

A constitucionalidade da extrapolação dos limites de alteração contratual previstos no parágrafo 1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993 em licitações financiadas pelo BID e pelo BIRD

The constitutionality of limits extrapolation of the contractual amendment according to the first paragraph of article 65 of federal law nº 8.666/1993 in biddings financed by the IDB and IBRD

Laerzio Chiesorin Junior

Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Guilherme Malucelli

Unicuriúba, Curitiba, Paraná, Brasil

Resumo: O presente artigo trata da constitucionalidade da diretriz internacional que possibilita a superação dos limites de alteração contratual em licitações financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD. O artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993 admite a aplicação das regras impostas por estes bancos internacionais em matéria de licitações e contratos administrativos, mesmo em detrimento da legislação nacional, desde que não conflitantes com o princípio do julgamento objetivo. Com atenção a esta permissão concedida pela Lei Geral de Licitações de se utilizar regras estranhas ao ordenamento jurídico brasileiro em licitações financiadas por tais organismos, analisa-se a constitucionalidade da regra internacional que admite a extrapolação dos limites previstos pelo artigo 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993 para a alteração dos contratos administrativos (ou seja, quando se realizam aditivos contratuais que superam 25% - ou 50% a depender do objeto do contrato – dos quantitativos originários), fixando-se as premissas necessárias para uma correta interpretação do art. 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993, comparando os preceitos e princípios constitucionais resguardados pelas normas colocadas em situação de conflito, realizando-se um controle de constitucionalidade da diretriz internacional e, por fim, colacionando-se circunstâncias externas que corroboram para a conclusão do presente trabalho. A metodologia de pesquisa do presente trabalho foi doutrinária e jurisprudencial e foi regida pelo método lógico-dedutivo.



Palavras-chave: Licitações internacionais; financiamento internacional; princípios constitucionais; controle de constitucionalidade; diretrizes internacionais.

Abstract: The present article is about the constitutionality of international guidelines that enables the limits to overcome the contractual amendment in bidding financed by Inter-American Development Bank (IDB) and International Bank for Reconstruction and Development (IBRD). Article 42, §5º, Law nº 8.666/1993, admits the application of rules imposed by these international banks in the matter of bidding and administrative contracts, even to the detriment of national legislation, as long as there are no conflicts with the principle of the objective judgment. Considering this allowed permission by the General Bidding Law of using odd rules to the Brazilian juridical system in financed biddings by such organisms, it is analyzed its constitutionality of the international rule that admits the limits extrapolation according to article 65, §1º, Law nº 8.666/1993, in order to change administrative contracts (that is, when executed contractual amendments are higher than 25% - or 50% depending on the contract object - from quantitative originary), fixing the necessary premises for a correct interpretation of the article 42, §5º, Law nº 8.666/1993, comparing to the constitutional precept and principles protected by the standards placed in a conflict situation, performing a constitutionality control of the international guidelines and, finally, collating external circumstances that corroborate for the conclusion of this present paper. The research methodology of this current paper was doctrinal, and jurisprudence and it was governed by the logic-deductive method.

Keywords: International biddings, international financing, constitutional principles, constitutionality control, international guidelines.

1. Introdução

A realidade brasileira sobre investimentos públicos em infraestrutura e outras áreas sensíveis ao desenvolvimento nacional está há anos atrelada à obtenção de financiamentos junto a bancos internacionais multilaterais dos quais o Brasil é parte. Como condição de tais financiamentos, devem os entes públicos brasileiros que pleiteiam os recursos adventícios se adaptar às diretrizes de tais instituições, especialmente em matéria de licitações e contratos administrativos.

Ocorre que muitas destas diretrizes estabelecem regras que conflitam com as normas brasileiras previstas na Lei Geral de Licitações. É por tal razão que o artigo 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) autoriza a aplicação das regras internacionais impostas por tais bancos em

detrimento da norma nacional em caso de conflito, desde que não violado o princípio do julgamento objetivo¹.

No presente artigo é analisada uma destas situações de conflitos. Mais especificamente, será tratado do conflito entre os itens 3, dos Apêndices 1, da Política de Aquisições do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e das Diretrizes para Aquisições do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD (BID, 2019; BIRD, 2011), e o §1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993. Explica-se.

Sendo um dos mutuários do BID (BID, 2020) e membro do BIRD (BIRD, 2020) o Brasil recebe financiamentos por tais instituições, estando submetido às suas diretrizes para aquisições e contratações de obras. Neste sentido, ambos os bancos possuem redações muito similares para regulamentar a admissão de alterações nos contratos administrativos por eles financiados. Trata-se dos itens 3 dos Apêndices 1 de suas políticas de aquisições, transcritos abaixo, respectivamente:

“3. No caso de contratos sujeitos a revisão ex ante, antes de conceder uma prorrogação substancial do prazo estipulado para a execução de um contrato ou aceitar uma modificação ou dispensa das condições de tal contrato, incluindo a emissão de uma ou várias ordens de mudança do mesmo (salvo em casos de extrema urgência), que em conjunto elevem o montante original do contrato em mais de 15% do preço original, o Mutuário deve solicitar ao Banco sua não objeção à prorrogação proposta ou modificação ou ordem de mudança. Se o Banco determinar que a proposta não está de acordo com as disposições do Contrato de Empréstimo ou do Plano de Aquisições, deve informar ao Mutuário a esse respeito o quanto antes, indicando as razões dessa determinação. O Mutuário deve enviar ao Banco, para seus arquivos, uma cópia de todas as adendas efetuadas aos contratos.” (BID, 2019, p. 35)

“3. Modificação do contrato assinado. Sempre que os contratos estiverem sujeitos a revisão prévia, antes de aceitar: (a) uma prorrogação significativa do prazo especificado para execução do contrato; (b) qualquer modificação expressiva no escopo dos serviços ou outras mudanças significativas dos termos e condições do

¹ Sabe-se que foi enviado para a sanção do Presidente da República o Projeto de Lei nº 4.253/2020 que, se sancionado em sua atual redação, revogará o artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993, na forma do seu artigo 1º, §3º, inciso II, alínea “b”, substituindo a exigência de não conflito com o julgamento objetivo pelo não conflito com os “princípios constitucionais”. Trata-se de mudança legislativa que em nada interfere para as conclusões do presente trabalho, ao contrário, só corrobora, eis que seu objeto é justamente analisar a “constitucionalidade” da regra internacional aqui estudada.

contrato; (c) qualquer mudança nas especificações ou emenda (salvo nos casos de urgência extrema) que, por si só ou em combinação com outras mudanças nas especificações ou emendas emitidas anteriormente, aumente o valor original do contrato em mais de 15% (quinze por cento) ou (d) uma proposta de rescisão do contrato, o Mutuário deverá solicitar a não objeção do Banco. Se o Banco determinar que a proposta é incompatível com as disposições do Acordo de Empréstimo e/ou do Plano de Aquisições, ele informará prontamente ao Mutuário, declarando as razões de sua decisão. Uma cópia de todas as alterações feitas no contrato deverá ser fornecida ao Banco, para seu registro.” (BIRD, 2011)

Veja-se que ambas as regras autorizam ilimitadamente, em tese, as alterações contratuais, desde que manifestada a “não objeção” do banco financiador para aquelas acima de 15% do valor original do contrato.

As regras acima, portanto, encontram-se em conflito com o aludido §1º do artigo 65, da Lei Federal nº 8.666/1993, que fixa limites para as alterações contratuais:

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

§ 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. (BRASIL, 1993)

Em consideração dos dispositivos acima, na hipótese de determinado gestor público autorizar um acréscimo de 35%, por exemplo, em um contrato administrativo de serviços financiado pelo BID ou BIRD, o conteúdo do §1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993 estará suprimido em sua totalidade. Eis a situação aparente de conflito que será analisada.

Nestas circunstâncias, ainda que justificada no artigo 42, §5º, da Lei Geral de Licitações, questiona-se a constitucionalidade da alteração contratual. Eis o objetivo deste artigo.

É necessário delimitar quais os critérios para a supressão da norma nacional, bem como os seus limites. Inicialmente será analisado o artigo 42, §5º, da Lei Nacional nº 8.666/1993 e a melhor interpretação que a doutrina vem extraindo do referido dispositivo. Fixar-se-ão, a partir daí, as premissas necessárias para analisar as regras postas em conflito: o artigo

65, §1º, da Lei Geral de Licitações e a regra internacional que possibilita a extrapolção dos limites de aditivos.

Há que se delimitar, também, os princípios e preceitos constitucionais resguardados pelas normas colocadas em situação de conflito, a fim de verificar se há incompatibilidade entre eles e, se afirmativo, realizar um controle de constitucionalidade que conforme a norma internacional à Constituição Federal. Serão apontadas ao final, ainda, circunstâncias externas que corroboram para a principal conclusão do presente trabalho.

Todas as conclusões deste artigo decorrem de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais cotejadas por meio do método lógico-dedutivo. Passa-se, desta forma, à explanação.

2. Análise interpretativa do artigo 42, §5º, da lei federal nº 8.666/1993: duas premissas em que se pauta o presente trabalho

Como explicado introdutoriamente, o artigo 42, §5º, da Lei Geral de Licitações autoriza que regras e procedimentos editados por organismos financeiros multilaterais substituam as normas nacionais correspondentes, desde que atendidos certos pressupostos².

A dificuldade encontrada no cotidiano das contratações públicas financiadas por estes bancos internacionais é extrair do conteúdo do mencionado artigo 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666/1993 a sua melhor interpretação para que sejam aferidos com segurança os exatos limites da aplicação irrestrita de tais regras internacionais.

É uma discussão antiga, apesar de se renovar de tempos em tempos, sempre que encontradas novas barreiras no caso concreto. A problemática deste trabalho propõe a solução para uma dessas barreiras.

Para tanto, mostra-se adequada uma análise sistemática do artigo 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666/1993, dada a vagueza de sua literalidade, a fim

² De acordo com Rafael Wallbach Schwind seriam eles: **a)** existência de recursos de origem estrangeira, e **b)** condição essencial imposta pelo organismo internacional para o repasse dos recursos (SCHWIND, 2013). Referidos pressupostos não serão objeto do presente trabalho, pois, para a finalidade deste estudo, presume-se que ambos já se fazem presentes.

de revelar as premissas que derivam do dispositivo legal, sobre as quais será assentado o presente estudo:

Art. 42, §5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (BRASIL, 1993)

É de se ressaltar, antes de investigar a axiologia da norma, que o enunciado prescritivo acima sofreu alteração pela Lei Federal nº 8.883/1994, substituindo a exigência de respeito aos “princípios basilares desta Lei” pelo respeito ao “princípio do julgamento objetivo”, como se vê do texto original:

Art. 42, §5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas na respectiva licitação, mantidos os princípios basilares desta Lei, as normas e procedimentos daquelas entidades e as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional. (Redação original) (BRASIL, 1993)

Sem qualquer intenção de revolver a “ultrapassada” – expressão utilizada por Lenio Streck ao lecionar sobre o tema³ – discussão entre a “vontade do legislador” (corrente subjetivista) e a “vontade da lei” (corrente objetivista), entende-se como relevante voltar ao passado e entender o histórico de elaboração da referida norma, ainda que seja

³ Ultrapassada porque, segundo o Autor, ambas as correntes, dos subjetivistas e dos objetivistas, são frequentemente utilizadas pelos aplicadores do Direito, e ambas possuem aspectos favoráveis e criticáveis. (STRECK, 1999)

apenas um dentre vários momentos de todo o processo hermenêutico para a sua compreensão axiológica.

Neste sentido, como visto, houve, com o advento de sua nova redação, a supressão da exigência de que as normas e procedimentos internacionais fossem compatíveis com os “princípios basilares” da Lei Geral de Licitações. Em que pese referida alteração gerar elevada atividade hermenêutica por parte dos intérpretes que, de certo modo, desconstruíram a literalidade da nova redação – conforme será explicitado adiante –, ela demonstra, no mínimo, uma preocupação do legislador em flexibilizar o regramento interno a fim de possibilitar, ao máximo, o atendimento às condições internacionais, afinal, tratam-se de regras feitas pelos responsáveis pelo financiamento da contratação.

Tal situação não significa qualquer sacrifício da soberania nacional em detrimento de interesses estrangeiros, até porque, como será demonstrado, existem filtros rigorosos de admissão da diretriz internacional. O que a vontade do legislador da atual redação do artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993 aponta é, em passando a regra estrangeira por tais filtros, que se atribua a ela a melhor interpretação que possibilite a sua máxima internalização, para facilitar importantes relações jurídicas cada vez mais presentes em um cenário globalizado.

Portanto, se relevante a hermenêutica da presente norma sob uma ótica subjetiva, sobressalta a intenção em flexibilizar ao máximo as normas internas de modo a se admitir, o quanto possível, a aplicação da norma editada pelo organismo internacional financiador. Esta é a primeira premissa.

Por outro lado, utilizando-se da hermenêutica objetivista, imprescindíveis contornos foram atribuídos à redação do §5º a fim de impedir qualquer análise estritamente literal que conflitasse com a lógica sistemático-constitucional das licitações e, conseqüentemente, com o próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Marçal Justen Filho, ao comentar o dispositivo legal em exame, afirma que “em qualquer caso, o princípio norteador será a prevalência da soberania nacional e a indisponibilidade dos interesses fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 927). E é seguindo tais diretrizes que, ao comentar especificamente a alteração do texto legal proporcionada pela Lei nº 8.883/1994 – o que apenas é achado nas edições mais antigas de sua

obra –, não hesitou em resguardar todos os “princípios norteadores da atividade da Administração Pública”⁴.

Por se compreender a ideia de que o regime jurídico administrativo forma um sistema de princípios desvinculáveis entre si, é que doutrinadores passaram a interpretar o artigo 42, §5º ignorando a supressão feita⁵. Em outras palavras, o legislador empreendeu esforços para desfazer a exigência de cumprimento dos princípios basilares da lei de licitações, mas os aplicadores da norma passaram a interpretá-la de maneira ampla reinserindo o necessário atendimento de tais princípios em seu sentido.

Nesta esteira, afirma Rafael Wallbach Schwind:

Na realidade, não basta que se observe o princípio do julgamento objetivo, como exige o §5º do artigo 42 da Lei nº 8.666. As regras aplicáveis às licitações financiadas por organismos internacionais devem observar todos os princípios fundamentais das licitações, tais como os da impessoalidade, isonomia, publicidade, moralidade, probidade administrativa e eficiência. O fato é que todos esses princípios se relacionam entre si, sendo impossível o isolamento e aplicação dissociada de apenas um deles em detrimento dos outros.

Assim, quando se refere à necessidade de observância do princípio do julgamento objetivo, o §5º do artigo 42 da Lei nº 8.666 deve ser interpretado de forma ampliativa, como fazendo referência a *todos* os princípios fundamentais das licitações, que, em última análise, são comandos inafastáveis de natureza constitucional. (SCHWIND, 2013, p.123-124)

Correto o entender do jurista, o qual é corroborado pelas lições de Carlos Ayres Britto ao afirmar que o elemento eidético das normas gerais

⁴ “Suprimiu-se a exigência de observância dos princípios basilares da Lei nº 8.666. Isso não significa, obviamente, autorização para superarem-se os princípios norteadores da atividade da Administração Pública. Quanto a isso, nem a própria Constituição Federal poderia promover uma renúncia incompatível com o princípio da República.” (JUSTEN FILHO, 2000, p. 425).

⁵ A exemplo de Toshio Mukai que, ao comentar sobre o tema, alega: “Fica, então, a questão: de acordo com o § 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93, nas licitações internacionais há que se observar tão-só as normas dos mencionados organismos financeiros internacionais e o princípio do julgamento objetivo? Pensamos que não. [...] Quanto ao princípio – embora a lei obrigue agora apenas a observância do princípio do julgamento objetivo –, é óbvio que os demais princípios inscritos no art. 3º da Lei nº 8.666/93 são indiretamente, de observância obrigatória, uma vez que, para que seja atendido o princípio do julgamento objetivo, haverá que se observar as regras do edital (vinculação ao instrumento convocatório), a competitividade e o princípio da igualdade (porque este é de ordem constitucional – art. 37, XXI, da CF).” (MUKAI, 1999, p. 68-69).

da Lei nº 8.666/1993 “é o desatamento de princípios e regras da própria Constituição” (BRITTO, 1997, p. 27).

Ainda, na mesma linha, a própria definição de Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que a “desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos” (MELLO, 2014, p. 54).

Conclusão que se faz com referidas manifestações é que o descumprimento de um princípio afeta todo o sistema, todo o restante. Assim, em que pese a intenção do legislador em facilitar e estimular as relações jurídicas com organismos internacionais, não é devida a substituição da exigência de cumprimento de um sistema de princípios – que, conforme lição supracitada de Carlos Ayres Britto, se trata de relançamento de temas já constitucionalmente versados (BRITTO, 1997) – pelo cumprimento de um único princípio, afinal, o desatendimento deste implica na ofensa de todos os demais.

É por tal constatação que se admite a internalização das regras editadas pelos organismos internacionais desde que compatíveis com a Constituição Federal, conseqüentemente com os princípios do regime jurídico administrativo e conseqüentemente com os princípios basilares da Lei nº 8.666/1993.

Apesar de alguns citarem apenas a Constituição Federal como elemento condicionante (CITADINI, 1997), outros mencionarem também os princípios gerais de licitação (COSTA, 2014), e outros “as normas pátrias” em geral⁶, entende-se que, em verdade, todos se referem ao mesmo núcleo, afinal o sistema jurídico-constitucional que disciplina as licitações envolve uma gama de princípios indissociáveis, os norteadores da Administração Pública, e os basilares das licitações. São, pois, inafastáveis. Esta é a segunda premissa pela qual se pauta o presente trabalho.

Referida premissa, por outro lado, não abrange todas as normas da Lei Geral de Licitações, irrestritamente. Como apontado por Anderson

⁶ Prejulgado nº 1.256, TCE-SC: “Salvo quando houver acordo formal para utilização de recursos do financiamento externo para pagamento de despesas realizadas pela entidade executora estadual antes da celebração do contrato de empréstimo do programa a ser financiado, a contratação dessas despesas deve ter por base legal a legislação nacional sobre licitações e contratos, podendo ser adotadas as normas do organismo internacional naquilo que não conflitar com as **normas pátrias**. (...)” (TCE-SC. 2003, on-line).

Sant'ana Pedra, existem normas da Lei nº 8.666/1993 que são substituíveis por regramentos estrangeiros, e já outras que não admitem afastamento⁷. Tal assunto será abordado em apartado, bastando, neste momento, o conhecimento de que existem normas da lei ordinária ora em apreço que são afastáveis e outras que não.

Ainda, para corroborar a conclusão da presente premissa, a manifestação do Tribunal de Contas da União:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO CUSTEADA COM RECURSOS FINANCIADOS POR INSTITUIÇÕES QUE COMPÕEM O GRUPO BANCO MUNDIAL. ENTENDIMENTO DO TCU. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A ANULAÇÃO DO CERTAME.

1. De acordo com o art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, é possível a realização de processos licitatórios que obedeçam às condições previstas em contratos assinados com instituições financeiras multilaterais e, ainda, a adoção de procedimentos por elas exigidos.

2. Nada obstante, consoante a Decisão nº 1.640/2002 - Plenário, eventual contrato de empréstimo internacional não pode conter cláusulas conflitantes com a Constituição Federal, uma vez que os princípios constitucionais prevalecem em caso de divergência com as normas dos organismos de financiamento, sendo cabível, ainda, a aplicação subsidiária dos ditames da Lei nº 8.666/1993.

3. A exigência não justificada, do ponto de vista técnico-econômico, de experiência mínima de dez anos na prestação de serviços similar ao licitado consubstancia restrição ao caráter competitivo do certame.

4. Deve ser fixado prazo para a anulação de certame maculado do vício insanável da restrição à competitividade. (TCU, 2014).

Diante do que até aqui foi investigado, tem-se, portanto, a presença de duas premissas: **a)** que se dê a maior aplicação possível às regras exigidas pelos organismos internacionais financiadores da contratação pública; **b)** a admissão de regras estrangeiras não deverá ocorrer em prejuízo da soberania nacional e do interesse público, devendo estas serem compatíveis

⁷ Para tanto, o Autor faz a distinção entre “normas-regra” (afastáveis) e as “normas-princípio” (inafastáveis) (PEDRA, 2006). Para os fins do presente trabalho, referida classificação não será utilizada, mas sim aquela proposta por Carlos Ayres Britto: “normas substanciais” e “normas adjetivas” (BRITTO, 1997).

com a Constituição Federal e, conseqüentemente, com os princípios norteadores da Administração Pública, inclusive em matéria de licitações.

Atentando-se para estas duas premissas, prossegue-se com o desafio proposto. Afinal, a partir de então, sempre com o esforço de se possibilitar a aplicação com máxima eficácia da regra internacional aqui em apreço, deve-se examinar se esta é compatível com a Constituição Federal e com os princípios norteadores da Administração Pública, inclusive em matéria de licitações.

3. Compatibilidade das diretrizes internacionais com a constituição federal

Conforme brevemente explicitado no último tópico, não são todas as disposições da Lei nº 8.666/1993 que são inafastáveis, pelo contrário, grande parte do diploma em discussão é formada por normas substituíveis. É que, no entendimento de Carlos Ayres Britto, por mais que a Lei Geral de Licitações seja responsável por “normas gerais” de licitação, isto não admite a elevação de todas estas normas ao status de normas-princípio (BRITTO, 1997):

É também a partir desta colocação preliminar que não aceitamos de modo absoluto ou sem ressalva a categorização das normas gerais como princípios-*em-si*; quer dizer, como princípios inteiramente estabelecidos *ex-novo*, no sentido de sua não necessária recondução à materialidade da Constituição Federal de 1988. E porque assim pensamos, não nos parece de todo acertado o juízo de serem as normas gerais sobre licitação uma imperiosa fórmula paramétrica, um molde rígido, uma orientação ou milimétrico roteiro, enfim, se por total roteirização se deva entender um limite ao mesmo tempo negativo e positivo para a legislação específica das ordens federadas distintas da União. (BRITTO, 1997, p. 21)

De fato, embora as normas gerais sempre estejam vinculadas ao conteúdo constitucional, dando-lhe concreção e conceituação (BRITTO, 1997), isto não as torna absolutas. Ainda que estas normas revelem em diferentes graus o resguardo de valores e preceitos constitucionais, elas não encarnam o princípio constitucional *per se*, mas apenas estabelecem diretrizes para o seu cumprimento. Neste sentido, as palavras de Lúcia Valle Figueiredo em clássico texto sobre a competência administrativa dos estados e municípios:

Sintetizando podemos afirmar: normas gerais, no ordenamento brasileiro, têm características diferenciadas das normas (classicamente também denominadas de

gerais), dispõem de forma homogênea para determinadas situações para garantia da segurança e certeza jurídicas, estabelecem diretrizes para o cumprimento dos princípios constitucionais expressos e implícitos, sem se imiscuírem no âmbito de competências específicas dos outros entes federativos. (FIGUEIREDO, 1997, p. 10)

O que parece ocorrer quando se menciona o “respeito aos princípios basilares da Lei Geral de Licitações”, é que, pelo conteúdo genérico que apresentam as normas gerais, muitos confundem estas - talvez por se basearem na distinção entre princípios e regras de acordo com o seu grau de abstração⁸ - com efetivos princípios. Daí advém uma tendência em se imaginar as regras internacionais exercendo uma função meramente complementar às normas gerais, sem poder contrariá-las.

Referida visão é equivocada, pois o artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993 colocou as regras internacionais em posição de hierarquia semelhante às normas gerais nacionais, podendo, inclusive, substituí-las nas licitações financiadas por organismos estrangeiros, se atendidos os princípios constitucionais e basilares das licitações.

Partindo-se da ideia de que normas gerais não se identificam necessariamente com princípios, pois apenas estabelecem as diretrizes necessárias para o cumprimento destes, tem-se que, desde que as normas internacionais também busquem resguardar o cumprimento dos mesmos princípios que as normas gerais, nada impede a substituição, por mais que estas estabeleçam diferentes diretrizes – lê-se: diferentes caminhos –, pois a finalidade é a mesma: a proteção de iguais princípios.

É por isso que as diretrizes impostas pelos organismos financeiros multilaterais podem conviver com o ordenamento jurídico brasileiro⁹, pois aquelas, ainda que sejam materialmente diversas das normas internas, buscam o resguardo de idênticos princípios.

⁸ Cita-se aqui Humberto Ávila, forte crítico às teorias de DWORKIN e ALEXYS, o qual, em sua obra, insiste no critério do “grau de abstração”, aprofundando-o de modo a definir que a distinção entre princípios e regras é “o grau de determinação do fim e da conduta” (ÁVILA, H., 1999).

⁹ Neste sentido, Anderson Sant’ana Pedra afirma que “as guidelines, por si só, não afrontam o ordenamento jurídico nacional, mas sim a “interpretação” que costumeiramente alguns agentes públicos conferem a essas normas, maculando a competitividade do certame, e por consectário lógico atingindo de morte os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.”. (PEDRA, 2006, p. 17)

Situação outra seria se a regra internacional em conflito se voltasse à proteção de valores jurídicos estranhos ao regime administrativo brasileiro, ou mesmo afastasse a incidência de um dos princípios resguardados pela norma nacional correspondente. Neste caso, prevaleceria a norma nacional, com a impossibilidade de substituição.

Resta, nesta esteira, analisar os princípios que se encontram protegidos pelas normas aqui em discussão: o artigo 65, §1º, da Lei Geral de Licitações, e os itens 3, dos Apêndices 1, das diretrizes do BID e do BIRD.

3.1. Princípios resguardados pelas normas conflitantes

Partindo-se da ideia até aqui trabalhada de que normas gerais possuem como função precípua o estabelecimento de diretrizes para o cumprimento dos princípios por elas resguardados e, tendo-se em conta que o artigo 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666/1993 possui disposição expressa acerca da prevalência das regras internacionais quando, ainda que por diretrizes distintas, buscarem o resguardo dos mesmos princípios da norma nacional correspondente, impõe-se a análise dos princípios resguardados pelas duas normas aqui colocadas em situação de conflito¹⁰.

Se as normas conflitantes buscarem o resguardo de princípios distintos, ou melhor, se a regra internacional eliminar a observação de algum princípio protegido pela norma nacional, a regra internacional deverá ser imediatamente expurgada. Por outro lado, se ambas as normas, ainda que por caminhos diversos, possuírem por finalidade a proteção de idênticos princípios, ou, ainda, admitirem interpretação que conforme a

¹⁰ Quando nos utilizada a expressão “conflito”, de plano se discorda daqueles que entendem que o artigo 65, §1º, da Lei nº 8666/1993, e a regra internacional podem ser harmonizadas. A dita tentativa de harmonização das duas normas acaba por anular por completo o sentido da regra internacional, tornando-a inócua. É que, a razão de existir de uma regra que autoriza aditivos acima de determinado limite percentual, desde que submetidos a uma avaliação mais acurada do organismo internacional, é justamente possibilitar o exame de casos excepcionais e outras circunstâncias específicas do caso concreto. Entende-se que a regra internacional conflita com a norma nacional, não podendo aquela ser interpretada de modo a perder sua própria essência. Ademais, entende-se que o princípio da harmonização serve para a pacificação de conflitos entre princípios ou entre garantias fundamentais, e não entre regras. Para o conflito entre regras, vale a máxima do “tudo ou nada” estabelecida por DWORKIN, qual seja, de que ou a regra é em sua integralidade aplicada, ou ela é considerada inválida em sua integralidade (DWORKIN, 1991. Apud ÁVILA, H., 1999)

sua aplicabilidade ao resguardo destes, a internalização da regra internacional será possível. Passa-se à explanação.

Dispõe o artigo 65, §1º, da Lei Nacional nº 8.666/1993:

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

§ 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.(BRASIL, 1993)

Depreende-se do dispositivo legal em destaque que a Lei Geral de Licitações estabelece limites (25% e 50%) de alteração nos contratos administrativos. Em que pese forte divergência jurisprudencial e doutrinária acerca da melhor interpretação a ser atribuída ao texto legal, definindo-se para quais casos de alterações – qualitativas ou quantitativas, unilaterais ou amigáveis – seriam aplicáveis tais limites¹¹, fato é que o enunciado prescritivo apenas dispõe, genericamente, que “nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder” os mesmos¹².

Sem pretensão de adentrar – ao menos por hora – às nuances epistemológicas dos inúmeros institutos dispostos pelo artigo 65 da Lei nº 8.666, uma conclusão se pode extrair com certa tranquilidade, não apenas dos já referidos limites previstos no §1º, mas de todas as regulações que condicionam as alterações contratuais presentes na Seção III do Capítulo III da Lei de Licitações, a saber: existem limites para as alterações dos contratos administrativos. Podendo elas serem cláusulas exorbitantes favoráveis à Administração Pública, de forma alguma identificar-se-ão

¹¹ Há uma corrente doutrinária, representada por Celso Antônio Bandeira de Mello, Antônio Carlos Cintra do Amaral, Marçal Justen Filho, que entende serem aplicáveis tais limites apenas para as alterações unilaterais quantitativas, mas não às amigáveis qualitativas. Outra corrente, em sentido contrário, liderada por Jessé Torres Pereira Júnior, Diógenes Gasparini e outros, entende de maneira mais conservadora pela aplicação dos limites a qualquer tipo de alteração contratual. Esta última, inclusive, é acompanhada pelo Tribunal de Contas da União, que prevê excepcionalíssima justificativa para a desobediência dos limites, se atendida uma série de requisitos, sem diferenciar licitação quantitativa de qualitativa. A abordagem sobre referida divergência de entendimentos ganhará especial atenção em tópico específico.

¹² Única exceção prevista na norma é a supressão amigável, conforme dispõe o §2º, inciso II. (BRASIL. 1993)

como “privilégios”¹³ desta. Trata-se de instituto jurídico que jamais autorizará o seu uso arbitrário.

Não inovando no tema, mas propondo a sua visualização sob ótica diversa – mesmo porque há que ser privilegiado o entendimento de Genaro Rubén Carrió de que as classificações não são verdadeiras nem falsas, mas sim úteis ou inúteis (CARRIÓ, 1973) –, entende-se, sinteticamente, que as limitações às alterações contratuais podem decorrer basicamente, mas não necessariamente de forma acumulativa, de três condicionantes: **a)** o interesse público¹⁴; **b)** a própria higidez e legitimidade do processo licitatório¹⁵, e **c)** os direitos subjetivos dos particulares, contratados ou aqueles que foram licitantes do objeto a ser alterado¹⁶. Dentre estas condicionantes, entende-se que a limitação de alteração contratual prevista no §1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993 preceitua a

¹³ Expressão utilizada por Marçal Justen Filho ao separar a discricionariedade administrativa à situação de prerrogativa ou privilégio desta nas alterações contratuais: “Em primeiro lugar, o poder jurídico da Administração Pública para introduzir alterações contratuais, não reflete uma situação jurídica de “privilégio” em face do particular contratado.” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1170)

¹⁴ Segundo Marçal Justen Filho, “a alteração se legitima juridicamente como um meio de melhor realizar os interesses coletivos.” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1170). Opta-se pelo uso do conceito de “interesse público” – apesar de abstrato, supre satisfatoriamente a preocupação aqui abordada –, dentro da ideia proposta por Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado, a qual enfatiza que “em abstrato, o conteúdo do interesse público não pode ser contrário aos direitos fundamentais” (GABARDO; SALGADO, 2016).

¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello ao comentar o §4º do artigo 55, do Decreto-Lei nº 2.300/1986: “Fácil é ver-se que as advertências ou cautelas de balizamento ao permissivo contido no parágrafo 4º teriam de fundar-se em outro calço e este só poderia ser o objetivo de prevenir que se convertesse em meio de fraude ao princípio da licitação, (...)” (MELLO, 2005, p. 6). Interessante a demonstração da opinião do Autor, mesmo com relação à legislação pretérita, hoje nem mais em vigor, visto que, àquela época, havia expressa autorização de ultrapassagem dos limites de 25% e 50% e, mesmo naqueles casos, assim como nos dias de hoje (MELLO, 2005), o entendimento do referido Autor não mudou, qual seja, que qualquer alteração não pode resultar em fraude ao princípio da licitação. Sobre o “princípio da licitação”, inclusive, o STF, por meio do julgamento da ADI nº 1.917, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 26/04/2007, entendeu que a licitação, na forma como trazida pelo art. 37, inciso XXI, da CF, foi elevada à “categoria de princípio”. (STF, 2007, on-line)

¹⁶ Retoma-se o entendimento de Marçal Justen Filho, o qual expressa o direito subjetivo dos particulares, seja em homenagem ao princípio da isonomia, com relação aos outros licitantes que participaram daquele determinado certame, seja em relação ao próprio contratado, que possui o direito de manutenção da equação econômico-financeira do contrato (JUSTEN FILHO, 2016). Ainda sobre o tema, Lucas Rocha Furtado e Augusto Sherman Cavalcanti elucidam a necessidade de, ao menos para alterações unilaterais, a lei estabelecer limites concretos e fixos, a fim de proporcionar segurança ao particular que, ao identificar previamente tais limites para alterações compulsórias, poderá nisso pautar os riscos em sua proposta (FURTADO; CAVALCANTI, 1999).

segunda – como forma de proteção ao princípio da licitação –, e a terceira – os direitos subjetivos dos particulares contratados.

Preceitua a segunda porque não há sentido em se permitir, na execução do contrato, alterações que desfigurem por completo a finalidade da licitação que lhe precedeu. Veja-se que a importância de uma alteração contratual se manter nos limites do objeto licitado conduz à conclusão que, se violado o princípio da licitação, naquela ideia anterior de que a violação de um princípio resulta na violação de todo o sistema, muitos outros princípios, a exemplo o da probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, e isonomia, serão igualmente violados.

Já no que tange à terceira condicionante, “direitos subjetivos dos particulares”, por mais que o §6º da norma garanta a estes o incremento da equação econômico-financeira na mesma proporção que ocorrer a alteração¹⁷, entende-se que a autorização indiscriminada da administração pública de impor unilateralmente alterações no contrato pode levar, ainda assim, ao prejuízo dos direitos dos contratados. Neste sentido as palavras de Carlos Ari Sunfeld:

Se a Administração pudesse impor ao particular a ampliação desmesurada de suas obrigações, mesmo com a garantia de incremento da remuneração, poderia, em muitos casos, inviabilizar o cumprimento do contrato. É que, de um lado, a empresa pode não ter capacidade operacional para atender ao aumento de suas obrigações; de outro, a realização das prestações acrescidas, pelo mesmo preço unitário previsto no contrato, pode resultar excessivamente onerosa. (SUNDFELD, 1992, p. 153)¹⁸

Diante do exposto, depreende-se a presença de dois preceitos constitucionais que se encontram albergados na norma nacional em discussão: **a)** o primeiro é o próprio princípio da licitação; **b)** o segundo são os próprios direitos do contratado, pelos motivos aqui retratados.

Passa-se à análise das diretrizes internacionais. Como já mencionado anteriormente, as regras internacionais aqui discutidas correspondem ao item 3, Apêndice 1, da Política de Aquisições do Banco Interamericano de

¹⁷ “Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”. (BRASIL, 1993)

¹⁸ Veja-se que referida condicionante se aplica apenas às alterações unilaterais. Em havendo alteração amigável, o particular expressamente aceita o novo encargo que terá de suportar.

Desenvolvimento – banco criado para fomentar o desenvolvimento da América Latina e Caribe, do qual o Brasil é um dos países mutuários -, bem como o item 3, Apêndice 1, das Diretrizes de Aquisições do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – banco criado com a finalidade de conceder empréstimos a países em desenvolvimento, do qual o Brasil é membro -, respectivamente:

“No caso de contratos sujeitos a revisão ex ante, antes de conceder uma prorrogação substancial do prazo estipulado para a execução de um contrato ou aceitar uma modificação ou dispensa das condições de tal contrato, incluindo a emissão de uma ou várias ordens de mudança do mesmo (salvo em casos de extrema urgência), que em conjunto elevem o montante original do contrato em mais de 15% do preço original, o Mutuário deve solicitar ao Banco sua não objeção à prorrogação proposta ou modificação ou ordem de mudança. Se o Banco determinar que a proposta não está de acordo com as disposições do Contrato de Empréstimo ou do Plano de Aquisições, deve informar ao Mutuário a esse respeito o quanto antes, indicando as razões dessa determinação. O Mutuário deve enviar ao Banco, para seus arquivos, uma cópia de todas as adendas efetuadas aos contratos.” (BID, 2019, p. 35)

“3. Modificação do contrato assinado. Sempre que os contratos estiverem sujeitos a revisão prévia, antes de aceitar: (a) uma prorrogação significativa do prazo especificado para execução do contrato; (b) qualquer modificação expressiva no escopo dos serviços ou outras mudanças significativas dos termos e condições do contrato; (c) qualquer mudança nas especificações ou emenda (salvo nos casos de urgência extrema) que, por si só ou em combinação com outras mudanças nas especificações ou emendas emitidas anteriormente, aumente o valor original do contrato em mais de 15% (quinze por cento) ou (d) uma proposta de rescisão do contrato, o Mutuário deverá solicitar a não objeção do Banco. Se o Banco determinar que a proposta é incompatível com as disposições do Acordo de Empréstimo e/ou do Plano de Aquisições, ele informará prontamente ao Mutuário, declarando as razões de sua decisão. Uma cópia de todas as alterações feitas no contrato deverá ser fornecida ao Banco, para seu registro.” (BIRD, 2011, p. 43)

As normas de convergência do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD (PNUD, 2004) – em que pese não se tratar de documento elaborado sob a inteligência do artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993, o que será mais bem trabalhado em tópico específico –, por sua vez, estabelecem que alterações acima de 20%, deverão ser submetidas à aprovação do “Comitê Local de Contratos - LCC”. Ponto comum entre tais diretrizes internacionais é que, superados os limites percentuais nelas

previstos, os aditivos contratuais são submetidos à aprovação dos respectivos órgãos.

Ao comentar o dispositivo que regulamenta os aditivos contratuais do PNUD, Rafael Wallbach Schwind destaca qual é a finalidade da submissão da alteração ao “LCC”:

Essas alterações, entretanto, devem ser aprovadas pelo Comitê Local de Contratos (LCC) – quando o total dos aditivos é superior a 100 mil dólares ou quando o total dos aditivos corresponde a mais de 20% do contrato original. O Comitê Local de Contratos deve verificar se os aditamentos são justificáveis, ou se estão servindo como burla à realização de uma nova licitação. (SCHWIND, 2013, p. 266)

Observa-se da opinião do Autor que referida regra internacional busca resguardar – assim como a norma nacional correspondente – o princípio da licitação. De fato, as diretrizes dos bancos internacionais multilaterais realizam a persecução dos mesmos objetivos que a Lei Geral de Licitações, inclusive com a observância dos mesmos princípios. Nenhum dos princípios elencados na Política de Aquisições do BID (BID, 2019) (“Valor pelo dinheiro” – cujo conceito remete à ideia de vantajosidade da contratação –; Economia; Eficiência; Igualdade; Transparência e Integridade), por exemplo, são incompatíveis com os princípios elencados no artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666, ou mesmo com os princípios constitucionais previstos pelo artigo 37, da Constituição Federal. De igual forma, há que se mencionar os princípios do BIRD (BIRD, 2011) que também remetem à ideia de contratação vantajosa, econômica, eficiente, isonômica, impessoal e transparente.

Deste modo, tendo em vista que o banco determinará se o aditivo está de acordo com o Contrato de Empréstimo ou com a Política de Aquisições, conforme previsto na própria regra internacional anteriormente citada, parece que um dos aspectos a serem apreciados pelo organismo internacional é justamente se a eventual alteração contratual não resultará em burla ao princípio da licitação, e conseqüentemente, aos demais princípios correlatos (isonomia, probidade, etc.).

Há identidade, portanto, entre as normas aqui colocadas em análise – §1º do artigo 65 da Lei Geral de Licitações e as normas internacionais mencionadas – ao menos no que tange à proteção do princípio da licitação. Conquanto a nacional seja mais específica e vinculativa ao Administrador

Público, a internacional é mais aberta e flexível¹⁹, outorgando certa faixa de discricionariedade ao Poder Público e ao organismo internacional para averiguarem as circunstâncias do caso concreto. Mas nenhuma delas, é importante frisar, autorizam a violação do princípio da licitação.

Nada obstante, o mesmo não se pode extrair, ao menos em *prima facie*, com relação ao direito do contratado de saber com previsibilidade os exatos limites de alteração unilateral por parte da Administração Pública a fim de pautar com confiabilidade sua proposta. É que, diferentemente do artigo 65, da Lei nº 8.666/1993, a regra internacional não diferencia as figuras da alteração amigável e da alteração unilateral, de modo que, conseqüentemente, não visualiza a alteração contratual sob a ótica impositiva do Poder Público. Ou seja, a proteção dos direitos do contratado não se faz presente apenas com os elementos objetivos extraíveis da norma internacional em comento.

Questionar-se-ia, diante do exposto, a constitucionalidade das regras internacionais. Ocorre que, ainda há a questão da possibilidade de se imprimir interpretação a estas de forma a amoldá-las aos preceitos constitucionais necessários.

Faz-se necessário, pois, o exame das técnicas de controle de constitucionalidade disponibilizadas no ordenamento jurídico pátrio.

¹⁹ Estas são características não apenas observadas na regra de alteração contratual, mas sim em todas as *guidelines* de uma forma geral. Os procedimentos previstos no regramento dos organismos internacionais costumam de fato ser mais maleáveis em comparação ao regramento nacional. Marçal Justen Filho ao comentar sobre a referida “flexibilidade” das regras internacionais enfatiza a impossibilidade de se substituir a disciplina legal e procedimentos objetivos pela discricionariedade do administrador (JUSTEN FILHO, 2016). Visualiza-se o entendimento acima com ressalvas. Correto o jurista quando sua preocupação está voltada ao processo licitatório e ao princípio do julgamento objetivo, afinal, nestes casos, a segurança jurídica decorre necessariamente de um rito previamente previsto. Não obstante, o caso aqui em comento não compete mais à fase de licitação, mas sim à execução contratual, o que demanda entendimento diverso. Especificamente para a matéria das alterações contratuais, entende-se que a regra internacional em exame se amolda de maneira mais adequada ao enfoque dado por Celso Antônio Bandeira de Mello ao tema: “(...) o que importava e importa verificar é quando – em que circunstâncias – a realização do interesse público justificaria a superação consensual dos limites de acréscimo determináveis unilateralmente pela Administração, sem com isto comprometer os impostergáveis valores residentes no princípio da licitação.” (MELLO, 2005, p. 6).

3.2. A possibilidade de interpretação da regra internacional em conformidade com a constituição

Ao contrário do que o sentido estritamente semântico da expressão possa denotar, o “controle de constitucionalidade” não serve para determinar um juízo definitivo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma. Em verdade, conforme leciona Ana Paula Oliveira Ávila, o controle de constitucionalidade pode emitir dois tipos de Juízo: o conclusivo e o intermediário.

O conclusivo declara, de maneira definitiva, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma (ÁVILA, A., 2015). Já o intermediário se utiliza de técnicas que privilegiam a manutenção da norma em exame no ordenamento jurídico (ÁVILA, A., 2015), são elas: **a)** a interpretação conforme a Constituição e **b)** a declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

Entende-se que, não apenas em razão do princípio do *in dubio pro norma*, mas também em razão da primeira premissa levantada neste trabalho – a qual determina a máxima aplicação da regra internacional nas licitações financiadas por organismos internacionais –, deve-se buscar, antes da imediata declaração de inconstitucionalidade da regra internacional, a compatibilização desta com o ordenamento jurídico pátrio mediante o uso das técnicas de juízo intermediário de constitucionalidade. É dizer, em sendo possível a realização do juízo intermediário, não há que se declarar a inconstitucionalidade integral da norma, expurgando-a do ordenamento jurídico.

Dentre as técnicas de juízo intermediário de constitucionalidade, a técnica da interpretação conforme a Constituição se aplica ao preservar a manutenção da norma no ordenamento jurídico impondo um elemento interpretativo condicionante²⁰. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, na interpretação conforme a Constituição a declaração de constitucionalidade só é possível se ela for aplicada de acordo com a interpretação dada pelo Poder Judiciário (MENDES, 2012).

²⁰ Ana Paula Oliveira Ávila exemplifica: “a norma é constitucional, desde que...”. (ÁVILA, A., 2015, p. 606).

Já a declaração parcial de nulidade sem redução de texto consegue prever hipóteses concretas de aplicação da norma em que ela se torna inconstitucional, declarando-se a inconstitucionalidade concreta de tais normas (ÁVILA, A., 2015).

Diante da conceituação acima, Ana Paula Oliveira Ávila diferencia as duas técnicas afirmando que a primeira opera a exclusão de sentidos normativos, já a segunda opera a exclusão de hipóteses concretas de aplicação (ÁVILA, A., 2015).

O caso aqui em discussão é a tentativa de impedir que a regra internacional seja utilizada de modo a ferir o princípio da licitação e, simultaneamente, lesionar os direitos subjetivos do particular contratado.

Como dito anteriormente, a finalidade de submissão de aditivos para o crivo do organismo financiador é justamente possibilitar que este aprecie os motivos técnicos que justificam a alteração contratual de modo a evitar que o objeto licitado seja subvertido, ou seja, não haveria necessidade sequer de realizar um juízo de controle de constitucionalidade neste aspecto. Não obstante, como a norma nacional é muito mais específica e vinculativa a despeito de a regra internacional deixar o caso concreto a cargo discricionário do ente financiador, entende-se como prudente excluir dela qualquer sentido normativo que possa autorizar uma burla ao princípio da licitação.

São inúmeras as hipóteses concretas em que poderia haver uma subversão do objeto contratado, restando de remota viabilidade a aplicação da técnica da declaração parcial de nulidade sem redução de texto para prever todas as hipóteses concretas que bloqueariam a incidência da regra internacional. Assim, entende-se como de maior adequação a aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição a fim de excluir qualquer sentido normativo que possibilite a subversão do objeto e, conseqüentemente, a burla ao princípio da licitação.

De igual maneira se consigna em relação aos direitos subjetivos do particular. Como dito no tópico anterior, o contratado precisa saber com previsibilidade e segurança qual é o limite em que a Administração Pública poderá lhe impor uma alteração unilateral. As regras internacionais aqui analisadas não fornecem tal elemento.

Opção não resta, neste sentido, senão atribuir interpretação à norma conforme a Constituição no sentido de que, quando os limites percentuais forem ultrapassados e o aditivo for submetido ao crivo do organismo internacional para a sua “não objeção”, a alteração contratual só poderá ser amigável, jamais unilateral.

Isto não significa que o Poder Público não poderá realizar alterações unilaterais – referido entendimento seria inconstitucional, afinal, o regime jurídico administrativo impõe a existência de cláusulas exorbitantes no contrato administrativo –, mas que referidas alterações unilaterais só estarão autorizadas dentro do limite percentual previsto nas regras internacionais. Extrapolando-se o limite com a submissão do aditivo à “não objeção” dos bancos financiadores, a alteração só será viável com a concordância do contratado.

Portanto, diante do aqui exposto, mediante um juízo intermediário de interpretação da regra internacional conforme a Constituição Federal, conclui-se pela constitucionalidade da norma, desde que ela não seja de maneira alguma utilizada de modo a autorizar a subversão do objeto contratado e, quando o aditivo ultrapassar o limite percentual previsto na norma, que a alteração seja amigável.

3.3. Outras circunstâncias que corroboram para a conclusão de constitucionalidade das regras internacionais

Existem elementos externos à análise constitucional das normas postas em exame que corroboram para a conclusão de admissibilidade de uma regra internacional que permita a extrapolação dos limites de 25% e 50% previstos na Lei nº 8.666/1993 para a alteração de contratos administrativos.

O primeiro deles é o fato de antes mesmo da entrada em vigor da Lei Nacional nº 8.666/1993 existir norma que possibilitava a ultrapassagem de tais limites desde que não alterado o objeto contratado.

Era o que dispunha o artigo 55, §4º, do Decreto-Lei nº 2.300/1986:

Artigo 55. Os contratos regidos por este decreto-lei poderão ser alterados nos seguintes casos: (...)

§4º No caso de acréscimo de obras, serviços ou compras, os aditamentos contratuais poderão ultrapassar os limites previstos no § 1º deste artigo, desde que não haja alteração do objeto do contrato. (BRASIL, 1986)

Por mais que a edição do Decreto-Lei nº 2.300/1986 tenha ocorrido em período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, referida norma foi recepcionada pela Constituição e seguiu vigente até o ano de 1993, quando foi sancionada a atual Lei Geral de Licitações. (MELO FILHO, 1988)

Vê-se como de todo incongruente o fato de uma regra que hoje possibilite a extrapolção dos limites de 25% e 50% ser considerada inconstitucional quando, no passado, existia uma regra interna de conteúdo muito similar que produzia plena eficácia e se encontrava sob a égide da recentíssima Carta Magna de 88.

Tem-se conhecimento da divergência de entendimentos que referida norma produziu à época²¹, mas em momento algum se questionou a constitucionalidade em si, tão somente houve interpretações que divergiam quanto à melhor aplicabilidade da regra.

Ou seja, *in fine*, a doutrina produzia esforços justamente para cancelar a extrapolção dos limites, sem qualquer discussão de nível constitucional sobre a necessidade de excluí-la do ordenamento jurídico.

Independentemente das multifacetadas interpretações realizadas à época – que, em geral, muito se assemelhavam com as conclusões deste trabalho, qual seja, a preocupação com o princípio da licitação e com os direitos do particular –, o que se conclui é que os limites de 25% e 50% estão longe de serem absolutos no nível constitucional. Mesmo porque, como dito, não são princípios constitucionais, mas decorrem de regra fixada no plano infraconstitucional, da qual a própria jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU, 1999) já vem admitindo o seu descumprimento em certos casos – mormente quando o respeito irrestrito de tais limites incorre na violação ao princípio da eficiência.

Em tempo, há um segundo elemento externo que merece ser brevemente destacado. Como já foi comentado em tópicos anteriores, o Manual de Convergências do Programa das Nações Unidas para o

²¹ Sobre o assunto, ver: (MELLO, 2005)

Desenvolvimento – PNUD prevê regra que possibilita a extrapolação dos limites de 25% e 50%, em moldes muito similares aos demais organismos internacionais citados.

Ocorre que a criação do Manual de Convergências não ocorreu sob a inteligência do artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993. Referido manual decorreu do cumprimento pela Agência Brasileira de Cooperação de decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (TCU, 2001) determinando que o PNUD não poderia se beneficiar do dispositivo legal supracitado, por não ser um financiador propriamente dito, mas mero intermediador de recursos nacionais. Neste ínterim, suas regras de licitação deveriam se amoldar completamente à Lei Geral de Licitações, não havendo possibilidade de afastamento da Lei nº 8.666/1993 em caso de conflito com as regras impostas pelo PNUD.

Neste contexto adveio o referido manual, o qual passou por detalhado exame do TCU, sendo reconhecida a sua plena compatibilidade com a Lei nº 8.666/1993, por meio do Acórdão TCU nº 946/2004 – Plenário (TCU, 2004).

Vê-se como de todo incongruente o fato de, em um regramento que deveria se enquadrar perfeitamente à lei nacional, referida regra internacional ser admitida pelo TCU e, em situação diversa, em que se faculta a admissão de regras divergentes com a lei nacional, ser a mesma regra rechaçada pelos intérpretes do direito e julgadores.

De fato, com tanta resistência contra uma regra internacional que permita a extrapolação de tais limites, parece que o §1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993 está, em verdade, sendo superestimado, recebendo um status que não é de sua essência. Enfim, a mensagem é: os limites da norma supracitada não são princípios nem mesmo dentro da Lei de Licitações, e muito menos em nível constitucional.

Conclusão outra inexistente, diante de toda a análise aqui feita, senão a que confere possibilidade de admissão das regras internacionais que autorizam a extrapolação dos limites de 25% e 50% para alterações contratuais em licitações financiadas por organismos estrangeiros, por não infringirem tanto os princípios constitucionais quanto os princípios basilares da Lei Geral de Licitações, desde que, é claro, a tais normas seja aplicada interpretação conforme à Constituição Federal, cujas condicionantes são: **a)** não poderá o aditivo contratual incorrer em

subversão do objeto, o que apenas pode ser examinado no caso concreto; **b)** referido aditivo deverá, necessariamente, ocorrer de maneira amigável, com a anuência de ambas as partes do contrato.

4. Conclusão

A principal conclusão do presente trabalho é de que é constitucional a admissão das regras internacionais – neste caso, os itens 3, dos Apêndices 1, das diretrizes de compras públicas do BID e BIRD – que autorizam a extrapolção dos limites de 25% e 50% para alterações contratuais em licitações financiadas por organismos estrangeiros, por não infringirem os princípios constitucionais e os princípios basilares da Lei Geral de Licitações, desde que, é claro, a tais normas seja aplicada interpretação conforme à Constituição Federal, cujas condicionantes são: **a)** não poderá o aditivo contratual incorrer em subversão do objeto, o que apenas pode ser examinado no caso concreto; **b)** referido aditivo deverá, necessariamente, ocorrer de maneira amigável, com a anuência de ambas as partes do contrato.

Isto porque, conforme se viu durante o presente artigo, o artigo 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666/1993, autoriza a aplicação de regras e procedimentos internacionais impostos por bancos multilaterais em detrimento das normas nacionais, desde que não sejam conflitantes com os princípios constitucionais e basilares da administração pública e das licitações.

Para tal análise de constitucionalidade, concluiu-se que o artigo 65, §1º, da Lei Federal nº 8.666/1993, não era um princípio em si, mas apenas desenhava diretrizes para resguardar certos princípios e preceitos constitucionais, são eles: **a)** o princípio da licitação; **b)** os direitos do contratado.

As diretrizes internacionais do BID e do BIRD constantes nos itens 3, dos Apêndices 1, de suas respectivas políticas de aquisições, por sua vez, resguardavam apenas o princípio da licitação, mas não resguardavam os direitos do contratado.

Diante de tal cenário, concluiu-se pela possibilidade de se realizar controle intermediário de constitucionalidade, aplicando-se o método da interpretação conforme a constituição, condicionando a

constitucionalidade de tais regras desde que não caracterizem a subversão do objeto e, quando extrapolado o limite indicado na regra internacional, a alteração seja necessariamente amigável, a fim de se resguardar os direitos do contratado.

Assim, diante do exposto, em resposta à hipótese lançada na introdução do presente artigo, tem-se que: sim, é constitucional a alteração contratual de acréscimo de 35% autorizada com fundamento nas diretrizes do BID e do BIRD e no artigo 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666,1993, desde que seja feito pelo banco financiador, quando do lançamento de sua “não objeção”, uma análise fundamentada da ausência de subversão do objeto originário contratado, bem como desde que tal alteração seja realizada amigavelmente, com a anuência do contratado.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Técnicas de decisão na jurisdição constitucional e garantia de direitos fundamentais das minorias pelo STF. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica. Vol. 20, nº 2. mai/ago 2015, Disponível em: www.univali.br/periodicos . Acesso em 06/04/2020.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo, nº 215, jan/mar, 1999, 151-179.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO – BID. Políticas para aquisição de bens e contratação de obras financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – GN-2349-15. Mai 2019. Disponível em: <<https://www.iadb.org/pt/projects/project-procurement>>. Acesso em 05/04/2020.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO – BID. Iadb.org, c2020. “PAÍSES MEMBROS MUTUÁRIOS”. Disponível em: <<https://www.iadb.org/pt/sobre-o-bid/paises-membros-mutuarios-0#:~:text=Desde%20o%20seu%20Nono%20Aumento,pequenos%20e%20vulner%C3%A1veis%20da%20regi%C3%A3o.&text=Os%20demais%20pa%C3%ADses%20membros%20mutu%C3%A1rios,%2C%20M%C3%A9xico%2C%20Peru%20e%20Venezuela.>>. Acesso em 25/02/2021.

BANCO INTERNACIONAL PARA RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO (BANCO MUNDIAL) – BIRD. Diretrizes para aquisições de bens, obras e serviços técnicos financiados por empréstimos do BIRD e créditos & doações da AID, pelos mutuários do banco mundial. Jan 2011. Disponível em:

<<http://documents.worldbank.org/curated/en/541151468124188603/pdf/95477-REPLACEMENT-FILE-385456B-PUBLIC-Diretrizes-Aquisicoes-Jan2011.pdf>>.

Acesso em 05/04/2020.

BANCO INTERNACIONAL PARA RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO (BANCO MUNDIAL) – BIRD. Worldbank.org, c2020. “Member Countries”. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/en/about/leadership/members>>. Acesso em 25/02/2021

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300 de 21 de novembro de 1986 – revogado pela Lei nº 8.666/1993. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 08/04/2020.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 - atualizada. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 28/03/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ADI nº 1917, julgada em 26/04/2007

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Rel. Cons. Luiz Suzin Marini, Processo nº CON-02/05994806, Parecer nº COG-509/02, Decisão nº 3060/2002, Sessão de 20/11/2002, publicado em, 09 abr. 2003

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Rel. Adhemar Paladini Ghisi. Processo nº 930.039/1998-0. Acórdão nº 215/1999 – Plenário. Sessão de 12/05/1999.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Rel. Adylson Motta. Processo nº 001.484/2003-1. Acórdão nº 946/2004 – Plenário. Sessão de 14/07/2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União Rel. Guilherme Palmeira. Processo nº 005.289/1999-8. Decisão nº 178/2001 – Plenário. Sessão de 04/04/2001.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Rel. José Antônio Barreto de Macedo. Processo nº 930.039/1998-0. Decisão nº 215/1999 – Plenário. Sessão de 19/03/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União Rel. Marcos Bemquerer. Processo nº 031.112/2013-7. Acórdão nº 645/2014 – Plenário. Sessão de 19/03/2014.

BRITTO, Carlos Ayres. O perfil constitucional da licitação. Curitiba. ZNT Editora. 1997.

CARRIÓ, Genaro Rubén. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1973.

CITADINI, Antonio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*. São Paulo. 3.ed. Max Limonad, 1997.

COSTA, Renato. *Contratação pública patrocinada por organismo multilateral de crédito: aplicabilidade da norma internacional frente à nacional*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, nº 44, jan/mar. 2014.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Competências administrativas dos estados e municípios*. *Revista de Direito Administrativo*, nº 207, jan/mar, 1997.

FURTADO, Lucas Rocha; CAVALCANTI, Augusto Sherman. *Os limites legais às alterações de Contratos Administrativos: possibilidade de extrapolação*. *Revista do Tribunal de Contas*, nº 82, p. 17-24 out/1999. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1084>>. Acesso em 05/04/2020.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. *Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento*. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, nº 186, ago. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo. 7. Ed. Dialética, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo. 17. Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. *A Licitação na Constituição de 1988*. *In: Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. DANTAS, Bruno... [et al.]. Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. 32. Ed. Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Extensão das Alterações dos Contratos Administrativos: a questão dos 25%*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 04/04/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. São Paulo. Saraiva, 2012.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. São Paulo. 5. Ed. Saraiva, 1999.

PEDRA, Anderson Sant'ana. LICITAÇÃO INTERNACIONAL: normas nacionais x normas estrangeiras (uma visão constitucional). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, jul/ago/set, 2006. <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 29 de março de 2020.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. Manual de Convergência de Normas Licitatórias. Jul 2004. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/vacancies/manual-de-convergencia-de-normas-licitatorias-do-pnud.html>>. Acesso em 05/04/2020.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. Belo Horizonte. Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratos Administrativos - Acréscimos de obras e serviços - Alteração. Revista Trimestral de Direito Público, nº 2, São Paulo. Malheiros, 1992.

Submissão: 08 de novembro de 2020

Aceite: 12 de março de 2021

Autoria:

Laerzio Chiesorin Junior *laerzio@outlook.com*

Bacharel em Direito pela PUCPR. Mestre em Direito pela UFPR. Advogado e Professor na área de Direito Público.

Guilherme Malucelli *malucelli.g1@gmail.com*

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em licitações e contratos administrativos pelo Centro Universitário do Brasil – UNIBRASIL. Advogado na área do direito público.