



ESCOLA DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS DA AERONÁUTICA
CURSO DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS 2/2022

MATHEUS DE ARAUJO **MENEGATTI**, Cap Int

Supressões unilaterais quantitativas acima do limite de 25% em contratações complexas de produtos desenvolvidos com recursos públicos para a FAB

Rio de Janeiro

2022

ESCOLA DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS DA AERONÁUTICA
CURSO DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS 2/2022

MATHEUS DE ARAUJO **MENEGATTI**, Cap Int

Supressões unilaterais quantitativas acima do limite de 25% em contratações complexas de produtos desenvolvidos com recursos públicos para a FAB

Trabalho de conclusão de curso apresentado no Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais da Aeronáutica como requisito parcial para aprovação no Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Liderança com Ênfase em Gestão no COMAER.

Linha de Pesquisa: Gestão Institucional

Orientador: Bruno Bitencourt Carvalho De Oliveira, Maj Int

Rio de Janeiro

2022

MATHEUS DE ARAUJO **MENEGATTI**, Cap Int

Supressões unilaterais quantitativas acima do limite de 25% em contratações complexas de produtos desenvolvidos com recursos públicos para a FAB

Trabalho de conclusão de curso apresentado no Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais da Aeronáutica.

Aprovado por:

Renan Antunes, Maj Inf
EAOAR

Bruno Bitencourt Carvalho De Oliveira, Maj Int
EAOAR

Rio de Janeiro
2022

RESUMO

Para alcançar o objetivo da FAB de “fortalecer o controle e a defesa do espaço aéreo e a integração do território nacional”, são firmados contratos complexos, de longa duração, para o desenvolvimento de produtos com a utilização de recursos públicos. Em virtude do longo prazo dessas contratações, é comum a modificação do cenário em que a demanda foi concebida. No entanto, a lei impõe limites à atuação dos gestores, mesmo em contratos que fogem à regra geral. Por isso, este ensaio defende a tese de que ultrapassar o limite legal para supressões unilaterais de contratos complexos e de longa duração garante a exequibilidade do contrato e o equilíbrio entre o interesse da Administração e o do contratado. A tese se fundamenta no argumento de que ultrapassar o limite é viável porque a limitação pode ir de encontro com o anseio coletivo, afrontando o princípio da indisponibilidade do interesse público. Além disso, a tese também se ampara na argumentação de que não se pode aplicar o limite a essas contratações porque situações supervenientes podem sobrevir e alterar a conjuntura do contrato, conduzindo à constatação de que a manutenção do contrato inalterado não é razoável, pois não é mais adequada à finalidade almejada. Com isso, a FAB poderá garantir a exequibilidade e o equilíbrio dos seus contratos de aquisição e modernização que envolvam desenvolvimento e, de forma análoga, o conteúdo deste ensaio poderá ser aplicado nos contratos de outros órgãos, como a Marinha do Brasil e o Exército Brasileiro.

Palavras-chave: Supressão unilateral. Interesse Público. Razoabilidade. Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A Força Aérea Brasileira (FAB) estabeleceu em seu Planejamento Estratégico o objetivo de “fortalecer o controle e a defesa do espaço aéreo e a integração do território nacional” (BRASIL, 2018, p. 20) como síntese do retorno esperado pela nação brasileira.

Para satisfazer esse interesse da coletividade, a FAB, em diversas ocasiões, utiliza recursos públicos para celebrar contratos de longa duração, envolvendo desenvolvimento de produtos complexos, que incluem tecnologia sofisticada.

Esses contratos estratégicos, de elevada complexidade e vigência extensa, comumente sofrem pela mudança das circunstâncias em que foram originalmente concebidos. Como exemplo, podemos citar reduções nas horas de voo disponibilizadas à FAB, imposição de restrições orçamentárias, especialmente aos projetos estratégicos, e a evolução tecnológica dos simuladores de voo, que permitiu a redução do uso de aeronaves para atividades de treinamento (MORENO, 2003).

Ademais, é possível que o desenvolvimento ocorra paralelamente à produção, implantação e utilização (BRASIL, 2007), como é o caso da aquisição das aeronaves KC-390, tornando ainda mais espinhosa a sua delimitação, tendo em vista que o objeto é “de impossível dimensionamento exato na fase meramente teórica, na elaboração de projetos básicos e seus cálculos” (DI PIETRO, 1999, p. 81). No caso de sistemas complexos, a regra é que há a evolução da necessidade inicial.

Apesar das dificuldades encontradas pelo gestor na delimitação do objeto desse tipo de contratação, a Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais para as licitações e contratos, limita as alterações unilaterais a 25% do valor inicial atualizado do contrato, restringindo a atuação do agente público na gestão desses contratos, que fogem à regra da norma geral.

Este ensaio defende a tese de que ultrapassar o limite legal para supressões unilaterais de contratos complexos e de longa duração garante a exequibilidade do contrato e o equilíbrio entre o interesse da Administração e o do contratado.

A tese se fundamenta no argumento de que ultrapassar o limite é viável porque, nesses contratos, a limitação pode ir de encontro com o anseio coletivo, afrontando o princípio da indisponibilidade do interesse público. Em aquisições complexas, cuja execução permeia diversos exercícios financeiros e mudanças de governo, vários são os fatores que podem influenciar sua definição. O planejamento

inicialmente concebido pode sofrer alterações que levarão o COMAER a buscar a redução do contrato, pois, para que se evite a ocorrência de situações indesejáveis, a Administração tem o dever de realizar as alterações necessárias e indispensáveis, ainda que superem o limite de 25% (JUSTEN FILHO, 2008).

Além disso, a tese também se ampara na argumentação de que não se pode aplicar o limite a essas contratações porque situações como a COVID-19 e a publicação da Emenda Constitucional nº 95/2016 podem sobrevir e alterar a conjuntura do contrato. Circunstâncias supervenientes como essas podem conduzir à constatação de que a manutenção do contrato inalterado não é razoável, ou seja, não é mais adequada à finalidade almejada (PAULO e ALEXANDRINO, 2011). Não basta ao gestor alegar o interesse público na modificação ou manutenção do *status quo*, o ato deve ser submetido ao juízo de razoabilidade, a fim de evitar arbitrariedade.

Diante do exposto, a leitura do trabalho levará à compreensão de que, nesses casos, a supressão unilateral acima do limite é uma medida alinhada com o interesse público e razoável.

2 ALTERAÇÕES CONTRATUAIS EXCEPCIONALÍSSIMAS

A Lei nº 8.666/93 dedica o art. 65 para tratar das alterações contratuais. Estabelece que os contratos podem ser modificados consensualmente ou unilateralmente pela Administração, desde que respeitado o limite de 25% do seu valor inicial atualizado para reduções e acréscimos, quantitativos ou qualitativos, nas obras, serviços e compras, exceto em supressões consensuais.

Apesar disso, não é incomum o entendimento de que a Administração pode exceder os limites fixados pela lei nos casos de alterações qualitativas. Cammarosano (2012) elucida que isso ocorre para garantir a execução apropriada do objeto do contrato, de forma que cumpra a finalidade a que se destina.

Esse entendimento se consolidou também na jurisprudência dos órgãos de controle externo. O Tribunal de Contas da União (TCU) proferiu a Decisão TCU-Plenário nº 215, de 1999, admitindo a possibilidade da extrapolação do limite para alterações contratuais qualitativas excepcionalíssimas, desde que satisfeitos alguns pressupostos e respeitados os princípios da proporcionalidade, da finalidade e da razoabilidade, além de assegurar os direitos patrimoniais da empresa contratada. Essa decisão firmou o entendimento da existência de casos que fogem à regra geral.

Com base nesse entendimento, derivaram, por exemplo, o Acórdão TCU nº 291/2009 – Segunda Câmara, que considerou a superação do limite da lei em 4,07% como aceitável, e o Acórdão TCU nº 448/2011 – Plenário, que validou uma alteração contratual de cerca de 2.700% e relativizou os termos da Decisão 215/1999.

Embora o art. 65, §2º, da Lei n 8.666/93 vede expressamente a superação dos limites, o interesse público pode impor conduta diversa ao gestor. Tavares (2015) ensina que nenhuma condição prevista em lei pode ser absoluta, mesmo que haja proibição literal.

Existem situações em que, como única forma de concretizar o interesse público, as alterações unilaterais quantitativas do contrato deverão ser realizadas pelo gestor face às circunstâncias do contrato naquele momento. Nessas ocasiões, a FAB deverá perseguir a opção mais vantajosa, mesmo que implique em ultrapassar o limite insculpido no art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993, dado que a finalidade do contrato é a conclusão de seu objeto. A contratação não é um fim em si.

2.1 Interesse Público da Alteração Contratual

A fim de satisfazer o interesse público, é necessário entendê-lo. Celso Antônio Bandeira de Mello (2005) o conceitua como o resultado do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm. Não significa o interesse da maioria da população, uma vez que impossibilitaria a defesa de políticas públicas direcionadas à inclusão social de minorias. É uma síntese das vontades individuais e não a soma delas, considerando o que a sociedade valora em um momento (NOHARA, 2016).

O interesse público é o que embasa todo o direito público (NOHARA, 2016) e deve prevalecer sobre o individual. Não quer dizer que os direitos e interesses individuais sejam desprezados, dando margem a excessos (PESTANA, 2014).

Sob a ótica do interesse público, o que se objetiva em um contrato da FAB é a conclusão do seu objeto e a satisfação da necessidade pública, como a defesa nacional e a integração do território nacional. Em virtude de fatos como restrições orçamentárias, evolução tecnológica e redução nas horas de voo, é possível que seja necessária a modificação da demanda inicial de um contrato estratégico. Justen Filho (2008) defende que é possível que o interesse público imponha a redução quantitativa do contrato por ser a única solução viável e a mais compatível com a economicidade, ainda que resulte na ultrapassagem do limite de 25%.

Tavares (2015) nos alerta que, nesses casos, tratar o limite legal como absoluto implicaria punir o interesse público. Não seria possível resolver um problema pela inexistência de soluções para satisfazer a demanda da Administração.

Seria, portanto, incompatível a aplicação dos limites do art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993 de forma inflexível, uma vez que resultaria em soluções ineficientes para o COMAER, o que equivaleria a infringir o princípio da indisponibilidade do interesse público. Justen Filho (2008) explica que a aplicação rígida da lei conduziria a três alternativas, todas potencialmente danosas aos interesses coletivos: manter o contrato inalterado, alterá-lo sem atingir a finalidade pretendida ou rescindi-lo.

A primeira, importaria em contrariar o princípio da economicidade, estreitamente ligado ao interesse público. Nada justificaria a manutenção de um quantitativo ou características não mais necessárias em virtude da mudança na conjuntura. O recebimento de objetos complexos, como aeronaves, em quantitativo superior à necessidade atualizada importaria em custos desnecessários de aquisição e, pior do que isso, dispêndios com manutenção, operação, suporte e desativação.

Jones *et al* (2014) demonstram que os custos de aquisição, na faixa entre 20% e 40% do custo total do ciclo de vida do sistema, são muito inferiores aos demais custos advindos da compra, correspondentes a faixa entre 60% e 80% desse custo.

A segunda, se trataria apenas de uma solução formalista, tendo em vista que alteração dentro do limite não seria suficiente e adequada para atender os interesses fundamentais, pois se trata de uma medida que mantém a impossibilidade de conclusão do projeto, bem como o alto custo de seu suporte após o recebimento.

Já a terceira hipótese resultaria num sacrifício insuportável para ambas as partes do contrato, decorrente da perda de todo o valor dispendido no desenvolvimento, na produção e nos gastos com infraestrutura, caso se opte pelo cancelamento do vínculo contratual. Nos casos em que a competição for inviável, a rescisão implicará na compra do item com a mesma empresa a um custo maior, especialmente em virtude de riscos cambiais e logísticos.

2.2 Razoabilidade da Alteração

Uma vez presente o interesse na alteração, não cabe à Administração proceder a supressão de forma arbitrária. Pestana (2014) explica que a análise de razoabilidade busca encontrar o equilíbrio entre meios utilizados e fins almejados. Ao

utilizar o juízo de razoabilidade, cada caso analisado deve ser ponderado em função de suas particularidades (NOHARA, 2016). Nas palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011), a razoabilidade retrata a ideia de que uma conduta somente é legítima se ela for apropriada ao alcance da finalidade pretendida.

Diante das circunstâncias práticas que se encontra a contratação, devem ser submetidas ao exame de razoabilidade as seguintes hipóteses disponíveis: (i) manter o contrato inalterado; (ii) alterar o contrato dentro do limite e não satisfazer o interesse público; (iii) rescindir o contrato; ou (iv) alterar o contrato, superando o limite legal.

Para realizar a análise de razoabilidade, o contexto deve ser considerado, pois pode envolver fatores supervenientes à assinatura do contrato, como a implantação do Teto de Gastos, Emenda Constitucional nº 95/2016, que estabelece um limite para o gasto público, reajustável com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor (IPCA), enquanto alguns contratos são reajustados ou pelo Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI) ou outros índices, superiores ao IPCA, implicando em perda real de orçamento. Há, ainda, situações como a COVID-19, que podem demandar novas ações da FAB para cumprir sua missão com o orçamento limitado do COMAER.

A razoabilidade é considerada indissociável da proporcionalidade (NOHARA, 2016), cujo conceito é desdobrado em pertinência, aptidão do meio escolhido em alcançar o resultado desejado; necessidade, uso do meio menos gravoso; e proporcionalidade em sentido estrito, exigência de que a vantagem advinda do ato seja superior aos prejuízos dele decorrentes (PESTANA, 2014).

Ao analisar as hipóteses, existirão casos em que apenas a supressão do contrato acima do limite será a opção razoável. As demais resultarão em sacrifício insuportável ao interesse público e de terceiros. Tavares (2015) argumenta que existem situações em que a extrapolação do limite não é ilícita. A ilegalidade estará em não superar o limite e deixar de atender uma demanda da FAB e o anseio público.

Dessa forma, considerando que o Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, estabeleceu no art. 22 que nas decisões sobre regularidade dos atos serão consideradas as circunstâncias e dificuldades do gestor, entende-se possível a supressão unilateral do contrato em percentual superior ao limite estabelecido na lei, desde que presentes os pressupostos aplicáveis da Decisão TCU – Plenário nº 215/1999 e atendidos os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e finalidade, além de assegurados os direitos patrimoniais do contratado, de acordo com o art. 58, I, da Lei nº 8.666/93.

3 DISPOSIÇÕES FINAIS

Para o atendimento das demandas da sociedade, a FAB utiliza-se das contratações públicas para prover os meios necessários ao cumprimento de sua missão. No entanto, certas contratações envolvem o desembolso de recursos públicos por longos períodos para desenvolver produtos complexos, com o emprego de tecnologias sofisticadas. Esses contratos são permeados por incertezas, que podem alterar fundamentalmente o planejamento inicialmente concebido.

Apesar das dificuldades enfrentadas pelos gestores nesses contratos, que fogem à regra geral disciplinada pela Lei nº 8.666/93, a legislação limita as alterações contratuais a 25% do valor inicial atualizado do contrato, impondo restrições ao administrador.

Diante do exposto, este ensaio defende a tese de que ultrapassar o limite legal para supressões unilaterais de contratos complexos e de longa duração garante a exequibilidade do contrato e o equilíbrio entre o interesse da Administração e o do contratado.

A tese fundamenta-se na indisponibilidade do interesse público, porque a manutenção do contrato, a alteração dentro dos limites legais ou sua rescisão podem trazer soluções incompatíveis com o princípio da economicidade ou impactar sua exequibilidade, situações danosas ao interesse público.

Argumenta-se, ainda, que a superação do limite de supressão é a opção razoável a esses contratos, porque as circunstâncias práticas em que se encontra a contratação podem tê-la tornado inadequada à consecução do fim almejado e, embora presente o interesse público na alteração, é necessário realizar o juízo de razoabilidade para verificar a ocorrência de arbitrariedade na decisão pretendida.

Assim sendo, desde que realizados estudos robustos acerca da razoabilidade, do interesse público e os direitos do contratado a serem assegurados, conclui-se que ultrapassar o limite legal para supressões unilaterais de contratos complexos e de longa duração garante a exequibilidade e o equilíbrio de contratações com recursos públicos para o desenvolvimento de produtos para a FAB, sejam elas para aquisição, como o F-39 e o KC-390, ou modernização de sistemas, como o E-99, AM-X e F-5. Ainda, a tese defendida neste ensaio poderá ser aplicada, de forma análoga, aos contratos de outros órgãos, como o Programa de Desenvolvimento de Submarinos, da Marinha do Brasil, e o Projeto Guarani, veículo blindado do Exército Brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 12 jun. 2022.
- 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**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 12 jun. 2022.
- BRASIL. Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. Portaria nº 129/GC4, de 5 de março de 2007. Aprova a reedição da "Diretriz de Ciclo de Vida de Sistemas e Materiais da Aeronáutica" - DCA 400-6. **Boletim do Comando da Aeronáutica**. Brasília, DF, 09 mar. 2007.
- BRASIL. Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. Portaria nº 2.102/GC3, de 18 de dezembro de 2018. Aprova a reedição do "Plano Estratégico Militar da Aeronáutica" - PCA 11-47. **Boletim do Comando da Aeronáutica**. Brasília, DF, 20 dez. 2018.
- BRASIL. Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. Portaria nº 182/GC3, de 19 de novembro de 2021. Aprova a reedição da "Diretriz de Planejamento Institucional" - DCA 11-118. **Boletim do Comando da Aeronáutica**. Brasília, DF, 23 nov. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 666.878 – RJ**. O poder de alterar unilateralmente o ajuste representa uma prerrogativa à disposição da Administração para concretizar o interesse público. Não se constitui em arbitrariedade nem fonte de enriquecimento ilícito. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2007]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8923421/recurso-especial-resp-666878-rj-2004-0082075-8/inteiro-teor-14075591>. Acesso em: 13 jun. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão Plenária nº 215**. Possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor excedente ao limite estabelecido na Lei 8.666/93, visando à utilização de nova tecnologia na execução das obras. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [1999]. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/acordaoslegados/1999/Plenario/DC-1999-000215-JAM-PL.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.
- CAMMAROSANO, Márcio. Aditamentos qualitativos e quantitativos dos contratos administrativos e os limites legais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº. 18, 2012.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- JONES, Gary *et al.* Investigation into the Ratio of Operating and Support Costs to Life-Cycle Costs for DoD Weapon Systems. **Defense ARJ**, Virgínia, Estados Unidos, v. 21, n. 1, p. 442-464, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORENO, Marcelo. Simulador de vôo de helicópteros: uma visão econômica. **Revista da Universidade da Força Aérea (UNIFA)**, Rio de Janeiro, ano XVI, n. 18, p. 70-74, 2003.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. São Paulo: Método, 2011.

PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TAVARES, Claudio Adelino Souza. **Os limites da lei nº 8.666/1993 para as alterações qualitativas e quantitativas nos contratos administrativos e a possibilidade excepcional de extrapolá-los nos termos do acórdão 215/99 do Tribunal de Contas da União**, 2015. Monografia (Pós-Graduação em Direito do Saneamento) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Goiânia, 2015.