Administração Pública, atendendo às demandas ao seu tempo e integrado à realidade em que se encontra inserida. Visando ampliar a compreensão e interpretação do Direito, os Princípios Constitucionais podem e devem ser aplicados como norteadores dos argumentos que fundamentam e legitimam a decisão administrativa na determinação do valor inicial atualizado do contrato administrativo, com fundamentado nos argumentos teóricos postulados por Häberle (1997).

Sendo assim, o objetivo principal deste trabalho é argumentar sobre a importância dos princípios constitucionais e jurídicos e propor sua aplicação, como valores norteadores dos argumentos que fundamentam e legitimam a decisão administrativa e a discricionariedade do agente público na determinação do valor inicial atualizado, em alterações dos contratos administrativos que, neste trabalho, ainda se desdobram em dois objetivos específicos:

- a) revisar a teoria dos contratos com foco nas alterações dos contratos administrativos, visando contribuir, cientificamente, para a atualização do tema, considerando a escassez de discussão identificada sobre a temática.
- b) demonstrar como os princípios podem e devem ser aplicados ao Direito Administrativo, na fundamentação e legitimação da decisão administrativa, promovendo o dinamismo jurídico adequado e necessário à eficiência da Administração Pública, visando o interesse público e garantindo a eficiência, celeridade e dinamismo da gestão pública no contexto do novo gerencialismo.

A importância desta pesquisa está na possibilidade de se construir soluções jurídicas articuladas com a eficiência da Administração Pública e pautadas nos Princípios Constitucionais, para a complexa questão das alterações dos contratos administrativos. Tal fato apenas é possível por meio de uma leitura crítica não usual e questionadora, dos paradigmas legais vigentes na Administração Pública Brasileira, orientados apenas para o estrito cumprimento do comando normativo e desarticulado da interpretação dos fatos, do contexto e dos princípios constitucionais e democráticos do Estado.

Este estudo também pode contribuir para a ampliação dos argumentos que fundamentam o ato administrativo do agente público no desempenho de

suas funções, atribuições e competências executivas e gerenciais, fornecendo e desenvolvendo uma visão integradora entre legalidade, gestão e interesse público como métodos de gestão inovadores e contemporâneos. Contribuirá, ainda, para uma atualização da discussão acadêmica científica, na área da Administração Pública e Direito, dando ao trabalho um caráter interdisciplinar ao travar uma discussão entre o dogmatismo do Direito Brasileiro e a necessidade da eficiência da Administração Pública no contexto do novo gerencialismo. Neste contexto, o Direito Administrativo tem seu relevante papel e função de ciência de direção e orientadora de processos sociais, segundo perspectiva de Eberhard Schmidt-Assmann.

Os itens deste estudo estão organizados de forma a abordar os aspectos polêmicos e doutrinários mencionados anteriormente e na perspectiva de seu pesquisador, cujo tema de pesquisa emerge de suas dificuldades profissionais cotidianas, no âmbito da Administração Pública Federal.

O item 2 demonstra os procedimentos metodológicos utilizados na investigação. Quanto aos elementos formais e mecanicistas, essa discussão buscou dados em documentos e referências bibliográficas, como forma indireta de recolher informações prévias sobre o tema e na observação participante, levantando dados no próprio local onde os fenômenos ocorrem, constituindo-se a documentação indireta, método proposto por Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos.

O item 3 versa sobre contratos administrativos, utilizando-se de um referencial teórico que parte de autores civilistas para melhor compreensão do conceito de contrato, uma vez que os contratos constituem institutos próprios do Direito Privado. São apresentados os princípios gerais dos contratos, seus elementos constitutivos e sua classificação. Este capítulo também expõe as peculiaridades do contrato administrativo e, por fim, o pesquisador apresenta

uma situação-problema que emerge de seu cotidiano e de seu espaço profissional para iustrar o tema e objeto desta pesquisa.

No item 4 encontram-se as bases críticas e epistemológicas do Direito, confrontando-se princípios com estrita legalidade e demonstrando a insuficiência do legalismo para atender as complexas demandas sociais, fundamentados em António Manoel Hespanha e da Administração Pública, características essas que norteiam o Direito Brasileiro e a Administração Pública no Brasil. E, ainda, as discussões sobre soluções jurídicas para o entrave entre legalidade jurídica e eficiência da Administração Pública, com fundamentos teóricos em Peter Häberle e Eberhard Schmidt-Assmann.

A abordagem é centrada na crítica ao legalismo, uma postura epistemológica antipositivista e dialética, fundamentado em António Manoel Hespanha, para questionar e renovar situações e estruturas que impedem o desenvolvimento da autonomia e da responsabilidade social de pessoas e processos.

Os argumentos de Peter Häberle sobre a função que deve ter a Constituição, qual seja, ter o pluralismo na sua interpretação, fundamentam a proposta de que todas as pessoas e grupos que vivem a constituição numa sociedade participam de sua interpretação, direta ou indiretamente, e que fundamentam a proposta de aplicação dos preceitos constitucionais, no caso os princípios constitucionais como norteadores dos argumentos que fundamentam e legitimam a decisão administrativa nas alterações dos contratos administrativos.

E o item 5, como considerações finais, ressalta a necessidade de articulação entre o Direito e Administração para que o Estado possa cumprir suas finalidades: ordenação, disciplina e limitação do poder, por meio do Direito Administrativo, e a eficácia e efetividade no cumprimento da execução de seus objetivos, por meio da ação administrativa.

## 2 METODOLOGIA

Nesta seção serão abordados os procedimentos metodológicos propostos para o desenvolvimento do trabalho que compreendem, além do conjunto de técnicas e procedimentos utilizados, a dimensão teórica dada à investigação e outros elementos que não costumam integrar os projetos e conceitos usuais de metodologia. Portanto, as seções que se seguem incluem, além de elementos formais e mecanicistas, a apresentação do marco teórico dentre outros que não se restringem a procedimentos e técnicas (GUSTIN e DIAS, 2010).

O desenvolvimento deste trabalho está associado à pesquisa qualitativa. Segundo Flick (2009a), este tipo tem apresentado uma resposta de pesquisa consolidada e respeitada em diversas disciplinas e contextos.

Essa identificação do trabalho com a abordagem qualitativa é sustentada pelo posicionamento analítico de Gergen e Gergen (2006), de que o domínio da investigação qualitativa se ampliou e acolheu dezenas de estudiosos de diversas áreas de conhecimento que não se identificavam com o positivismo ou outras abordagens de pesquisa. Por outro lado, Flick (2009b) acredita que a pesquisa qualitativa é de particular relevância ao estudo das relações sociais devido à complexidade e pluralização das esferas da vida na sociedade. Tal complexidade é observada ao se tratar da insuficiência do legalismo jurídico para resolver os fatos jurídicos surgidos no âmbito da Administração Pública, em decorrência de sua incapacidade de acompanhar e atender as dinâmicas sociais, políticas e jurídicas a seu tempo.

## 2.1 O tema

O tema - alterações dos contratos administrativos - faz parte da rotina de trabalho do pesquisador que atua na gestão e fiscalização de contratos administrativos em uma autarquia federal.

O tema é atual e polêmico, mas de pouca exploração acadêmica e doutrinária, pois se trata de caso peculiar a alguns setores da Administração Pública resolvidos sempre de forma a visar a segurança jurídica e raramente a impulsionar o desenvolvimento funcional da norma. Daí a dificuldade e ausência de material científico discutindo essa temática.

Assim, diante de situações nas quais os agentes públicos devem atender a necessidade da administração, buscar a realização do interesse público e fazer as alterações do objeto, por meio de acréscimos e supressões no objeto do contrato administrativo que alteram seu valor inicial, questiona-se: quais elementos devem nortear a tomada de decisão do agente público no ato administrativo de determinar o valor inicial atualizado dos contratos, no momento de suas alterações e pautar sua discricionariedade na prorrogação desses contratos de natureza continuada?

Visando o rigor de cientificidade que exige um trabalho de Mestrado esta pesquisa obedeceu aos critérios científicos que um trabalho dessa natureza requer. Este trabalho monográfico, apresentado na modalidade de dissertação, faz uma abordagem crítico argumentativa.

A abordagem crítica, a qual se identifica este trabalho, defende uma postura epistemológica antipositivista e dialética (HESPANHA, 1993), bem como da não neutralidade dos indivíduos e da ciência (OLIVEIRA, 1988).

Conforme Davel e Alcadipani (2003) esse movimento crítico refere-se a uma forma de atuação que favorece a reflexão, o questionamento e a renovação

de situações e estruturas que impedem o desenvolvimento progressivo da autonomia e da responsabilidade social das pessoas.

Já a argumentação, a qual se associa a abordagem crítica, segundo Severino (2009, p. 58) constitui-se no conjunto de ideias e proposições logicamente encadeadas, mediante as quais um autor demonstra sua posição ou tese, utilizadas neste trabalho como estratégia para confirmar a hipótese postulada, como resposta preliminar.

## **2.2 O marco teórico**

A crítica, aqui proposta ao legalismo jurídico dominante na Administração Pública brasileira, tem como fundamento as concepções e os argumentos de António Manuel Hespanha. Esse autor critica o posicionamento doutrinário sobre a ideia de que as normas do direito devem ser dotadas de uma adequada verificabilidade que impeça o arbítrio da interpretação, aplicação e construção dogmática na tentativa de reduzir todo o direito social ao direito do Estado (HESPANHA, 1993).

E, para fundamentar a proposta de uma nova forma de interpretar a constituição e seus princípios, trazendo os fatos jurídicos para a realidade e considerando o pluralismo de intérpretes da Constituição, alicerce da sociedade moderna e característica do Estado Democrático de Direito, esta pesquisa busca os argumentos de Peter Häberle. As concepções desse teórico defendem que todas as pessoas e grupos que compõem a sociedade colaboram com a compreensão e aplicação dos preceitos constitucionais (HÄBERLE, 1997).

Os demais pensamentos e teorias, utilizados com o fim de contribuir para a compreensão de possíveis respostas ao problema, são sintetizados no Quadro 1, tal como se estruturaram as seções deste trabalho.

Quadro 1 Síntese dos pensamentos e teorias utilizados para a compreensão de possíveis respostas ao problema

TEMAS ESTRUTURANTES	OBJETO DA DISCUSSÃO	AUTORES
METODOLOGIA (GUSTIN; DIAS, 2010)	Trabalho associado à pesquisa qualitativa.	Flick (2009a), Flick (2009b) e Gergen e Gergen (2006).
	Método	
	a) Crítico: i) utilizado neste trabalho para defender uma postura de não neutralidade dos indivíduos e da ciência. ii) utilizado neste trabalho para defender uma postura epistemológica antipositivista e dialética que compõe o marco teórico. iii) utilizado neste trabalho para favorecer a reflexão, o questionamento e a renovação de situações e estruturas que impedem o desenvolvimento progressivo da autonomia e da responsabilidade social das pessoas.	Oliveira (1998), Hespanha (1993) e Davel e Alcadipani (2003)
	b) Argumentativo: conjunto de ideias e proposições, logicamente encadeados, mediante as quais um autor demonstra sua posição ou tese, utilizadas neste trabalho como estratégia para confirmar a hipótese postulada como resposta preliminar.	Severino (2009)
	Coleta de Dados	
a) Documentação indireta: pesquisa documental, pesquisa bibliográfica.	Marconi e Lakatos (2010), Manzo (1971) e Severino (2009)	
b) Documentação direta: levantamento de dados no próprio local onde os fenômenos ocorrem, por meio da observação participante do profissional-pesquisador, a análise de conteúdo dos contratos delimitados na temática, caracterizando o empirismo da abordagem.	Marconi e Lakatos (2010)	
DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	Discussão da teoria jurídica dos contratos na esfera civil e dos contratos administrativos.	Rodrigues (2004), Miranda (2000), Meirelles (2010), Di Pietro (2010), Medauar (2010), Altounian (2009), Diniz (1998), Pereira Júnior e Dotti (2012) e Lima (2007).
DA INSUFICIÊNCIA DO LEGALISMO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	Dimensão Teórica	
	a) Para demonstrar a crise do legalismo jurídico e comprovar que os paradigmas jurídicos vigentes não são suficientes para atenderem as demandas e a realidade sociais ao seu tempo.	Hespanha (1993)
	b) Para reforçar os argumentos de que a ciência jurídica não pode deter-se na construção dogmática de regras jurídicas, categorias, institutos ou doutrinas, mas também deve se preocupar em encontrar condições e pressupostos que permitam que o Direito seja eficaz e eficiente.	Schmidt-Assmann (2003)
	c) Para reforçar os argumentos e criticar a crise do direito administrativo brasileiro.	Binenbojm (2008)
	d) Para demonstrar que os Princípios Constitucionais podem e devem ser aplicados como norteadores dos argumentos que fundamentam e legitimam a decisão administrativa.	Häberle (1997), Hesse (1991)
e) Para entender, sob uma perspectiva sociológica, as ações e decisões dos envolvidos no processo.	Guerreiro Ramos (1996)	

### 2.3 A coleta dos dados

Foram utilizadas como técnicas para obtenção dos propósitos da dissertação o que Marconi e Lakatos (2010) definem como documentação indireta e direta.

A documentação indireta constitui-se na fase de recolher informações prévias sobre o campo de interesse, como definem Marconi e Lakatos (2010, p. 157). O levantamento de dados foi feito por meio da pesquisa documental (ou fontes primárias de informações) que se apresentam em sua grande parte de forma escrita e abrangem:

- a) Consultas a arquivos públicos: Constituição da República Federativa do Brasil, Leis, Decretos, Portarias e Instruções Normativas.
- b) Documentos jurídicos: acórdãos do Tribunal de Contas da União.
- c) Arquivos particulares de instituições públicas: editais de licitações, publicações de extratos de contratos e processos de contratos administrativos. A consulta a essas informações é plausível, já que as mesmas são de acesso público e estão disponíveis no portal Comprasnet do Governo Federal e também no sítio de acesso à informação das instituições, consultando-se especificamente a parte que disponibiliza informações referentes às licitações e contratos.

O segundo meio de levantamento de dados foi a pesquisa bibliográfica por “oferecer meios para definir, resolver, não somente problemas já conhecidos, como também explorar novas áreas onde os problemas não se cristalizaram suficientemente” como define Manzo (1971, p. 32), abrangendo

principalmente publicações como livros, teses, monografias e publicações avulsas.

Desta feita, com o fim de entrar em contato direto com o que já foi publicado sobre o assunto, buscou-se material bibliográfico selecionado nas áreas de conhecimento do Direito e da Administração Pública, com o fim de se identificar elementos que se revelem importantes para o trabalho (SEVERINO, 2009, p. 145).

O material bibliográfico foi definido e sistematizado no processo de orientação de tal forma que foram utilizados os principais autores disponíveis, dentro do tema escolhido, para comporem o referencial teórico.

A segunda técnica utilizada, a documentação direta, constitui-se, em geral, no levantamento de dados no próprio local onde os fenômenos ocorrem (MARCONI; LAKATOS, 2010 p. 169). Os dados foram obtidos através de elementos, situações e problemas cotidianos encontrados pelo pesquisador na atuação profissional como agente público, valorizando sua experiência profissional e permitindo aplicabilidade teórica em sua dimensão prático-operacional. Assim esta pesquisa objetivará

[...] conseguir informações e/ou conhecimentos acerca de um problema, para o qual se procura uma resposta, ou de uma hipótese, que se queira comprovar, ou ainda, de descobrir novos fenômenos ou as relações entre eles (MARCONI; LAKATOS, 2010 p. 169).

Esta pesquisa, portanto, terá caráter exploratório, voltado para o estudo de uma determinada autarquia federal, visando à compreensão de vários aspectos que se relacionam com o problema foco do trabalho.

Segundo Marconi e Lakatos (2010, p. 171) uma variedade de procedimentos de coleta de dados pode ser utilizada, como entrevista, observação participante, análise de conteúdo, etc. A observação participante

constitui-se do procedimento para análise de conteúdo, cujo objetivo é a obtenção de observações empíricas, viabilizado por constituir-se o problema de pesquisa parte da rotina de trabalho do pesquisador. Nesta pesquisa estão presentes a observação participante do profissional-pesquisador e a análise de conteúdo dos contratos delimitados na temática, caracterizando o empirismo da abordagem.

### 3 DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Neste capítulo abordar-se-á a esfera privada dos contratos e as peculiaridades dos contratos administrativos.

Os contratos constituem-se em institutos próprios do Direito Privado e a matéria tem previsão legal no Código Civil Brasileiro<sup>8</sup>. Por essa razão, o estudo do tema contratos administrativos, abordado neste trabalho, parte do estudo do conceito e dos princípios dos contratos, sedimentados na esfera e doutrina do Direito Civil, uma vez que a capacidade jurídica das partes (pessoas contratantes) é regulada pelo Direito Civil para se chegar aos contratos administrativos e suas peculiaridades.

Assim, embora típica do direito privado, a instituição do contrato é utilizada pela Administração Pública, na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí porque a teoria geral do contrato é a mesma, tanto para os contratos privados (civis e comerciais) como para os contratos públicos, de que são espécies os contratos administrativos. Todavia, os contratos administrativos são regidos por normas e princípios próprios do direito público, atuando o direito privado apenas supletivamente, jamais substituindo ou derogando as regras privativas da Administração Pública.

O contrato constitui-se em instrumento jurídico que regulamenta o acordo de vontades entre as partes contratantes, capaz de criar, modificar, resguardar ou extinguir direitos, resultando num mútuo consenso entre duas ou

---

<sup>8</sup> Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o código civil e a parte primeira do código comercial instituído pela Lei do Império - LIM 556, de 25/06/1850. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 19 de mai. 2013.

mais pessoas sobre o mesmo objeto e estabelecido em conformidade com a ordem jurídica. Assim, os contratos se caracterizam efetivamente como um negócio jurídico bilateral, que tem por finalidade gerar obrigações entre as partes (RODRIGUES, 2004; MIRANDA, 2000).

Os contratos são regidos primeiramente por princípios e depois por regras que prescrevem, detalhadamente, sobre seus elementos constitutivos. Os princípios fundamentais dos contratos são as proposições básicas que servem de suporte, fundamento valorativo ou ponto de partida para a melhor compreensão dos contratos. Já os elementos constitutivos dos contratos são aqueles elementos sem os quais não existe contrato (é o plano da existência) e caso não estejam presentes o negócio jurídico nem mesmo existirá.

### 3.1 Dos princípios gerais dos contratos

Neste trabalho a apresentação dos princípios que regem as obrigações contratuais, aplicáveis tanto na esfera privada quanto na esfera pública, foi sistematizada segundo a classificação dos princípios mais usualmente adotada pela doutrina do Direito Civil, cujas classificações, quantidades e terminologias não apresentam unanimidade entre autores. Alguns princípios gerais dos contratos são:

- a) **Princípio da boa fé** (Art. 422, CC): não somente nos contratos, mas em quaisquer relações jurídicas ou não jurídicas deve haver a boa intenção. Não sendo eticamente aceitável o uso da má fé em benefício próprio ou de terceiros em prejuízo de outrem. Esse princípio impõe que os contratantes exerçam a faculdade de contratar observando a ética, agindo de forma correta e com bons propósitos, tanto no ato da avença quanto durante a sua execução.

Neste sentido, não se admite um contrato em que uma das partes, maldosamente ou se aproveitando da ingenuidade ou ignorância da outra parte, ponha no contrato cláusulas que venham provocar injustamente prejuízos em decorrência dos efeitos do pacto. Os contratantes deverão agir com probidade e honradez, observando sempre a integridade de caráter, de modo a manter o equilíbrio e a justiça para ambos na avença.

- b) **Princípio da autonomia da vontade** (Art. 425, CC): o acordo de vontades em um contrato é seu mais importante elemento estrutural. No princípio da autonomia da vontade as partes têm a faculdade de celebrar ou não contratos sem a interferência do Estado, desde que respeitados a legalidade e os limites da função social do contrato. Representa a ampla liberdade. A avença ou acordo faz lei entre as partes.
- c) **Princípio da relatividade das convenções**: amplamente aceito pelos sistemas jurídicos ocidentais, este princípio decorre da necessidade de estipular o alcance da responsabilidade por inadimplemento contratual. Os efeitos de um contrato atingem somente os contratantes, não podendo se estender a terceiros, estranhos a ele. Exceção: estipulação em favor de terceiros, quando o contratante firma um contrato em benefício de terceiro, por exemplo, seguro de vida, onde outrem (que não os contratantes) é beneficiado.
- d) **Princípio da função social dos contratos** (Art. 421, CC): limita a liberdade contratual (conteúdo) e não a liberdade de contratar (capacidade civil). A função de um contrato deve ir além de desenvolver uma função de circulação de riquezas, deve alcançar um papel social atinente à dignidade da pessoa humana e à redução

das desigualdades culturais e materiais, segundo os valores e princípios constitucionais. Não se busca aqui contratar em função da coletividade, buscam-se os interesses particulares, sem, contudo prejudicar terceiros. Então, a função social é limite e não razão para se contratar.

- e) **Princípio da obrigatoriedade das convenções (intangibilidade ou imutabilidade):** a ninguém é permitido alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, nem pode o juiz intervir nesse conteúdo. Essa é a regra geral e que não se encontra explícita no Código Civil de 2002, porém se apresenta como um dos fundamentos das relações contratuais. Em tese contrária, o próprio Código Civil, em seu art. 423, determina adotar a interpretação mais favorável ao aderente em caso de cláusulas ambíguas ou contraditórias em contratos de adesão.
- f) **Revisibilidade do contrato:** contrato não é pético e imutável, ou seja, é passível de sofrer revisão quando esta se fizer necessária, com a finalidade primordial de resguardar as partes de possíveis exacerbações. Havendo disposições que sejam extremamente onerosas para uma parte e excessivamente benéficas a outra, o negócio jurídico poderá sofrer revisões ou fim de seu teor. Indispensável se faz destacar o que reza o art. 478 do CC, no qual prevê que em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis o devedor poderá pedir a resolução (revisão ou fim) do contrato.

Esses são os princípios mais usualmente citados por doutrinadores como Sílvio Rodrigues e Pontes de Miranda e que são encontrados regendo os contratos gerais. Esses princípios são os reconhecidos, por não estarem

expressos em lei, mas tem a mesma função de orientar as diretrizes da Administração Pública, onde se tem a mesma relevância da primeira, tendo o reconhecimento da doutrina e da jurisprudência.

### **3.2 Dos elementos constitutivos dos contratos**

Apesar de os contratos serem classificados como contratos privados ou civis e contratos administrativos ou públicos, seus elementos constitutivos são comuns para as duas esferas.

Os elementos constitutivos dos contratos, segundo as doutrinas civil e administrativista, consistem em: as partes, o objeto, o local de celebração e o local da execução.

- a) As partes: partindo da ideia geral de que um contrato é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes para criar obrigações e direitos recíprocos entre estas, em princípio todos os contratos são negócios jurídicos bilaterais e comutativos, isto é, realizado entre pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens. Como pacto consensual, pressupõe liberdade e capacidade jurídica das partes para se obrigarem validamente (MEIRELLES, 2010, p.214).

Deve haver o consentimento recíproco ou acordo de vontades entre as partes. Deve ser livre e espontâneo, sob pena de ter a sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico: erro, dolo, coação, simulação, fraude e lesão.

Os contratos administrativos, em sentido próprio e restrito, abrangem apenas aqueles acordos nos quais a Administração Pública é parte; são regidos

pelo regime jurídico de direito público e, portanto, derogatório e exorbitante do direito comum.

A lei estabelece determinados procedimentos obrigatórios para a celebração de contratos administrativos, tais como a licitação para contratos de obras, serviços, compras e alienações (Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988)<sup>9</sup> e para a concessão de serviços públicos (Art. 175, CF de 88). Alguns procedimentos também são encontrados em leis ordinárias e esparsas, dentre as quais a Lei n° 8.666/93, a Lei n° 4.320/64<sup>10</sup> e a Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>11</sup> - Lei complementar n° 101/00 (DI PIETRO, 2010, p. 266).

- b) O objeto: do exposto resulta que o objeto do contrato se confunde sempre com o objeto da licitação, que pode ser uma obra, um serviço, uma compra ou uma concessão como também uma alienação ou uma locação. Assim, o objeto da licitação deve ser descrito sucinta e claramente, de modo que os interessados possam entender de imediato o que a Administração Pública deseja contratar. As minúcias constarão do projeto, anteprojeto,

---

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 5 mar. 2013.

<sup>10</sup> \_\_\_\_\_. Lei n° 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, p. 2745, 23 mar. 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm)>. Acesso em: 19 maio 2013.

<sup>11</sup> Brasil. Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, p. 147, 5 mai. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 5 mar. 2013.

memoriais, especificações, plantas, planilhas e demais elementos complementares, conforme (MEIRELLES, 2010, p. 288).

Desta forma, o objeto do contrato há de ser lícito, isto é, não atentar contra a lei, a moral ou os bons costumes. Além de lícito, o objeto do contrato deve ser também possível. Com efeito, o art. 145, II, do Código Civil declara nulo o negócio jurídico quando for ilícito ou impossível o seu objeto.

O objeto do contrato, entretanto, deve ter algum valor econômico. Um grão de areia, por exemplo, não interessa ao mundo jurídico por não ser suscetível de apreciação econômica. Deve ser também "determinado ou determinável" (Art. 104, II, CC).

- c) O local de celebração: quando os elementos partes e objeto estão dentro do limite geográfico e político de um único país, a relação jurídica tem conexão com somente um sistema jurídico, assim, trata-se de um contrato de direito interno. Por outro lado, quando as partes têm nacionalidades diferentes, domicílios em países distintos, quando a mercadoria ou o serviço objeto do contrato ultrapassa fronteiras ou quando os locais da celebração e da execução do contrato estão relacionados a mais de um país, o que propicia conexões com mais de um sistema jurídico, trata-se de um contrato internacional (MEIRELLES, 2010, p. 37).
- d) Executar o contrato é cumprir as suas cláusulas segundo a comum intenção das partes no momento de sua celebração. A execução refere-se não só à realização do objeto do contrato como também à perfeição técnica dos trabalhos, aos prazos contratuais, às condições de pagamento e a tudo o mais que for estabelecido no ajuste ou

constar das normas legais como encargo de qualquer das partes (MEIRELLES, 2010, p. 229).

Diversos são os critérios que poderão vincular o contrato a sistemas jurídicos diferentes: a vontade das partes, o lugar de execução das obrigações, a nacionalidade, o lugar de conclusão, o domicílio ou a localização do estabelecimento das partes, a moeda utilizada, a procedência ou o destino dos bens ou direitos objeto do contrato.

Entretanto, as questões mais importantes a serem resolvidas no âmbito de um contrato são aquelas relativas à constituição, conteúdo e efeitos das obrigações, através da determinação das leis que regerão os seus mais diversos aspectos, mediante a consideração de diferentes critérios.

Assim, executar o contrato é cumpri-lo no seu objeto, nos seus prazos e nas suas condições segundo as cláusulas contratuais e as normas pertinentes.

Vistos os elementos constitutivos dos contratos, passa-se a seguir à classificação como contratos privados ou civis e contratos administrativos ou públicos.

### **3.3 Da classificação dos contratos**

Os contratos são instrumentos de grande valia no desenvolvimento da vida econômica de nossa sociedade, garantindo a regulação de interesses entre as partes contratantes.

A doutrina adota vários critérios de classificação dos contratos. Isso pode ser feito tomando-se como foco sua natureza, sua forma ou as partes contratantes.

O foco deste trabalho constitui-se em classificar os contratos segundo as partes contratantes. Assim, os contratos podem ser classificados em contratos civis ou contratos administrativos.

- a) Contratos civis ou privados - são aqueles cuja base legal está prevista no Código Civil, configurando como partes pessoas jurídicas de direito privado<sup>12</sup>, tendo como objeto negócio jurídico lícito e possível e como finalidade a execução deste objeto, podendo ou não ter finalidade lucrativa.
- b) Contratos administrativos ou públicos - são aqueles cuja base legal encontra-se predominantemente prevista na Lei nº 8.666/93 (e outras legislações esparsas), configurando como uma das partes uma pessoa jurídica de direito público<sup>13</sup>, tendo como objeto negócio jurídico lícito e possível e como finalidade a execução deste objeto, norteado pelo interesse público.

Convém esclarecer que as pessoas jurídicas de direito público se desdobram em órgãos e entidades que auxiliam e desempenham as atividades administrativas do Estado por meio de seus agentes. Esse o conjunto de órgãos e entidades instituídos para a consecução dos objetivos do Estado – de seus poderes e governantes – a gestão dos interesses públicos, por meio de prestação de serviços públicos, são chamados de Administração Pública (DI PIETRO, 2010, p. 49).

---

<sup>12</sup> As pessoas jurídicas de direito privado estão definidas no art. 44 do Código Civil.

<sup>13</sup> As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo. São pessoas jurídicas de direito público interno: a União; os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; os Municípios; as autarquias, inclusive as associações públicas e as demais entidades de caráter público criadas por lei, conforme dispõe o art. 44 do Código Civil.

O que diferencia o contrato civil do contrato administrativo é exatamente a presença da Administração Pública e, portanto, nem todos os preceitos da teoria dos contratos privados aplicavam-se aos contratos administrativos (MEDAUAR, 2010), implicando, assim, na existência de peculiaridades que dão privilégios unilaterais à Administração Pública e que são derogatórias<sup>14</sup> do direito comum.

### **3.4 Das peculiaridades dos contratos administrativos**

Tomando-se como referência as peculiaridades dos contratos administrativos, segundo Medauar (2010), quando há presença da Administração Pública percebe-se que nem todos os preceitos da teoria dos contratos civis aplicavam-se aos contratos administrativos.

Além do mais, os contratos administrativos são instruídos também por princípios publicísticos, principalmente o princípio do interesse público e da supremacia do interesse, que fundamentam e norteiam as ações da Administração Pública, executadas pelos seus agentes.

Os aspectos que não são comuns à teoria dos contratos privados são denominados de cláusulas exorbitantes<sup>15</sup>.

Para Di Pietro (2010), as cláusulas exorbitantes são cláusulas comuns em contratos administrativos, pois seriam consideradas ilícitas em contratos

---

<sup>14</sup> Derrogação é a revogação (extinção) parcial de uma lei, ou seja, parte dela continua em vigor, enquanto outra parte é extinta em decorrência da publicação de uma nova lei que expressamente declare revogados determinados dispositivos ou quando tratar da mesma matéria, porém de forma diversa. Não se confunde com ab-rogação, que é a revogação de uma lei por completo (PEREIRA, 2005).

<sup>15</sup> A Lei nº 8.666/93, que instituiu o regime jurídico dos contratos administrativos, assegura à Administração Pública condições mais favoráveis em suas relações contratuais, conforme condições garantidas pelas cláusulas exorbitantes, expressas no art. 58 e disciplinadas pelo art. 65 da referida Lei.

entre particulares, pois dão privilégios unilaterais a uma das partes, neste caso a Administração Pública.

Assim, pode-se afirmar que as cláusulas exorbitantes são benefícios (supremacia) que a Administração Pública possui sobre o particular na relação contratual. E, por assumir posição de supremacia a Administração Pública pode alterar ou rescindir unilateralmente o contrato e impor sanções ao particular.

Di Pietro (2010) considera ainda que o fato de a Administração Pública fixar unilateralmente as cláusulas dos contratos administrativos caracteriza o contrato administrativo em contrato de adesão, pois os licitantes, ao apresentarem propostas e ofertas à demanda da Administração Pública, simplesmente aceitam suas cláusulas, mas não participam de sua elaboração e tampouco podem sugerir alterações. Outro elemento apontado por Di Pietro (2010) é a natureza *intuitu personae*. Todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja, em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação.

### **3.4.1 Da alteração unilateral dos contratos**

Visando a melhor adequação às finalidades de interesse público, o art. 65, inciso. I, alíneas a e b, da Lei 8.666/93 estabelecem, respectivamente, as possibilidades de alteração unilateral qualitativa e quantitativa, *in verbis*:

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;

As alterações contratuais de caráter qualitativo se materializam quando há a necessidade de modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos (Art. 65, I, a).

Já as alterações quantitativas (Art. 65, I, b) envolvem o acréscimo ou supressões do objeto, sendo necessária a modificação do valor contratual, observando-se os limites permitidos nos parágrafos subsequentes do mesmo artigo<sup>16</sup>.

Contudo, segundo Altounian (2009, p. 319), essas alterações não podem ser entendidas como atos necessários a corrigir grandes falhas de projeto ou especificações de serviços. Tal fato se deve à Lei de Licitações que exige um projeto básico que caracterize, com precisão necessária e suficiente, o que seria contratado.

Para Medauar (2010, p. 223) e Di Pietro (2010, p. 270) a alteração unilateral do contrato não se reveste de caráter absoluto. As autoras destacam que o respeito ao direito do contratado apresenta-se resguardado sob dois prismas: o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e os limites de acréscimos e supressão do objeto do contrato.

- a) **Do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos** - que diz respeito à proporção que deve ser mantida entre encargos do contratado e sua remuneração, proporção esta fixada no momento da celebração do contrato.

---

<sup>16</sup> Com relação à alteração quantitativa, os limites para os acréscimos ou supressões do objeto contratual, no caso de obras, serviços ou compras, foram fixados pela Lei nº 8.666/93 em:

- a. 25 % de acréscimo ou de redução do objeto contratual, como regra geral;
- b. 50% de acréscimo, no caso de reforma de edifício ou equipamento – permanecendo as supressões no limite de 25%; e
- c. qualquer percentual de redução, quando houver acordo entre as partes contratantes - esta hipótese é de alteração consensual e não unilateral e não abrange a possibilidade de acréscimos.

A manutenção do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato constitui uma restrição, não uma prerrogativa da Administração Pública. Prerrogativa a ela deferida é a possibilidade de alterar, nos termos da Lei, as cláusulas de serviço do contrato. Ao fazer uso dessa faculdade, deverá restabelecer o seu equilíbrio econômico-financeiro, que é direito inafastável do contratado, caracterizando-se no elemento mutabilidade que Di Pietro (2010) aponta como mais um que constitui um contrato administrativo.

A equação econômico-financeira de um contrato é a relação de equivalência, formada entre o encargo definido pela Administração Pública (objeto) e o preço (proposta) ofertado pelo licitante.

A manutenção da condição de equilíbrio da equação econômico-financeira durante todo o contrato tem fundamento no texto constitucional art. 37, inciso XXI. Também a Lei de Licitações e Contratos administrativos prevê a possibilidade de readequar a equação econômico-financeira nas hipóteses de álea ordinária e extraordinária<sup>17</sup>.

Segundo Diniz (1998), as áleas ordinárias são definidas como: *“risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado”*.

Já as áleas extraordinárias, segundo a mesma autora, são definidas como:

“risco futuro imprevisível que, pela sua extemporaneidade, impossibilidade de previsão e onerosidade excessiva a um dos contratantes, desafie todos os cálculos feitos no instante da celebração contratual” (DINIZ, 1998, p. 157).

---

<sup>17</sup> Todo contrato envolve riscos. No direito, os riscos imprevisíveis que se constituem em fatores de desequilíbrio que o particular enfrenta, quando contrata com a Administração Pública, são chamados áleas.

A álea ordinária representa aquele risco inerente ao próprio negócio, devendo ser assumido pelo particular. A álea extraordinária envolve riscos imprevisos ou imprevisíveis, sendo que somente esta álea autoriza a revisão do contrato administrativo caso implique em desequilíbrio da equação econômico-financeira.

Pautadas sempre em fatos ocorridos após a apresentação da proposta, pelo contratado durante o procedimento licitatório, as necessidades de recomposição da equação econômico-financeira dispõem de três mecanismos para se operacionalizar, quais sejam, o reequilíbrio, o reajuste e a repactuação.

- a) O **reequilíbrio** ocorre quando da presença de áleas extraordinárias e tem como objetivo a revisão dos preços contratados. Visa recompor o preço contratado em face da superveniência de eventos imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis ou, ainda, por força maior, caso fortuito ou fato do príncipe. Seu amparo legal encontra-se na Lei n° 8.666/93 em seu art. 65, d e §§ 5° e 6°.
- b) Com o objetivo de recompor o preço em face da variação dos custos de produção, provocada especialmente pelo processo inflacionário e pertencente às áleas ordinárias, temos ainda o reajuste e a repactuação.
- c) O **reajuste** é o mecanismo por meio do qual o preço é reajustado a partir da aplicação do índice financeiro setorial ou específico, que deve ter sua previsão no edital da licitação e no contrato. Seu amparo legal encontra-se na Lei n° 8.666/93 em seu art. 40, inciso IX.
- d) Na **repactuação** o preço é reajustado tendo em vista os novos valores de mercado praticados para cada um dos insumos

envolvidos na sua execução, com base na efetiva demonstração analítica da variação de custos desses componentes, devidamente comprovada pela contratada.

Diferentemente dos mecanismos anteriores, a repactuação tem amparo no Decreto nº 2.271/97<sup>18</sup> mais especificamente em seu art. 5º o qual estabelece:

Os contratos [...], que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando à adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

- a) **Os limites de acréscimos e supressões do objeto do contrato** referem-se aos limites de acréscimos e supressão do objeto do contrato, fixados na lei.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro a prerrogativa da Administração Pública para alterações unilaterais é prevista, mas circunscrita a limites e ao respeito aos direitos dos contratados (MEDAUAR, 2010, p. 224).

Além da observância dos limites impostos pelos parágrafos do art. 65 da Lei nº 8.666/93, Di Pietro (2010) destaca outros requisitos para a alteração contratual, quais sejam:

---

<sup>18</sup> Brasil. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, p. 1, 8 jul. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm)>. Acesso em: 5 de mar. 2013.

- a) que haja adequada motivação sobre qual o interesse público que justifica a medida;
- b) que seja respeitada a natureza do contrato, no que diz respeito ao seu objeto;
- c) que seja respeitado o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado (DI PIETRO, 2010, p. 269).

Ainda segundo Di Pietro (2010, p. 269), o que se tem entendido é que somente as alterações quantitativas estão sujeitas aos limites de 25% e 50%, referidos no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, até porque o inciso I, alínea b – que trata especificamente dessa hipótese de alteração – faz expressa referência à modificação do valor contratual “*em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei*”, não se encontrando a mesma referência no inciso I, alínea a, que trata das alterações qualitativas.

No entanto, o Tribunal de Contas da União<sup>19</sup> tem adotado entendimento diverso, decidindo que tanto as alterações contratuais quantitativas quanto as qualitativas estão sujeitas aos limites estabelecidos nos parágrafos 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei (TCU, 1999).

---

<sup>19</sup> Tribunal de Contas da União, Decisão 215/1999 – Plenário, Relator Ministro-Substituto José Antônio Barreto de Macedo.

### 3.4.2 Da rescisão unilateral dos contratos

A Administração Pública, pela natureza de seus interesses, dispõe do poder de rescindir unilateralmente o contrato administrativo, ou seja, de extinguir o contrato antes do prazo acordado, conforme prerrogativa contemplada no art. 58, inciso II e mais precisamente nos art. 77 ao art. 80 da Lei n° 8666/93.

Segundo Medauar (2010, p. 233), esse modo de rescisão também denominado de rescisão administrativa pode ocorrer com base em dois fundamentos:

- a) por inexecução total ou parcial ou por fatores impeditivos ou prejudiciais à execução; e
- b) por razões de interesse público.

No primeiro fundamento as ações que levam à rescisão são motivadas por má execução ou por condutas do contratado diretamente ligadas ao contrato e estão arrolados no art. 78, incisos de I ao XVIII, da Lei n° 8.666/93.

No segundo fundamento a rescisão unilateral pode ocorrer por razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificados e determinados pela máxima autoridade competente na esfera administrativa. Nessa hipótese, cabe indenização ao contratado, com direito à devolução da garantia, aos pagamentos devidos pela execução até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização (MEDAUAR, 2010, p. 234).

Além disso, as hipóteses que autorizam a rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública também impõem a ela a auto-executoriedade e a assunção imediata do objeto contratado.

### 3.4.3 Da fiscalização dos contratos

A fiscalização dos contratos não constitui apenas prerrogativa, mas, sobretudo, dever da Administração Pública em exercer a fiscalização da execução do contrato administrativo, prevista no art. 58, inciso III, cuja disciplina encontra-se detalhadamente prevista no art. 67, *in verbis*:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Cabe ressaltar que o acompanhamento e a fiscalização da Administração Pública em nada influencia a responsabilidade do contratado pelos danos resultantes da execução do contrato.

Segundo Pereira Júnior e Dotti (2012), a fiscalização dos contratos administrativos consiste em acompanhar sua execução de forma proativa e preventiva, como forma de garantir o correto cumprimento, pelo contratado, das obrigações previstas nas cláusulas avençadas e de prestar ao gestor do contrato informações relevantes, seja para atestar a correta execução ou para apontar desvios que a comprometam.

A finalidade de interesse público não deve ser entendida como satisfeita quando superadas as etapas de planejamento da licitação ou da contratação. A etapa de execução contratual também constitui parte desse processo. Dessa forma, a fiscalização pode e deve se constituir em um instrumento que, além de garantir a melhor execução contratual e a fidelidade aos objetivos da contratação, também seja etapa aperfeiçoadora dos princípios da eficiência e da economicidade da Administração Pública.

### 3.4.4 Da aplicação de penalidades

Outra cláusula exorbitante típica dos contratos administrativos consiste na possibilidade da Administração Pública aplicar, diretamente, penalidades legais ou contratuais em razão da inexecução parcial ou total do contrato:

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

[...]

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

No exercício dessa prerrogativa, pode a Administração Pública, por ato próprio, sem necessidade de participação do Poder Judiciário, punir o contratado pelas suas faltas durante a celebração do contrato. De acordo com o art. 87 da Lei nº 8666/93, ao contratado podem ser impostas as seguintes sanções:

- a) advertência;
- b) multa (essa penalidade é passível de aplicação conjunta com as demais);
- c) suspensão temporária da possibilidade de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração (essa penalidade tem a duração máxima de dois anos);
- d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (o conteúdo dessa penalidade é o mesmo da anterior, diferenciando-se dela pela sua maior duração).

A auto-executoriedade dos contratos administrativos consiste na imposição e execução coercitiva e direta da penalidade por parte da

Administração Pública, assegurado ao contratado o direito ao contraditório e a ampla defesa.

### 3.4.5 Da ocupação provisória

A Lei 8666/93 prevê a hipótese de a Administração Pública 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 (Art. 58, inciso V).

Cabe ressaltar que a medida requer autorização expressa do Ministro de Estado da área, ou de Secretário estadual ou municipal, nas suas respectivas esferas de Governo (Art. 80, §§ 1º e 3º).

Portanto, os contratos civis constituem-se em instrumentos jurídicos que regulamentam o acordo de vontades entre as partes contratantes e que, em sua maioria, objetivam o lucro. Já naqueles em que a Administração Pública é parte, deve existir a constante busca da realização do interesse público que deve orientar todas as atividades do agente público. Assim, o agente público utilizará de sua autoridade ou competência para alcançar **os fins da Administração Pública**, pois são os fins e não as vontades do administrador que dominam todas as formas de administração (LIMA, 2007, p. 39).

Os fins da administração têm o caráter de poder-dever porque as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização (DI PIETRO, 2010, p. 65). Desta forma, emerge o princípio do interesse público que está ligado ao da finalidade pública – argumento ao qual se retornará no momento de analisar e propor soluções para a situação problema.

### 3.5 Da situação problema

As análises dos contratos na esfera civil e administrativa forneceram conceitos e parâmetros teóricos que auxiliarão na compreensão da situação problema. A situação problema, aqui apresentada, trata-se da análise das alterações de um contrato administrativo de fornecimento de mão de obra (terceirização), de natureza continuada. Isso significa dizer, em termos práticos, que uma simples alteração, após várias outras decorrentes no mesmo contrato, pode demandar do agente público esforços de uma semana a doze meses, tempo necessário para a verificação e adequação à legalidade. Daí a importância de se analisar as peculiaridades dos problemas decorrentes dessa situação, nos âmbitos jurídico e da teoria da Administração Pública, e o papel do agente público na mediação desses interesses e na preservação do interesse público.

A importância de se apresentar uma situação problema é situar o leitor diante de uma situação real e cotidiana, vivenciada por este pesquisador no seu espaço profissional. Assim, este trabalho também compartilha a experiência de uma situação específica, peculiar e recorrente nos contratos administrativos vivenciados no âmbito de uma autarquia federal<sup>20</sup>.

Evidentemente, que por se tratar de uma autarquia federal, este contrato administrativo se originou de um processo de licitação, feito na modalidade de

---

<sup>20</sup> Na Administração Pública brasileira, a autarquia é a pessoa jurídica de direito público, o que significa ter praticamente as mesmas prerrogativas e sujeições da administração direta. O Decreto-Lei nº 200 de 1967, no seu artigo 5º, inciso I, define autarquias como "Serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica de direito público, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da Administração Pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

Pregão Eletrônico<sup>21</sup>, ocorrido no ano de 2009. Assim, os dados para a análise foram obtidos no Portal Comprasnet<sup>22</sup>, onde foi consultado o edital de licitação que deu origem ao contrato, e no portal de Acesso à Informação<sup>23</sup> da autarquia, onde estão publicadas as informações referentes às licitações e contratos.

O contrato foi assinado em 1º de abril de 2009, com prazo de vigência de 12 meses, prevendo em suas cláusulas a possibilidade de renovação por iguais períodos, até o limite de 60 meses, conforme art. 57, II, da Lei nº 8.666/93.

Convém apresentar, sinteticamente, a estrutura do contrato em análise nos termos teóricos metodológicos, conforme seus elementos constitutivos:

- a) partes: a Administração Pública (contratante) e um Particular (contratado);
- b) objeto: fornecimento de mão de obra (terceirização);
- c) local de celebração<sup>24</sup>: no sítio eletrônico do governo federal – compras net;

---

<sup>21</sup> Instituído pela Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2012, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

<sup>22</sup> O Portal de Compras do Governo Federal - Comprasnet, é um site web instituído pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), para disponibilizar à sociedade informações referentes às licitações e contratações promovidas pelo Governo Federal, bem como permitir a realização de processos eletrônicos de aquisição.

<sup>23</sup> Instituído em atendimento à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso à informação.

<sup>24</sup> Tomando-se como local de celebração o limite geográfico e político do contrato em análise, observa-se a situação inovadora e peculiar da origem da relação jurídica, que se dá de forma virtual. Se se considerar que a homologação e adjudicação acontecem também de forma virtual, através do Portal Comprasnet (<http://www.comprasnet.gov.br/>) e não com a presença física das partes, tem-se uma instigante situação jurídica, qual seja, qual é o local de celebração do contrato virtual e a competência territorial, foco para outro trabalho.

d) execução: dependências físicas da Instituição.

O número de trabalhadores contratados inicialmente (quantitativo inicial) constituiu-se de 149 pessoas ou postos de trabalhos, distribuídas em 27 categorias profissionais, compreendidas por quatro diferentes Convenções Coletivas de Trabalho (CCT's), sistematizados na Tabela 1.

Tabela 1 Sistematização do objeto inicial do contrato

	<b>CCT's</b>	<b>Categorias Profissionais</b>	<b>Postos de Trabalho</b>
	A	16	117
	B	5	13
	C	5	14
	D	1	5
<b>TOTAL</b>	<b>4</b>	<b>27</b>	<b>149</b>

Fonte: Levantamento de dados da documentação direta

- a) CCT A compreendia em 16 categorias profissionais, contendo 117 postos de trabalho;
- b) CCT B compreendia em 5 categorias profissionais, contendo 13 postos de trabalho;
- c) CCT C compreendia em 5 categorias profissionais, contendo 14 postos de trabalho;
- d) CCT D compreendia em 1 categoria profissional, contendo 5 postos de trabalho;

As contratações foram feitas da forma exposta e passa-se, então, a mostrar as alterações contratuais:

1ª Alteração: ocorrida em agosto de 2009, nessa alteração ocorreram duas situações, a saber:

- a) reestabelecimento do equilíbrio econômico financeiro, na forma do mecanismo repactuação, determinado por força da homologação das CCT's A e B associadas ao contrato, abrangendo 21 categorias profissionais e 130 postos de trabalho;
- b) acréscimo do quantitativo inicial contratado, na forma do mecanismo do aditivo, por demanda que foi justificada pela autarquia, passando de 149 para 168 postos de trabalho, ou seja, seis categorias profissionais foram acrescidas em 19 postos de trabalho.

2ª Alteração: ocorrida em dezembro de 2009, nessa alteração ocorreram duas situações, a saber:

- a) acréscimo ao contrato, na forma do mecanismo do aditivo, para inclusão do adicional por insalubridade grau médio para 10 categorias profissionais, compreendidas na CCT A e 1 categoria profissional na CCT C;
- b) reestabelecimento do equilíbrio econômico financeiro, na forma do mecanismo repactuação, determinado por força da homologação das CCT's A e B, associadas ao contrato, abrangendo 3 categorias profissionais e 53 postos de trabalho. Essa situação ocorreu em virtude da não aplicação da correção salarial a essas 3 categorias na 1ª Alteração.

3ª Alteração: ocorrida em abril de 2010. Acréscimo ao contrato, na forma do mecanismo do aditivo determinado pela prorrogação do contrato, pelo prazo de 12 meses, dada sua natureza de serviço continuado.

4ª Alteração: ocorrida em agosto de 2010. Acréscimo e supressão do quantitativo inicial contratado, na forma do mecanismo do aditivo, por demanda que foi justificada pela autarquia, passando de 168 para 186 postos de trabalho. Três categorias profissionais da CCT A e uma regida pela CCT B, foram acrescidas em 24 e 1 posto de trabalho, respectivamente. Já duas categorias profissionais da CCT A e duas da CCT B foram suprimidas em 4 e 3 postos de trabalho, respectivamente.

5ª Alteração: ocorrida em dezembro de 2010. Reestabelecimento do equilíbrio econômico financeiro, na forma do mecanismo repactuação, determinado por força da homologação das CCT's A, B, C e D associadas ao contrato, abrangendo as 27 categorias profissionais e os 186 postos de trabalho.

6ª Alteração: ocorrida em março de 2011, nessa alteração ocorreram duas situações, a saber:

- a) acréscimo ao contrato, na forma do mecanismo do aditivo determinado pela prorrogação do contrato, pelo prazo de 12 meses, dada sua natureza de serviço continuado;
- b) acréscimo e supressão do quantitativo contratado, na forma do mecanismo aditivo, por demanda justificada pela autarquia. Quatro categorias profissionais compreendidas na CCT A foram acrescidas em 6 postos de trabalho. Duas categorias profissionais da CCT B e duas categorias da CCT C foram suprimidas em 4 e 2 postos de trabalho, respectivamente. Essa alteração não modificou o total de postos de trabalho pactuados na 4ª alteração, porém impactou negativamente no valor total do contrato, isto é, diminuiu seu valor total.

7ª Alteração: ocorrida em maio de 2011. Reestabelecimento do equilíbrio econômico financeiro, na forma do mecanismo repactuação determinado por força da homologação da CCT A, associada ao contrato, abrangendo 16 categorias profissionais e 162 postos de trabalho.

8ª Alteração: ocorrida em novembro de 2011. Reestabelecimento do equilíbrio econômico financeiro, na forma do mecanismo repactuação determinado por força da homologação das CCT's B e C, associadas ao contrato, abrangendo 10 categorias profissionais e 19 postos de trabalho.

9ª Alteração: ocorrida em dezembro de 2011. Reestabelecimento do equilíbrio econômico financeiro, na forma do mecanismo repactuação determinado por força da homologação da CCT D, associada ao contrato, abrangendo uma categoria profissional e 5 postos de trabalho.

10ª Alteração: ocorrida em março de 2012. Acréscimo ao contrato, na forma do mecanismo do aditivo determinado pela prorrogação do contrato, pelo prazo de 12 meses, dada sua natureza de serviço continuado.

11ª Alteração: ocorrida em abril de 2012, nessa alteração ocorreram duas situações, a saber:

- a) reestabelecimento do equilíbrio econômico financeiro, na forma do mecanismo repactuação, determinado por força da homologação das CCT's A e B, associadas ao contrato, abrangendo 17 categorias profissionais e 169 postos de trabalho.
- b) acréscimo e supressão do quantitativo contratado, na forma do mecanismo aditivo, por demanda justificada pela autarquia. Três categorias profissionais da CCT A foram acrescidas com 5 postos de trabalho e uma categoria da CCT D foi acrescida em 5 e 1 posto de trabalho. Já três categorias profissionais da CCT A foram suprimidas em 6 postos de trabalho. Essa alteração não modificou o

total de postos de trabalho pactuados no 6ª alteração, porém impactou negativamente no valor total do contrato, isto é, diminuiu seu valor total.

Por meio do Quadro 2 foi possível resumir todas as alterações do contrato em análise.

Quadro 2 Resumo das alterações contratuais do contrato em análise

<b>Alteração</b>	<b>Data</b>	<b>Natureza</b>	<b>Mecanismo</b>	<b>Impacto no Valor</b>
1ª	Ago./2009	Reequilíbrio	Aditivo	Aumento
		Acréscimo	Aditivo	Aumento
2ª	Dez./2009	Acréscimo	Aditivo	Aumento
		Reequilíbrio	Aditivo	Aumento
3ª	Abr./2010	Prorrogação	Aditivo	Aumento
4ª	Ago./2010	Acréscimo e Supressão	Aditivo	Aumento
5ª	Dez./2010	Reequilíbrio	Repactuação	Aumento
6ª	Mar./2011	Prorrogação	Aditivo	Aumento
		Acréscimo e Supressão	Aditivo	Diminuição
7ª	Mai./2011	Reequilíbrio	Repactuação	Aumento
8ª	Nov./2011	Reequilíbrio	Repactuação	Aumento
9ª	Dez./2011	Reequilíbrio	Repactuação	Aumento
10ª	Mar./2012	Prorrogação	Aditivo	Aumento
11ª	Abr./2012	Reequilíbrio	Repactuação	Aumento
		Acréscimo e Supressão	Aditivo	Diminuição

Fonte: Extratos do contrato publicados no sítio Transparência Pública. Acesso em: 5 mar. 2013.

O fato é que na 11ª alteração, no momento de se verificar se o acréscimo necessário não ultrapassava o limite de 25% estabelecido pela lei, o agente constatou que nas alterações anteriores foi considerado sempre o valor da última alteração para o cálculo do limite, perdendo-se o referencial do valor inicial do contrato.

Ora, se um agente toma como referência o valor da 2ª alteração para o cálculo do limite para proceder a 3ª alteração e toma como referência o valor da 3ª alteração para o cálculo do limite para proceder a 4ª alteração, o valor inicial

quedou-se esquecido. Tal fato faz com que o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial do contrato seja perdido, incorrendo o agente público em risco de responder pelos danos causados ao erário público por omissão, negligência ou até mesmo imperícia.

Diante de situações complexas e eventos incidentes e supervenientes aos contratos administrativos de prestação de serviço de natureza continuada, conforme a situação aqui apresentada, algumas adaptações, reformulações de processos e práticas aplicadas às alterações dos contratos devem ser repensadas merecendo, portanto, serem objeto de reflexões teóricas. Surge, então, o problema desta pesquisa e do pesquisador, que nessa situação se encontrou no papel do agente público responsável por elaborar a 11ª alteração e encontrar o valor inicial do contrato. Daí o problema deste trabalho: quais elementos devem nortear a tomada de decisão do agente público no ato administrativo de determinar o valor inicial atualizado dos contratos administrativos, no momento de suas alterações, e pautar sua discricionariedade na prorrogação desses contratos de natureza continuada?

Há aqui duas situações a serem observadas na resolução da situação-problema. A primeira é de ordem jurídica normativa, segunda a qual as alterações devem seguir a regra da Lei nº 8.666/93. A segunda questão é de ordem da Administração Pública, que deve atender as demandas ao seu tempo e com eficiência, tendo o dever de cumprir e preservar o interesse público.

Convém ressaltar que a morosidade do procedimento burocrático, exigido para o estrito cumprimento da lei, obsta a eficiência da gestão pública, o interesse público e pode, ainda, ocasionar danos financeiros à Administração Pública. Outra dificuldade também existente encontra-se nos questionamentos que podem ocorrer por parte dos órgãos de controle do Estado, cujos agentes públicos se pautam, quase que exclusivamente, na verificação dos aspectos da

legalidade do ato administrativo<sup>25</sup> e para quem os contratos administrativos não podem ser considerados "mera formalidade" e, por isso, devem ser rigorosamente cumpridos e formalmente editados pelos órgãos da Administração Pública.

Diante de tantas circunstâncias a serem harmonizadas encontra-se o agente público, que deve obedecer à regra da Lei nº 8.666/93, conjugando-a com a eficiência administrativa, com a necessidade de manter a prestação dos serviços e preservar o interesse público e resguardar a Administração Pública das penalidades dos órgãos de controle e a si mesmo de ser responsabilizado pelo dano decorrente do ato.

Assim, considerando os aspectos jurídicos que envolvem o ato administrativo e a Administração Pública, este trabalho faz uma reflexão interdisciplinar entre Direito e Administração Pública e, principalmente, sobre os argumentos normativos que devem orientar os agentes públicos na tomada de decisão.

Os atos emanados pelos agentes públicos para atender ao interesse público devem ser pautados na legalidade e celeridade como requisitos de eficiência e dinamismo da Administração Pública, pautada no novo gerencialismo. O direito e o ato normativo também devem ser dinâmicos, contextualizados e integrados à realidade da Administração Pública.

O legalismo jurídico, paradigma vigente na tradição jurídica brasileira, é característica presente também nas atividades executivas e gerenciais da Administração Pública no Brasil, empregado como sinônimo e pressuposto da legalidade dos atos administrativos, uma vez que cabe a esses órgãos o estrito cumprimento da lei. Todavia, os recursos do legalismo jurídico são insuficientes para resolver os fatos jurídicos surgidos no âmbito da Administração Pública em

---

<sup>25</sup> Definido por Di Pietro (2010) como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

decorrência de sua incapacidade de acompanhar e atender as dinâmicas sociais, políticas e jurídicas ao seu tempo, argumentos que encontram fundamentos na crítica do legalismo jurídico de Hespanha (1993). Acompanhando essa crítica e contextualizando-a na realidade brasileira, segundo Binenbojm (2008), a concepção correspondente à visão tradicional da legalidade administrativa tem sua vinculação positiva à lei e não se pode reduzir à sua mera aplicação mecanicista.

Desta forma, ressalta-se que a norma jurídica somente cumpre sua função e sentido se atingir a eficácia desejada e se se traduzir em eficiência e dinamismo da Administração Pública, atendendo às demandas ao seu tempo e integrado à realidade em que se encontra inserida. Visando ampliar a compreensão e interpretação do Direito, os Princípios Constitucionais podem e devem ser aplicados como norteadores dos argumentos que fundamentam e legitimam a decisão administrativa, na determinação do valor inicial atualizado do contrato administrativo, com fundamento nos argumentos teóricos postulados por Häberle (1997). Sendo assim, o objetivo principal deste trabalho é argumentar sobre a importância e supremacia dos princípios constitucionais e propor sua aplicação como valores norteadores dos argumentos que fundamentam e legitimam a decisão administrativa e a discricionariedade do agente público, na determinação do valor inicial atualizado dos contratos administrativos. Essa é uma forma possível de solução à situação problema aqui apresentada e que será analisada e detalhada no Capítulo 3.

#### **4 DA INSUFICIÊNCIA DO LEGALISMO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Considerando a complexidade da situação apresentada é necessário que ela seja analisada de forma interdisciplinar e que os referenciais teóricos sejam capazes de compreender, harmonizar e apontar soluções possíveis que atendam a legalidade do ato e o interesse da Administração Pública.

Assim, o desafio deste pesquisador foi localizar na teoria jurídica autores que demonstrem que o paradigma vigente não é suficiente para atender as demandas e realidade da Administração Pública ao seu tempo. E, ainda, procurar autores que pudessem contribuir com possíveis soluções, apresentando novas formas de aplicar e interpretar o Direito e, assim, dinamizar a Administração Pública.

O que se faz neste trabalho não é uma crítica ao sistema jurídico brasileiro, mas ao legalismo jurídico que predominou nesse sistema, dando primazia à lei e considerando apenas legal e juridicamente aceito as situações previstas em lei. A tentativa do legalismo jurídico é sempre de adequar os fatos à regra jurídica, quando na realidade o que deveria ocorrer é a adequação da norma ao fato sócio-político e ao atual contexto da Administração Pública no paradigma do novo gerencialismo.

Neste capítulo será abordado o sistema jurídico brasileiro, para se demonstrar de que forma o paradigma legalista se utilizou desse sistema normativo para dar primazia às regras e, conseqüentemente, restringir o direito apenas a aspectos legais e tornando-o insuficiente para atender as situações complexas do cotidiano.

#### 4.1 Do sistema romano-germânico de direito

As regras de conduta que a convivência em sociedade nos impõe devem ser observadas para uma boa convivência em grupo. Individualmente, cada sujeito tem regras e valores que internalizam e aprendem ao longo do seu desenvolvimento humano na convivência, primeiramente, com o grupo familiar, parentes e amigos e, depois, ampliando para grupos sociais diversos. Cada grupo social possui regras que expressam sua tradição, seus hábitos, seus costumes e valores. Essas regras orientam as condutas e atitudes de cada pessoa num determinado grupo e, caso não sejam observadas, a pessoa sofrerá punições desse grupo social. Segundo Dallari (2012, p. 41), essas regras de comportamento são conhecidas como normas morais – regras ligadas diretamente aos aspectos internos do indivíduo com um caráter subjetivo e individual, sendo inerente à consciência de cada um, tendo como forma de punição perante o descumprimento de seus preceitos o julgamento e sanção do grupo ao qual esse indivíduo pertence.

Nessa dinâmica também operam as organizações públicas, ao atenderem a condições e exigências internas e externas que orientam seu funcionamento dentro do Estado, cumprindo seu papel, isto é, suas tarefas e objetivos, observando as normas político-sociais de legalidade, competitividade, responsabilidade na prestação de serviços de boa qualidade, competência administrativa, com vistas à evolução do mercado, da sociedade, das leis, das restrições e possibilidades de crescimento.

Ainda, segundo Dallari (2012, p. 88) a sociedade como produto de um acordo tácito de vontades nada mais é que a organização de um grupo social (povo) num mesmo território e que demanda regras de convivência que precisam ser respeitadas por todos. E para que sejam respeitadas por todos os indivíduos

desse grupo deve haver um poder sob o qual os indivíduos se submetam, fazendo surgir o Estado.

Segundo Ávila (2009) as regras têm a função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. Diminuem a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos, por meio da descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório (ÁVILA, 2009, p. 4).

O conceito de Estado evoluiu até o que hoje se conhece como um conjunto de instituições estruturadas por normas jurídicas que visam organizar a vida em coletividade, simbolizando a máxima organização humana. Normas jurídicas são regras que visam ao bem social e protegem os valores de convivência de uma determinada sociedade, prevendo vários tipos de sanções em casos de descumprimento de seus preceitos.

As normas jurídicas regulam os fatos sociais e devem ser emanadas por um poder competente e vinculam todas as pessoas que nascem ou decidem viver num determinado território. Assim, todas as normas jurídicas emanadas nesse território encontram-se unificadas num mesmo ordenamento jurídico, organizado segundo a hierarquia das normas e o modo de produção do direito.

O direito brasileiro pertence ao sistema romano-germânico, caracterizado pela codificação do direito (normas escritas) e pela generalidade de suas normas (normas gerais aplicadas pelos juízes aos casos concretos).

O sistema jurídico romano-germânico é formado por um grande número de leis escritas, sendo essa uma de suas principais características e a primeira fonte ou fonte imediata desse sistema. As leis escritas deram origem ao direito positivo, constituído por um conjunto de regras impostas a um determinado povo por um poder competente<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Poder competente é aquele reconhecido pela própria lei e legitimado pelo povo como autoridade com poderes para elaborar, produzir a lei.

As leis são de diferentes naturezas, ou seja, variam de importância conforme a matéria de que tratam e de acordo com a autoridade que a produz. Uma lei que trata do direito à vida tem significativamente mais importância do que uma lei que trata de tributos. Assim como uma norma que se encontra no texto da constituição é hierarquicamente superior a uma lei elaborada por um órgão municipal. Daí surgir a noção de hierarquia das leis (KELSEN, 2009). Existe uma ordem de importância entre as leis, segundo a matéria de que tratam e segundo a autoridade que a elabora. Essa ordem jurídica indica um sistema de produção e elaboração das leis que organiza o ordenamento jurídico, de tal forma que o comando de uma lei superior não pode ser negligenciado por outra lei de ordem hierarquicamente inferior. E quem estabelece essa ordem e as autoridades competentes para elaborar as normas jurídicas é a norma fundamental de um país, a Constituição (KELSEN, 2009). Daí a supremacia da Constituição configurando como a lei maior de um país, hierarquicamente superior a todas as demais, sendo merecedora do título de documento que expressa a vontade de um povo livre e soberano.

Portanto, no Brasil – um estado organizado em forma de federação –, a hierarquia das normas está assim organizada: a Constituição, leis ordinárias federais, leis estaduais e leis municipais. A Constituição é um sistema de normas jurídicas que institui o Estado, define sua organização e seus poderes, estabelece os direitos e garantias fundamentais e os fins políticos de um povo. Assim, a constituição é a lei fundamental de um país da qual todas as normas jurídicas obtêm sua legalidade e seu fundamento de unicidade.

No texto constitucional encontramos várias normas jurídicas, normas do tipo princípios e normas do tipo regras (BONAVIDES, 2012) como esclarece Rigatto (2013)

[...] os princípios são normas norteadoras da interpretação e aplicação das regras jurídicas, o que significa dizer que se

está diante de outra complexidade do direito, qual seja, a diferença entre princípios e regras, como tipos diferentes de normas [...] Norma é um comando imperativo emanado por uma autoridade competente as quais as pessoas que vivem num determinado território estão sujeitas a sua observação e cumprimento, para que não sofram sanções. Todavia, há diferentes tipos de normas, sendo classificadas segundo vários critérios. A teoria das normas jurídicas é matéria complexa da ciência do direito. Há normas que apresentam valores e são norteadores da implementação do direito (princípios) e normas que têm um caráter mais detalhado de ações que devem ser implementadas e observadas (regras). (RIGATTO, 2013).

Dessa classificação de fonte normativa surgem os princípios constitucionais, que neste trabalho serão destacados em virtude de seu caráter hierarquicamente superior às demais normas e a importância de sua interpretação aberta para atender as demandas e realidades cotidianas ao seu tempo.

Todavia, antes de se discutir a importância da supremacia dos princípios é necessário compreender a insuficiência da regra do Direito Administrativo, cuja utilização de forma hermética, típica do legalismo jurídico, ocasiona a falta de dinamismo, ausência de celeridade e eficiência, exatamente pelo fato de estar adstrito à lei e ser extremamente formal e procedimental na aplicação do direito.

#### **4.1.1 Crítica à insuficiência do legalismo jurídico**

Antônio Manoel Hespanha faz uma análise histórica para explicar a crise do legalismo. Hespanha (2003) entende a crise do legalismo como sendo o direito descontextualizado de sua realidade e, analisando as condicionantes históricas, demonstra como se deu a ascensão do legalismo, seu apogeu e ocaso, e também mostra como sob a palavra “lei”

[...] se oculta uma realidade mutável e equívoca, em permanente reconversão de conteúdo e de função, e como é esta equívocidade que tem encoberto a contínua crise do 'legalismo', entendido no sentido forte que o termo teve na teoria oitocentista do Estado. (HESPANHA, 1993, p. 9).

Segundo o autor, os sintomas mais evidentes dessa crise são:

- a) a generalizada desobediência à lei, por parte dos simples cidadãos;
- b) a não aplicação (ou aplicação seletiva) da lei, por parte dos órgãos de poder;
- c) a ineficiência dos mecanismos de aplicação coercitiva da lei.

Uma análise mais detalhada, segundo Hespanha (2003), permitiria decompor cada um desses sintomas numa série de outros e estabelecer relações entre eles. Entre os temas resultantes dessa decomposição destaca-se ausência de adequação do Direito frente às necessidades reais, que advém da ineficiência dos mecanismos de aplicação coercitiva da lei.

Assim, Hespanha (2003) afirma que o paradigma legalista caracteriza-se por instituir a lei como tecnologia disciplinar fundamental das relações sociais. Ou seja, a legitimidade de toda a atividade social, quer dos indivíduos, quer do poder e do Estado, deve ser avaliada por confronto com normas escritas, de caráter geral e abstrato, obedecendo a um modelo técnico-racional e editadas pelo Estado. Daí a redução do pluralismo e complexidade social e da compreensão e interpretação do direito, pois para esse paradigma a lei não é fenômeno minoritário e subordinado, mas, sim, fonte primária e principal. (HESPANHA, 2003, p. 12). Rigatto (2013), interpretando e contextualizando a crise do legalismo no positivismo jurídico esclarece que o

[...] positivismo jurídico surge com todo vigor no século XIX, período que coincide com o apogeu de sua discussão e

com o desenvolvimento de sua teoria, pelo menos na França, mas se estende por todo o mundo. Apogeu também que desfruta devido à apropriação do direito pelo Estado Moderno, que centralizará, devido ao seu poder, supremacia e soberania, o monopólio de produção das leis e da força coercitiva quando do descumprimento da lei.

O primeiro aspecto que se pode ressaltar é sobre o pressuposto que o positivismo jurídico tem do direito como fato e não como valor. Uma vez que o positivismo jurídico concebe o direito como ciência – e tal quais as ciências naturais e físicas o seu observador deve manter distanciamento do objeto de análise e, assim, a ciência deve ser produto de juízos de fatos e nunca de valor – o direito passa a ser concebido e definido em função de sua estrutura formal, rejeitando a dimensão valorativa do direito, ou seja, sem considerar o conteúdo que o direito estabelece.

O segundo pressuposto do positivismo jurídico que deve ser ressaltado é sobre a perspectiva de ser a lei a única fonte reguladora das relações sociais, o que, por sua vez, pressupõe a existência de um ordenamento jurídico.

A existência de um ordenamento jurídico implica a sistematização da lei, inserida em um complexo normativo organizado segundo uma hierarquia, unidade e coerência, a fim de se atingir uma completude estabelecida pela lógica-racional e de afirmar o sistema jurídico como perfeito e sem lacunas. A teoria do ordenamento jurídico surgiu através do positivismo jurídico nos fins do século XVIII e início do século XIX. A teoria do ordenamento jurídico cuidou de construir um complexo normativo cujo objetivo é conferir unidade ao conjunto de normas esparsas, evitando o arbítrio e as incertezas da aplicação do direito ao caso concreto. Mas esta unidade, por sua vez, exige uma coerência sistêmica e completa, bastando em si e para si mesma. Estes são os elementos que fundamentam o ordenamento jurídico: unidade, coerência e completude. A unidade do positivismo jurídico é formal; ou seja, refere-se à forma como as leis estão inseridas no universo jurídico, desde sua concepção até a autoridade competente para atribuir caráter jurídico e coercitivo ao conjunto de normas. [...] A coerência se afirma no pressuposto de que se o ordenamento jurídico é fruto da racionalidade lógico-formal esse ordenamento não possui normas contraditórias. Para tanto, uma norma, para pertencer a determinado ordenamento jurídico, não pode ser incompatível com as demais normas. O problema é que o Estado passa a fazer uso exagerado de seu poder normativo e para que não haja a mencionada contradição e conflito

entre normas alguns critérios passam a serem aplicados na ocorrência de tais fatos, quais sejam, o critério hierárquico da norma, o cronológico e o da norma especial.

Nesse complexo sistema de organização do direito, a função da jurisprudência fica legada, apenas, a reproduzir o direito, reforçando o conteúdo existente na norma, interpretando a norma, e não criando, contextualizando e valorando a situação jurídica na aplicação do direito. Essa forma de interpretar o direito ficou conhecida como “formalismo científico”, dado que a interpretação da norma é feita de forma mecânica, valorizando as formas em detrimento do conteúdo, ou seja, utilizando a dedução lógica dos conceitos abstratos na aplicação ao caso concreto, sem considerar a realidade social, histórica e política e os interesses envolvidos na solução do conflito. (RIGATTO, 2013)

Acompanhando essa crítica e contextualizando-a na realidade brasileira, segundo Binbenjón (2008), a concepção correspondente à visão tradicional da legalidade administrativa tem sua vinculação positiva à lei. Essa concepção pode ser verificada no enunciado por Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza (MEIRELLES, 2010, p. 89).

Segundo Binbenjón (2008) o ofício administrativo, todavia, não pode se reduzir à mera aplicação mecanicista da lei. Complementa o autor que esse reducionismo constitui-se um dos paradigmas clássicos do Direito Administrativo, onde

[...] a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo. Tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de

acordo com o que a lei rigidamente prescrevesse ou facultasse (BINENBOJM, 2008, p. 6).

Como alternativa a esse paradigma, Binjenbojm (2008) considera a adoção de princípios jurídicos como comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. O autor ainda destaca que ao contrário das regras, que são normas binárias admitindo somente o permitido e o não permitido, os princípios têm uma dimensão de peso, sendo aplicados em maior ou menor grau, conforme juízos de ponderação formulados tendo em conta outros princípios concorrentes e eventuais limitações materiais à sua concretização.

Ora, se o problema está na redução da compreensão e interpretação do direito que considera a lei (regra) como sua fonte primária, principal e suprema na solução do caso concreto e não no sistema jurídico, a solução para a limitação da compreensão e interpretação do direito tem que estar dentro do próprio sistema jurídico normativo brasileiro. Interpretando a crise do legalismo dentro do sistema jurídico brasileiro Rigatto (2013) esclarece que

[...] os sistemas jurídicos são expressão da cultura, dos valores éticos e morais e dos costumes impostos pelo processo de colonização e da consolidação das instituições de um país e as soluções possíveis podem estar dentro do próprio sistema, que merece um novo enfoque e novas formas de interpretação de suas normas.

Bem, se o problema do legalismo está em reduzir as situações jurídicas – e neste estudo o Direito Administrativo – à mera aplicação mecanicista da lei, a adoção de princípios como comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado e de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas proposta por Binjenbojm (2008) é uma saída.

Mas não basta apenas a aplicação dos princípios constitucionais, é necessária que a aplicação dos princípios venha acompanhada de interpretações amplas segundo a hermenêutica constitucional, conforme propõe Rigatto (no prelo):

Ao contrário da mera aplicação da regra desprovida de contextualização, da simples interpretação e aplicação estrita da lei como preconiza o legalismo positivista, a hermenêutica constitucional se apresenta como uma solução possível dentro do sistema romano-germânico, através de interpretações criativas e amplas dos princípios constitucionais aplicados na solução de conflitos ou de um caso jurídico. A partir da hermenêutica constitucional os juízes podem recorrer à sociologia, à ciência política, à antropologia, à psicologia, dentre outras áreas do conhecimento para utilizar suas categorias como critérios de avaliação e de confrontação com o direito vigente e, assim, compreender e interpretar o fato jurídico e as questões que se encontram antes e depois do ato legislativo.

A partir da compreensão de que o direito não é um sistema hermético, mas sim um sistema aberto e em constante criação e transformação, os princípios passam a gozar de supremacia na interpretação e aplicação do direito porque são normas que podem ser interpretadas e conjugadas com outras áreas do conhecimento e da ciência, proporcionando interpretações mais abertas, extensivas e atualizadas do fato jurídico e dos conflitos. A supremacia dos princípios sobre as rígidas regras do legalismo positivista é a solução para dinamizar o sistema jurídico brasileiro sem, contudo, interferir na dinâmica do sistema jurídico romano-germânico vigente.

Essas argumentações podem parecer muito técnicas aos estudantes e profissionais pouco familiarizados com o Direito, mas na prática isto significa dizer que a *“Constituição não tem um conteúdo construído apenas pelos tribunais, mas é construído também pelos partícipes do jogo democrático”*. E estes partícipes somos todos nós, cidadãos que fomentam e condicionam a concretização da democracia através da participação popular em comissões e órgãos municipais, estaduais e federais e demais instituições sociais, políticas e jurídicas, influenciando, interferindo e fiscalizando os atos e decisões dos agentes públicos e

governantes, no exercício da soberania popular e na defesa do bem coletivo e interesse público (RIGATTO, 2013).

Nos tópicos subsequentes passa-se a analisar a supremacia dos princípios constitucionais e alguns princípios norteadores da Administração Pública, aplicáveis na situação em estudo. E, confirmando a hipótese deste trabalho, aponta-se uma possível solução para nortear o agir do agente público, qual seja, uma nova forma de interpretar a constituição e seus princípios, trazendo os fatos jurídicos para a realidade e considerando o pluralismo de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997). Häberle defende que todas as pessoas e grupos que compõem a sociedade colaboram com a compreensão e aplicação dos preceitos constitucionais, alicerce da sociedade moderna e característica do Estado Democrático de Direito.

#### **4.1.2 A supremacia dos princípios constitucionais e alguns princípios constitucionais norteadores da discricionariedade administrativa**

É uma tendência do direito moderno a “constitucionalização” do direito, ou seja, inserir princípios gerais do direito – ou de áreas específicas – e de normas comuns no texto constitucional, conferindo a estas normas caráter hierarquicamente superior as demais (RIGATTO, 2013).

A importância da supremacia dos princípios constitucionais está nos aspectos técnicos da hierarquia da norma que, em caso de conflitos entre regras ou no momento de fiscalização de um ato jurídico – como é o caso em estudo de alterações num contrato administrativo – deverá sobrepor-se à regra no momento de sua execução, interpretação e, no caso dos juízes, aplicação ao caso concreto.

Para melhor estabelecer a compreensão que este trabalho pretende transmitir sobre a aplicação dos princípios constitucionais como norteadores dos argumentos que fundamentam e legitimam a decisão administrativa na determinação do valor inicial atualizado do contrato administrativo, faz-se uma

breve explanação sobre a concepção que aqui se toma sobre a discricionariedade do agente público e o papel dos princípios no ordenamento jurídico.

Para Martins (2009) sempre que o sistema normativo (conjunto de regras e princípios) admitir apenas uma solução há vinculação; sempre que admitir duas ou mais soluções, há discricionariedade. A discussão que permeia este trabalho recai sobre o segundo caso: o Direito imputando ao agente público a escolha entre duas ou mais soluções possíveis, ou seja, o agente público competente é quem determina a escolha da alternativa segundo a escolha que melhor concretiza o interesse público.

Assim, a discricionariedade para Martins (2009, p. 18) é

[...] o nome dado à situação em que, em face da existência de duas ou mais soluções igualmente admitidas pelo Direito, a escolha é privativamente imputada ao agente competente, este deve escolher a alternativa que segundo seus critérios, seus valores, melhor atenda ao interesse público.

Segundo Binenbojm (2008), durante muito tempo a discricionariedade era definida como uma margem de liberdade decisória dos gestores públicos, sem qualquer remissão ou alusão aos princípios e regras constitucionais. Representou também um movimento, impulso contraditório do Direito Administrativo em relação à própria legalidade, sobretudo quando essa passa a ser entendida como vinculação positiva à lei.

Ainda segundo o mesmo autor, a discricionariedade como espaço de livre decisão do administrador, decorre da rígida dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários. Essa dicotomia é caracterizada por Hely Lopes Meirelles: atos vinculados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização, deixando os preceitos legais para o órgão nenhuma liberdade de decisão, enquanto que atos discricionários são os que a Administração Pública pode praticar com liberdade de escolha do seu conteúdo,

de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização (MEIRELLES, 2010, p. 172).

Porém, as transformações recentes sofridas pelo Direito Administrativo implicam na necessidade de se caracterizar a discricionariedade administrativa como um espaço carecedor de legitimação, isto é, um campo não de escolhas puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei (BINENBOJM, 2008, p. 16).

Binenbojm (2008) afirma que não mais se permite falar em dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade, destacando que “a discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional”.

A Constituição, para Binenbojm (2008), é o instrumento por meio do qual os sistemas democráticos e de direitos fundamentais se institucionalizam no âmbito do Estado, constituindo-se num processo por meio do qual tais sistemas espraiam seus efeitos conformadores por toda a ordem jurídico-política, condicionando e influenciando os seus diversos institutos e estruturas.

A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação à juridicidade. Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo (BINENBOJM, 2008).

Nesse contexto, segundo a concepção de Martins-Costa (1991), princípios são pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente e possível, não constituindo, por si mesmos, normas suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se posteriormente em normas jurídicas por via de interpretação.

Assim, a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do Direito Administrativo. A normatividade decorrente da principiologia constitucional produz uma redefinição da noção tradicional de discricionariedade administrativa, que deixa de ser um espaço de liberdade decisória para ser entendida como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos contemplados na Constituição (BINENBOJM, 2008).

Assim, os atos discricionários do agente público devem ser norteados por princípios, principalmente pelos princípios constitucionais. Alguns princípios constitucionais importantes e norteadores da discricionariedade administrativa são:

#### **4.1.2.1 Princípio do interesse público**

O interesse público é o que fundamenta e norteia todas as ações da Administração Pública tornando-as legítimas. No momento em que o agente público, ou operador do direito, estiver diante de um fato concreto que demandar a ponderação entre os princípios, é o do interesse público que deve ser preponderante, já que esse se constitui na finalidade do ato da Administração Pública.

Em toda e qualquer situação que estiver presente a necessidade de ponderação de princípios, é dever do agente público ponderar e conjugar sempre com o princípio do interesse público.

#### **4.1.2.2 Princípio da razoabilidade**

Sendo esse princípio uma diretriz de senso comum, de bom senso, a Administração Pública ao atuar no exercício de sua discricionariedade, terá de fazê-lo adotando critérios aceitáveis do ponto de vista racional, evitando condutas incoerentes.

Assim, exemplificando e contextualizando esse princípio, na situação em análise, para se determinar o valor inicial atualizado do contrato, razoável será considerar para fins de sua determinação somente as alterações que tiveram como origem a revisão, a repactuação e o reajuste. Portanto, não deverão ser considerados os ajustes feitos por meio de supressões ou acréscimos de quantitativos.

#### **4.1.2.3 Princípio da economicidade**

O Princípio da Economicidade, expresso no art. 70 da Constituição Federal de 1988, representa, em síntese, a promoção de resultados esperados como o menor custo possível. Isso significa dizer que agente público deve estar atento às necessidade de se avaliar os menores custos e economias de procedimentos administrativos no momento da tomada de decisão e da realização do ato administrativo, traduzindo-se em qualidade do gasto público.

#### **4.1.2.4 Princípio da eficiência**

O princípio da eficiência deve nortear a escolha do agente público e levá-lo a realizar e obter os objetivos pretendidos, servindo de parâmetro de aferição da legitimidade do ato da Administração Pública. Assim, esse princípio

orienta o agente público a optar pelo meio mais adequado, eficiente e que apresenta o melhor resultado para fins de interesse público.

Assim, a superação do paradigma da legalidade administrativa realmente se dará com substituição da lei pela Constituição, mas para tanto se deve atribuir maior valor “às exigências de índole fática do que de ordem normativa vigente” (HESSE, 1991, p. 22).

Uma vez que o Direito e a Constituição têm sua eficácia condicionada por fatores sociais, políticos e econômicos (entre outros) a discricionariedade administrativa do agente público também deve se pautar por esses fatores e por princípios e valores para concretizar de forma eficiente os objetivos da Administração Pública.

Pode-se afirmar que não basta apenas a aplicação dos princípios constitucionais no momento da tomada de decisão, é necessária que a aplicação dos princípios venha acompanhada de interpretações amplas, segundo a hermenêutica constitucional, conforme propõe Häberle (1997).

A situação-problema relatada é uma clara demonstração da necessidade de harmonização entre norma e realidade social – que Hesse (1991) chama de apreciação de ordenação e realidade. Konrad Hesse afirma que uma análise isolada, unilateral e que considere apenas um ou outro aspecto do fato (ordenação ou realidade), não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão (HESSE, 1991).

Dessa forma, Hesse (1991) entende que para o agente público, ator jurídico ou político, que considera apenas a ordenação jurídica (a regra) como solução para a compreensão de uma realidade, não há outra possibilidade ou solução possível ao caso concreto senão a aplicação da regra. Para esse intérprete do direito somente existe duas possibilidades, ou a norma está em vigor ou está derogada.

Por outro lado, argumenta Hesse (1991), o agente público, ator jurídico ou político, que considera exclusivamente a realidade política e social como solução para a compreensão e interpretação de um fato não consegue perceber o problema na sua totalidade e, conseqüentemente, ignora a ordenação jurídica.

Konrad Hesse realça que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre a norma e a realidade, como se constata no positivismo jurídico (HESSE, 1991, p. 13).

Essa compreensão, aplicada à situação-problema, causaria sérios danos aos agentes públicos e à Administração Pública, responsáveis por todas as dez alterações ocorridas no contrato administrativo em estudo, pois todas elas, aos olhos da estrita aplicação da lei, estariam irregulares. E, ainda, estariam induzindo ao erro e lesão ao patrimônio público o agente responsável pela sua 11ª alteração.

Portanto, os elementos devem nortear a tomada de decisão do agente público no ato administrativo de determinar o valor inicial atualizado dos contratos, no momento de suas alterações e pautar sua discricionariedade na prorrogação desses contratos de natureza continuada, para aquelas normas que permitem conjugar o interesse da Administração Pública com o interesse público, ou seja, aquelas que conjuguem ordenação e realidade.

Assim, a ciência jurídica não pode deter-se na construção dogmática de regras jurídicas, categorias, institutos ou doutrinas, mas também deve se preocupar em encontrar condições e pressupostos que permitam que o Direito seja eficaz e eficiente (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. xix).

Contextualizando esse argumento teórico à situação-problema, significa dizer que enquanto a eficácia se preocupa com os fins, a eficiência se preocupa com os meios. A eficiência, portanto, é obtida com a otimização dos meios para a consecução de determinada finalidade, enquanto a eficácia é aferida por meio da constatação ou não do resultado pretendido (AMARAL, 2006, p. 4). Neste

sentido, corrobora Santos (2012) ao afirmar que o Princípio da Eficiência determina que o agente público, tanto quanto possível, escolha os melhores meios para a consecução de um determinado resultado pretendido.

Segundo Aragão (2006), a eficiência da Administração Pública não pode ser entendida tão somente sob a ótica econômico-financeira, ou seja, como consecução de determinado fim com o menor dispêndio de recursos financeiros possíveis. Deve, na medida, ser compreendida como o melhor exercício possível das missões de interesse coletivo que incumbem ao Estado.

E, ao analisar o contrato da situação problema e suas onze alterações pode-se afirmar que essas foram as finalidades de todos os agentes públicos envolvidos em suas alterações.

Diante de tais argumentos teóricos, cabe aos Órgãos de Controle da União punir os agentes públicos envolvidos nesse contrato administrativo em decorrência das alterações que foram feitas, sempre sob o último valor da última alteração, perdendo-se o valor inicial do contrato?

Ou caberia aos Órgãos de Controle da União apreciar **ordenação e realidade** – harmonização entre norma e realidade social, entre o agir possível e o menor dano ao interesse público, traduzido neste caso como não interrupção da prestação do serviço?

Os argumentos foram expostos e o posicionamento deste pesquisador – agente público – respaldado por teorias e normas jurídicas foi apresentado. Cabe, agora, a mudança de cultura jurídica de quem fiscaliza, aplica e interpreta o Direito. E para tanto, neste trabalho espera-se ter cumprido esta finalidade.

#### **4.2 O componente cultural**

Ciente de que a proposta deste trabalho encontra-se fora do campo de uma única disciplina, e que o tema - que tradicionalmente é dominado pela

disciplina do Direito, herança da formação histórica brasileira, se projeta na Administração Pública - ganha relevo no campo de várias disciplinas, possibilitando trazer à discussão uma análise sob a luz da disciplina da sociologia para se entender as ações e decisões dos diferentes atores sociais envolvidos nesses processos.

Um olhar mais cuidadoso e sob a perspectiva sociológica pode ajudar a entender melhor a crise do legalismo no sistema jurídico brasileiro. O aspecto sociológico que merece destaque é o componente “cultura brasileira” que se projeta nas organizações e que forma o que na administração se chama cultura organizacional. Compreender esse aspecto é fundamental para a análise dos fenômenos expostos na situação em análise.

Não há dúvidas que vivemos uma crise de valores que norteiam o agente público, agravada pelo receio de uma solução à crise de caráter formalístico. Assim, a solução pelos princípios precisa ser mais estudada, mais difundida e ganhar mais espaço na academia para se projetar para nossas organizações públicas.

O analista do fenômeno organizacional teria outros referenciais para analisar os fatores que movem o agente público a agir daquela forma, assim como os atores dos órgãos de controle quando analisam um ato, fiscalizam uma ação da Administração Pública, se posicionam de determinadas formas. Por isso, importante se faz entender as razões de formação profissional, de formação cultural e as que permeiam a Administração Pública brasileira, o Estado brasileiro, a sociedade brasileira e o que os leva a pensar dessa forma.

Neste trabalho a análise foi feita a partir de um recorte teórico, sedimentado em autores da área do Direito que forneceram subsídios para compreender e criticar o legalismo jurídico presente no sistema jurídico brasileiro. Porém, uma análise complementar utilizando um recorte sociológico

pode também ajudar a compreender o fenômeno e a chegar a outras conclusões, talvez mais ricas ou até mesmo antagônicas.

O resgate dessa visão sociológica pode ser feita por meio de Alberto Guerreiro Ramos, que ajuda a explicar alguns fenômenos da Administração Pública brasileira, como é o caso de seu formalismo na interpretação das normas. Guerreiro Ramos (1996) traz a este trabalho uma perspectiva para entendimento do fenômeno do legalismo exacerbado, bem como os limites e receios presentes nas análises que nossos agentes públicos têm no momento de praticar o ato administrativo.

Assim, a utilização da lei como tecnologia disciplinar fundamental das relações sociais constitui-se em uma questão paralela a se avaliar. A questão pode ser compreendida se a abordarmos sob o ponto de vista crítico sobre a apropriação que se fazia da sociologia norte-americana e europeia para explicar os fenômenos sociológicos no Brasil (GUERREIRO RAMOS, 1996). Importavam-se os objetos culturais, conceitos e teorias para a nossa realidade. Com esses elementos concebidos em outro contexto é que se aplicava à nossa realidade, totalmente diversa.

Esse olhar crítico de Guerreiro Ramos (1996), sobre esses elementos utilizados para compreender a realidade brasileira se ajusta ao olhar crítico sobre a lei como objeto, como tecnologia gerencial, como tecnologia de gestão, como instrumento de gestão pública, como tecnologia disciplinar fundamental para regular as relações sociais.

Dentre os elementos que são importados, deve-se considerar a maioria das leis por serem construídas a partir de uma inspiração em outra lei exterior. Como exemplo, pode-se trazer a essa discussão a Lei de Responsabilidade Fiscal, que foi construída aqui a partir de fragmentos de outros países e que fazem sentido somente naqueles países. Tem-se, assim, a construção de dispositivos a partir de outros, formulados em outros contextos que quando os

trazemos para o nosso contexto convive como um corpo estranho, em virtude de seus fundamentos distintos, de uma construção baseada em valores diferentes, sejam eles culturais, éticos ou morais. Enfim, objetos construídos em contextos distintos, aplicados a outras realidades tem dificuldade de aderir, dificuldade de conviver com a malha de valores morais, éticos e culturais.

Isso ajuda a explicar o formalismo jurídico presente em nossa realidade quando abordamos o fenômeno como um componente formal e não como um componente do ato administrativo, como uma categoria sociológica, como uma categoria estudada no campo das ciências sociais, como o contraste entre o real e o formal.

Tem-se uma sociedade que é real, a qual possui relações e possui uma lei que é formal, um objeto construído a partir de valores distintos, que contrata com seu ambiente real. Uma convivência que fica dificultada pelo fato de estarmos falando de um objeto cultural que não convive, não adere a uma situação real. Para que possam conviver, a estratégia utilizada pela sociedade é o formalismo, que sinteticamente pode ser definido como a adoção de determinadas diretrizes para regular uma realidade social diferente. O formalismo se constitui então como um ajuste que se faz para que um objeto conviva nessa realidade diversa com valores culturais diferentes.

Na situação em análise o que se vivencia é um conjunto de atributos legais, no caso a Lei de Licitações, que não consegue conviver com a realidade de hoje. Constata-se então que a Lei de Licitações precisa ser repensada, assim como está sendo feito a partir do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e dos valores que ele tem subjacentes a ele, valores que também contrastam com a realidade.

O conjunto de debates que se estabelece sobre o RDC no país inteiro torna-se importante por ser a oportunidade de se incorporar o componente cultural. É preciso que as pessoas tenham em mente esses valores, conceitos e

categorias sociológicas frente ao legalismo, para que possam influenciar na interpretação de determinados dispositivos, o que é de fundamental importância, mas é preciso que se tenham outros mecanismos teóricos de análise que permitam esse olhar mais completo da realidade.

Essa é uma forma de interpretar o fenômeno, mas com certeza existem outras formas de interpretação que vão evidenciar outras soluções ao problema.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o que foi exposto adotam-se aqui algumas considerações com o objetivo de incentivar a discussão sobre o tema abordado.

Todo o levantamento teórico, bem como a construção e sistematização das seções que compõem este trabalho evidenciam o que foi estabelecido como primeiro objetivo específico proposto.

O estudo da teoria dos contratos administrativos, desde a concepção do contrato na teoria civilista do Direito, permitiu ampliar a interpretação e a compreensão acerca de sua constituição, classificação e suas peculiaridades.

Destaque maior se faz para a oportunidade de se examinar com mais profundidade as regras do sistema jurídico, pertinentes ao tema. Esse exame demonstrou que a teoria dos contratos administrativos no Brasil merece reflexão para a sua reformulação, com vista a contribuir para o alcance dos requisitos de eficiência e dinamismo da Administração Pública.

Quanto à situação problema, destaca-se que ela não se constitui em um elemento extremo dentro da Instituição a qual o contrato administrativo analisado pertence. A situação é recorrente, foi apenas exemplificativa de outras semelhantes ou mais complexas, no cotidiano e comum em outros órgãos e entidades da Administração Pública que regularmente utilizam-se dos contratos administrativos para as suas contratações.

A compreensão das bases críticas e epistemológicas do Direito foi fundamental para entender como a Administração Pública e os agentes públicos fazem uso da norma, como tecnologia disciplinar fundamental em seu cotidiano. Foi possível compreender também que a obediência à norma, sem considerar os aspectos políticos, sociais, antropológicos e culturais, é característica do positivismo jurídico e não do sistema jurídico, apesar desse último, na realidade

brasileira constituir-se de um sistema adstrito à lei, à formalidade e procedimentalidade na interpretação e aplicação do Direito.

Constata-se assim, que o positivismo jurídico tem servido de escudo, com vistas a proteger a Administração Pública e o agente público em suas práticas. Para que isso se materialize, esforços são empreendidos para adequar as situações do cotidiano às normas, o que compromete o alcance da eficiência e dinamismo da Administração Pública. Dessa forma, exclui-se da realidade administrativa a possibilidade de questionamento da inadaptação do Direito, frente às necessidades reais, e desconsidera-se a existência de uma realidade mutável e em permanente reconversão de conteúdo e de função.

A proposta estabelecida como segundo objetivo específico torna-se alcançável, a partir da concepção de Peter Häberle, ao tornar os agentes públicos capazes de interpretar a constituição, aplicando seus princípios como forma de motivar e justificar o ato administrativo para se alcançar o interesse público.

Verifica-se, na situação analisada, a necessidade de exame de ordenação e realidade na qual uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão.

Assim, a utilização dos princípios constitucionais não exclui ou se sobrepõe à avaliação que o agente público deve fazer, no exercício do poder discricionário, se o ato praticado está em consonância com as normas do sistema jurídico. Isto significa dizer que o agente público deve identificar que não há outra possibilidade para legitimar o ato praticado que não seja pela ponderação de princípios.

Na situação analisada, quando da ponderação entre os princípios, o do interesse público deve ser preponderante por constituir-se finalidade e norte de todas as ações da Administração Pública, legitimando-as. Assim, sempre que

houver ponderação de princípios deve-se ponderá-los conjugando sempre com o Princípio do Interesse Público.

Ao atuar no exercício de sua discricionariedade, o agente público terá de fazê-lo adotando critérios aceitáveis do ponto de vista racional, evitando condutas incoerentes. Assim, para se determinar o valor inicial atualizado do contrato, razoável será se consideradas, para fins de sua determinação, somente as alterações que tiveram como origem a revisão, a repactuação e o reajuste, pois estes não constituem modificação, propriamente dita, dos termos pactuados entre as partes, mas apenas alteração de condições até então praticadas justamente por força da aplicação das próprias cláusulas contratuais. Não poderão ser considerados os ajustes feitos por meio de supressões ou acréscimos de quantitativos. Não deverá ser adotada a ideia de que ao se fazerem supressões e acréscimos, se esses compensariam resultando em impacto zero no valor total do contrato. Essas últimas alterações devem ser feitas de forma separada e independente. Entende-se que tais medidas contribuirão para que não haja exacerbações no cálculo do valor inicial do contrato para impactar positivamente no limite de 25%, imposto pela Lei nº 8.666/93, o que poderia contribuir para a transformação de uma necessidade clara de se licitar em elaboração de mais uma alteração no contrato administrativo.

Como se deve ser razoável para se determinar uma das opções, licitar ou elaborar um termo aditivo ao contrato administrativo, também se deve ter em mente alguns aspectos que carecem de análise, tendo em vista o princípio da economicidade que representa, em síntese, a promoção de resultados esperados como o menor custo possível.

Os aspectos que o administrador deve se atentar são aqueles relacionados à necessidade de se avaliar os custos de uma nova contratação, o que inclui também os custos indiretos, tais como:

- a) os relacionados à elaboração de um novo projeto básico e das especificações, que consomem muito esforço no levantamento das necessidades, definição de modelos de contratação e principalmente estimativas. Esse último comprovando-se por meio de três propostas válidas<sup>27</sup> para se definir o preço referencial;
- b) de execução da licitação, que pode durar meses em virtude de questionamentos, recursos, ações na justiça ou cautelares do TCU;
- c) de verificação de preços junto ao mercado nas prorrogações para fins de avaliação de manutenção da economicidade;
- d) logísticos para a instalação de uma nova contratada.

Assim, a elaboração de um termo aditivo a um contrato administrativo constitui-se como meio adequado para a consecução das atividades da Administração Pública, uma vez que os termos aditivos representam muitas vezes a solução mais cabível, tendo em vista a situação problema apresentada, quando as atividades desenvolvidas pela terceirização de mão de obra não podem sofrer com a falta de continuidade na prestação. Fato que pode ocorrer quando da elaboração de processos licitatórios, alternativa ao aditamento, que estão sujeitos a durar mais tempo do que o previsto.

Ante ao exposto, é possível afirmar que o meio mais eficiente não será necessariamente aquele que apresenta melhor resultado econômico-financeiro, mas aquele que realiza, em maior medida a consecução dos objetivos pretendidos, servindo de parâmetro de aferição da legitimidade do ato do agente público.

---

<sup>27</sup> Propostas de preços que atendam a todas as exigências do ato convocatório. A exigência de se apresentar três propostas válidas é tida como prática comum para subsidiar o preço de referência de todos os processos licitatórios, além da modalidade do convite. Na ocorrência de limitação de mercado ou desinteresse dos licitantes, o Administrador deve justificar a impossibilidade de se apresentar as três propostas.

## REFERÊNCIAS

- ALTOUNIAN, C. S. **Obras públicas**: licitação, contratação, fiscalização e utilização. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 409 p.
- AMARAL, A. C. C. O Princípio da eficiência no direito administrativo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 5, mar./maio 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2013.
- ARAGÃO, A. S. O princípio da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, nov./dez. 2005/jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2013.
- ÁVILA, H. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 mar. 2013.
- BINENBOJM, G. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, mar./maio 2008. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 mar. 2013.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. 863 p.
- DALLARI, D. de A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 306 p.
- DAVEL, E.; ALCADIPANI, R. Estudos críticos em administração: a produção científica brasileira nos anos 1990. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 43, n. 4 p. 72-85, out./dez. 2003.
- DINIZ, M. H. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 875 p.
- FLICK, U. **Qualidade na pesquisa qualitativa**. Porto Alegre: Artmed, 2009a. 196p.

FLICK, U. **Introdução à pesquisa qualitativa**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009b. 405p.

GERGEN, M. M.; GERGEN, K. J. Investigação qualitativa: tensões e transformações. In: DENZIN, N. K. **O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens**. Porto Alegre: Artmed, 2006. 432 p.

GUERREIRO RAMOS, A. A. **redução sociológica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 1996. 276 p.

GUSTIN, M. B. S.; DIAS, M. T. F. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 256 p.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. 55 p. Título original: Die Offene Gessellschaft der Verfassungsinterpreten ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" verfassungsinterpretation.

HESPANHA, A. M. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, A. M. (Org.). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. 34 p.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009. 427 p.

LIMA, R. C.. **Princípios do direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MANZO, A. J. **Manual para la preparación de monografias: uma guía para presentar informes y tesis**. Buenos Aires: Humanitas, 1971.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 297 p.

MARTINS-COSTA, J. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.

MARTINS, R. M. Contratos administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 16 maio 2012.

MEDAUAR, O. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 460 p.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. 872 p.

MIRANDA, P. de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. Parte Geral, Tomo III.

OLIVEIRA, L. Neutros e neutros. **Humanidades**, Brasília, v. 5, n. 10, p. 122-127, 1988.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. v. 1.

PEREIRA JÚNIOR, J. T. DOTTI, M. R. A responsabilidade dos fiscais da execução do contrato administrativo. **Boletim de Licitações e Contratos: teoria e prática das licitações e contratos**, v. 25, n. 6, p. 527-549, jun. 2012.

RIGATTO, S. H. **Princípios constitucionais do direito ambiental**. Lavras: Editora UFLA, 2013. No prelo.

RODRIGUES, S. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3, 432 p.

SANTOS, L. R. B. Princípio da eficiência e princípio da legalidade. Relação no controle de atos da administração pública. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 17, n. 3312, jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22304>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2009. 304 p.

SCHMIDT-ASSMANN, E. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.