

ano 17 - n. 67 | janeiro/março - 2017
Belo Horizonte | p. 1-334 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i67
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2017 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2016, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Condicionantes para substituição do produto durante a execução do contrato em virtude de força maior ou caso fortuito

Conditioning for substituting the product while the execution of the contract due to the force majeure or the incident

André Saddy*

Universidade Federal Fluminense (Brasil)

andresaddy@yahoo.com.br

Recebido/Received: 02.03.2016 / March 2nd, 2016

Aprovado/Approved: 14.06.2016 / June 14th, 2016

Resumo: Com a ruptura do “positivismo” constitucional, o respeito às regras preestabelecidas no instrumento convocatório e o princípio da imutabilidade das propostas vêm sendo relativizados. O objetivo deste trabalho é compreender e analisar esta relativização face à possibilidade de substituição de um produto durante a execução do contrato em virtude de força maior ou caso fortuito, observando os condicionantes defendidos pelas diversas correntes doutrinárias, jurisprudência, bem como sua aplicação ao caso concreto. Esta análise é feita através da contraposição dos elementos mencionados com a norma constitucional e a Lei nº 8.666/93, que rege as licitações e contratos da Administração Pública.

Como citar este artigo/*How to cite this article* SADDY, André. Condicionantes para substituição do produto durante a execução do contrato em virtude de força maior ou caso fortuito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 121-152, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.476.

* Professor da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid (Madrid, Espanha), com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Lisboa, Portugal), com apoio do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra, Portugal). Diretor Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ). Consultor e parecerista. E-mail: andresaddy@yahoo.com.br

Palavras-chave: Vinculação ao instrumento convocatório. Contratos administrativos. Força maior. Caso fortuito. Substituição de produto.

Abstract: With the rupture of the constitutional positivism, the respect of the pre-established rules in the bid invitation and the proposals immutability principle have been relativised. The aim of this article is to understand and analyze this relativisation face to the possibility of substituting one product while the execution of the contract, due to the force majeure and the incident, observing the defended conditionings for the several doctrinaire tides, jurisprudence, as well as its application in the real case. This analysis is done by the contraposition of the elements mentioned before with the constitutional rule, and the Law 8,666/93, that attends the biddings and the contracts of the Public Administration.

Keywords: Bid invitation entailment. Administration contracts. Force majeure. Incident. Substitution of the product.

Sumário: Introdução – **1** Edital como instrumento convocatório vinculante – **2** Hipóteses para modificação da proposta – **3** Condicionantes para substituição do produto durante a execução do contrato em virtude de força maior ou caso fortuito – **4** Princípio do equilíbrio econômico-financeiro – Conclusões – Referências

Introdução

É imprescindível que toda e qualquer licitação esteja vinculada ao instrumento convocatório. Este traduz a regra de que o edital faz lei entre as partes e é o instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação. Logo não se pode fugir aos termos e condições ali propostos, como não se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital.

Em outras palavras, a regra que vigora na Lei nº 8.666/93 exclui a possibilidade dos licitantes alterarem as condições de sua oferta. O que o presente estudo visa é tratar do caráter relativo do princípio da imutabilidade das propostas.

Para tanto, começar-se-á estudando a força normativa do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da imutabilidade das propostas, para, em seguida, demonstrar que não existem princípios com caráter absoluto, podendo ser limitados sempre que houver uma hipótese de colisão.

Agora, a pretensão do artigo não é realizar a relatividade quanto à possibilidade de a Administração modificar o edital antes de iniciada a competição. Tal caráter não absoluto dos princípios em análise já está bastante consolidado na doutrina, como se demonstra no artigo. Tem-se a pretensão de verificar a possibilidade de modificação da proposta depois de iniciado o processo competitivo, ou melhor, durante a execução do contrato em virtude de força maior ou caso fortuito.

Com tal intuito, estudaram-se, antes de adentrar no tema proposto, diferentes casos em que acontecem circunstâncias imprevistas que tornam impossível a execução das prestações na forma disposta inicialmente, entre elas: (i) o não comparecimento para firmar o contrato sem hipótese de motivo justificado; (ii) a não manutenção do prazo contratual em virtude de força maior ou caso fortuito; e (iii) a alteração dos contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços.

Além das três hipóteses relatadas, todas com previsões legais, a força maior ou caso fortuito poderiam inviabilizar a execução do contrato por motivo alheio à vontade do contratado, ou seja, em face da superveniência de fato estranho à vontade das partes que impediu a execução do contrato avençado. É este o tema central do presente estudo, ou melhor, observada a possibilidade da substituição do produto durante a execução do contrato, em virtude de força maior ou caso fortuito, enfrentar-se-ão as condicionantes para tanto, segundo a jurisprudência e a doutrina.

Justifica-se o estudo porque não existe previsão legal para tal hipótese. Além disso, em contratos de longo prazo, de alta tecnologia, entre outros, a ocorrência de alterações radicais do panorama fático é relativamente comum.

1 Edital como instrumento convocatório vinculante

Licitação, segundo conceito corrente, é o processo administrativo lento, custoso e trabalhoso, pelo qual a Administração busca, por meio de habilitação de proponentes e julgamento objetivo de propostas – com base na isonomia e na competitividade –, selecionar a proposta mais vantajosa para si entre candidatos que, com ela, estão aptos a celebrar contratos, utilizar bens públicos ou se tornarem delegatários de serviços públicos, assim, visando atender aos interesses públicos.

Toda licitação busca, portanto, de forma impreterível, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Isto é, a que melhor satisfaça ao interesse público. E isso significa que, para realizar o julgamento objetivo das propostas, deve a Administração definir o ângulo pelo qual essa vantagem será avaliada, ou seja, deve estabelecer no instrumento convocatório os critérios necessários para que o objeto/produto atinja sua finalidade.

Logo, por ser inadmissível o desperdício de recurso financeiro, deve a Administração contratar apenas o estritamente necessário. Vale lembrar que somente satisfaz o interesse público o contrato que importe o menor desembolso ou a maior receita, conforme a natureza da prestação que incumba ao Estado.

Além disso, o princípio da isonomia faz com que a Administração tenha de consignar, no instrumento convocatório do certame, todas as condições em que deseja contratar. Impõe-se, também, a indicação detalhada do objeto da licitação, de sorte que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento (artigo 38, *caput*, e artigo 47 da Lei nº 8.666/93).

Portanto, significa que a quantidade, a qualidade e a eficiência do objeto são fatores de figuração obrigatória no edital que norteará a contratação. Logo, ao elaborar o edital, a Administração deve precisar as especificações técnicas dos itens que deseja.

Fixadas as especificações no edital, o princípio do julgamento objetivo fica vinculado à sua observância (artigo 42, §5º, *in fine* da Lei nº 8.666/93) e tal se dá pela

obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que se traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes e é o instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação. Pode-se inferir, então, que o instrumento convocatório é a lei interna da licitação, devendo os seus termos serem observados pela Administração e pelos licitantes até o final do certame, vez que vinculam as partes (artigo 41 da Lei nº 8.666/93). É um princípio que decorre da legalidade, pois, no edital, somente podem constar cláusulas que estejam em conformidade com a lei.

Em razão de o edital ser a lei interna da licitação, por meio do qual se expressa o que é pretendido, a Administração, em relação aos proponentes, não pode fugir aos termos e condições ali propostos, como não pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, pois nele estão fixadas as condições em que devem ser elaboradas as propostas, cabendo, portanto, à Administração julgá-las em estrita conformidade com tais condições.

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles:

A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora.¹

Uma vez que o edital perfaz a lei interna do certame, e o procedimento a ser adotado constitui as “regras do jogo”, entende-se que o instrumento convocatório é um ato jurídico pré-negocial com caráter vinculante e obrigatório para os partícipes do processo licitatório. Como tal, é suscetível de interpretação de acordo com os princípios e regras gerais sobre a matéria.

1.1 Princípio da imutabilidade das propostas

Tendo em vista a força vinculante e obrigatória do instrumento convocatório, pode-se afirmar que, a princípio, é inadmissível a substituição do produto por outros que não correspondam exatamente ao exigido no edital, a menos que tenham constado do próprio edital ou da minuta de contrato, de forma clara, precisa e inequívoca, as condições pelas quais se poderá fazer uso de tais produtos.

Em outras palavras, a regra que vigora na Lei nº 8.666/93 exclui a possibilidade dos licitantes alterarem as condições de sua oferta (princípio da imutabilidade

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 31.

das propostas – artigo 43, §3º).² Inclusive, o ordenamento jurídico versa que “as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação” serão desclassificadas (artigo 48, inciso I, da Lei nº 8.666/93; artigo 4º, inciso X, da Lei nº 10.520/2002 e artigo 22, §2º, do Decreto nº 5.450/2005).

Dá-se, dessa forma, porque, caso a Administração admitisse a substituição dos produtos, poderia ela ser questionada por quem viesse a sustentar que só não teria participado do certame porque não dispunha dos produtos que correspondiam exatamente à descrição contida no instrumento convocatório e que do certame teria participado se soubesse que a Administração aceitaria produtos diferentes dos indicados.³

Pode-se, portanto, admitir que a vedação à modificação superveniente de propostas deriva do princípio da isonomia, mas apenas quando alguns dos licitantes possam modificar suas propostas, enquanto outros constrangidos a mantê-las inalteradas. Quando se admitir que todos os licitantes possam modificar suas propostas, como nos lances verbais, nas modalidades Leilão e Pregão, não haveria infração a este princípio.⁴ Também pelos princípios da razoabilidade e da “vantajosidade”, entende-se que a Administração não pode aceitar objeto diverso do que contratou e, ao contratado, cumpre entregar aquilo a que se obrigou, ou então, restará a alternativa da rejeição, conforme o artigo 76 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*: “A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato”.

Contudo, como em toda regra, existem exceções, até porque não existe princípio com caráter absoluto.

1.2 Força normativa do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da imutabilidade das propostas e seu caráter relativo

Foi com os trabalhos de Ronald Dworkin⁵ e Robert Alexy⁶ que a conceituação dos princípios começou a ganhar contornos científicos mais ponderados, fazendo-os adquirir importância no estudo do Direito. Desta forma, foram estes doutrinadores os precursores da ruptura com o “positivismo” constitucional, que durante certo tempo

² DISTRITO FEDERAL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal*. APC 20030110633642 DF. Relator: CRUZ MACEDO. Julgamento: 24.11.2008. Órgão Julgador: 4ª Turma Cível. Publicação: DJU 12.01.2009 Pág.: 105: “no âmbito das licitações públicas, prevalece o princípio geral da imutabilidade das propostas dos licitantes, que os vinculam em toda a sua dimensão, tão logo sejam classificadas pela administração licitante”.

³ DROMI, Roberto. *Licitación pública*. 2. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, p. 383.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Modificação de proposta – cabimento e requisitos. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 6, n. 63, p. 343-358, maio 1999.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

desprestigiou os princípios dentro dos sistemas jurídicos, então, entendendo que davam pouca certeza jurídica em sua aplicação ou por serem considerados meramente “informativos” e, inclusive, não dotados de grau de coercitividade, não sendo considerados nem sequer normas jurídicas propriamente ditas.

Segundo Robert Alexy:

Tanto las reglas como los principios son normas, porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.⁷

Entende-se, desse modo, que tanto as regras como os princípios revestem normatividade imperativa.⁸ Assim, sendo duas classes de normas distintas, cabe, apesar da dificuldade, determinar algum critério de diferenciação adequado,⁹ toda vez que é primordial para a determinação de como pode ser realizado o direito, pois ele

⁷ *Ibidem*, p. 83.

⁸ Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate, 1991, p. 239) infere que: “Los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales. El nombre de principios llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas. Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras”.

⁹ Dois são os critérios normalmente utilizados para diferenciar normas princípios de normas regras: 1) a distinção relativa ao grau de indeterminação, que considera que as normas princípios são mais indeterminadas quando comparadas às normas regras; e 2) a distinção relativa à diferença qualitativa nas formas de aplicação que afirma que as normas princípios não contenham as condições totais de sua aplicação, indicando, somente, um sentido de regulação e apontando para uma solução a considerar, já as normas regras são aplicadas em uma forma de tudo ou nada, pois uma vez que sua previsão é cheia, sua aplicabilidade é imediata. Tal distinção possui três corolários que enfocam a diferença: 2.1) o modo de projeção no ordenamento, que afirma que existem nas normas princípios imperativos de otimização, uma vez que regulam na maior medida possível até a verificação de normas de signo contrário e as normas regras que somente podem ser cumprida ou não. Seus efeitos se esgotam no contexto delimitado pelo próprio conteúdo, sem necessidade de outras normas; 2.2) a forma de resolução de confrontos normativos, que afirma que, quando duas normas princípios entram em confronto, a resolução leva a afastar-se de uma delas, restando sempre estabelecido no plano de validade dos sistemas jurídicos, diferenciando-se cada um de acordo com os diferentes critérios utilizados (hierárquico, especialidade e cronológico); 2.3) o definitivo da regulação o, que considera que as normas princípios são normas reguladoras de uma regulação o *prima facie*, na medida em que determinam que qualquer coisa deve ser realizada na maior medida possível.

Tais distinções entre normas princípios e normas regras pressupõem necessariamente a expressão dessa diferença na morfologia normativa, que, conforme ensina David Duarte (DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 138 e ss), está em sua previsão, que concede a existência nas normas princípios de um pressuposto implícito de que isso ocorre “em todas as situações de qualquer gênero” (*all-situations-of-any-kind*), assim, declarando o conteúdo da preceptiva que tem de ser aplicável a todas as situações. De forma diferente, nas normas regras, esse conteúdo não existe. Nessas normas o efeito somente se aplica às situações do gênero que sua previsão descreve, seja explícita ou implicitamente.

Por conta de tal distinção se reconhece, no ordenamento, normas com dois tipos diferentes de previsão: as previsões do tipo “em todas as situações de qualquer gênero” (*all-situations-of-any-kind*), dos princípios; e as previsões do tipo “em todas as situações do gênero” (*all-situations-of-the-kind*), das regras.

se refere a diferentes formas de regulação jurídica. Entre as diferenças existentes, cabe tratar da forma que estas normas (regras ou princípios) prevalecerão em casos de conflito normativo.

O conflito entre regras é resolvido por exclusão, utilizando-se, para tanto, os critérios cronológico, hierárquico ou de especialidade. Já o entre princípios, este deve ser resolvido por cessão toda vez que um deles ceder ao outro, ou seja, haverá um equilíbrio, uma ponderação, aplicando-se aquele que, em determinadas circunstâncias, satisfaça o ideal de otimização. Isso, porém, não significa que um dos princípios em colisão seja declarado inválido ou que se introduza uma cláusula de exceção, senão simplesmente que, frente a determinadas circunstâncias, aplicar-se-á a ponderação, afastando-se o princípio cujo peso foi superado pelo outro. Pode, também, ocorrer que se apliquem ambos os princípios em colisão até o limite das possibilidades que o peso de cada um comporta.¹⁰

Portanto, o conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, e a colisão entre princípios se dá na dimensão do peso, toda vez que somente poderão entrar em colisão princípios válidos.

Significa dizer que não existem princípios com caráter absoluto, podendo ser limitados sempre que houver uma hipótese de colisão, a qual será solucionada por meio da ponderação ou, inclusive, em casos excepcionais, pelos critérios cronológico, hierárquico ou de especialidade.¹¹

Basta pensar, por exemplo, em situação na qual a proposta possui característica distinta da exigida no edital, porém com qualidade superior e com menor preço. Em que pese a existência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da imutabilidade das propostas, não se pode desconsiderar o interesse público envolvido, afinal trata-se de produto superior e com valor menor. Tais princípios não podem afastar o princípio da economicidade e, mesmo, o interesse público.

¹⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 266 e 267) coloca que: “Para aplicar o método da ponderação, são necessárias três fases sucessivas: primeiramente, a fase da identificação, visando à definição de qual ou de quais os princípios incidentes sobre a hipótese considerada; em segundo lugar, a fase da valoração, pela qual se vai definir qual a prevalência, em tese e em que grau, de um princípio sobre o outro; e, em terceiro lugar, a fase da avaliação do menor prejuízo, pela qual se vai decidir pela prevalência, na hipótese considerada, do princípio que, em tese, seria o mais sacrificado.

Essa aplicação do método de ponderação tanto pode obedecer a regras positivas, estabelecidas pelo próprio legislador, como as assentadas pela jurisprudência ou em prescrições da doutrina e, até mesmo, as que venham a ser *in casu* consideradas pelo próprio aplicador, exigindo-se, neste caso, apenas, para validar-se a aplicação, tal como se exige na operação a fim de aplicação da discricionariedade, que exista motivação expressa.

O método de ponderação não é, contudo, uma disponibilidade intelectual do aplicador, mas um dever jurídico, a ser por ele observado sempre que deva decidir em hipóteses de concorrência de princípios sobre a mesma situação tratada; um dever que suscita a discussão sobre a própria existência de um princípio da ponderação”.

¹¹ Sobre tal possibilidade vide: SADDY, André. *El concepto de apreciatividad en el Derecho Administrativo (analogías y diferencias con la discrecionalidad administrativa)*. 2011. 583 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011.

Este é, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA DO TIPO MENOR PREÇO. ATENDIMENTO ÀS REGRAS PREVISTAS NO EDITAL. PRODUTO COM QUALIDADE SUPERIOR À MÍNIMA EXIGIDA. 1. Tratando-se de concorrência do tipo menor preço, não fere os princípios da isonomia e da vinculação ao edital a oferta de produto que possua qualidade superior à mínima exigida, desde que o gênero do bem licitado permaneça inalterado e seja atendido o requisito do menor preço. 2. Recurso ordinário não provido.¹²

E do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

LICITAÇÃO. MODALIDADE CONCORRÊNCIA. TIPO MENOR PREÇO. APRESENTAÇÃO DE PRODUTO DE QUALIDADE SUPERIOR À EXIGIDA PELO EDITAL. NAO DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA QUE, AO FINAL, TORNA-SE VENCEDORA. MANDADO DE SEGURANÇA.

1. O fato de a proposta conter produto de classe superior à exigida no edital não é motivo à desclassificação, se foi preservada a identidade do objeto licitado. O que gera a desclassificação é carência de qualidades face às mínimas exigidas pelo edital, e não a fatura. Apenas que, tratando-se de licitação do tipo menor preço, a melhor categoria, no confronto com a proposta que oferece produto que cumpre a mínima exigida pelo edital, não pode influenciar na decisão. Se a proposta que apresentar menor preço também agregar produto de qualidade superior, deverá ser a escolhida, por ser a mais vantajosa à Administração Pública, não pela qualidade maior, mas pelo menor preço. Exegese combinado dos arts. 3º; 44, 2º; 45, 1º, I, e 48, da Lei 8.666/93.¹³

O Egrégio Tribunal de Contas da União,¹⁴ em recente acórdão, decidiu da mesma forma:

4. O primeiro e principal argumento da unidade técnica para justificar a anulação do edital é que a proposta vencedora cotou uniformes com gramatura superior à faixa de valores especificados no edital (gramatura prevista no edital – 175 a 190 g/m²; gramatura do tecido ofertado na proposta vencedora: 203 g/m²), o que importaria a desclassificação da proposta.

5. Contudo, a gramatura ofertada pela Capricórnio S.A., vencedora do certame, foi superior às especificações exigidas no edital. Como a gramatura indica a densidade ou o peso específico do tecido (gramas por

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS 15817 RS - 200300015114. Relator: JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Fonte: DJ DATA: 03.10.2005 PG: 00156.

¹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 70004 108791, PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS, RELATOR: IRINEU MARIANI, JULGADO EM 09.08.2002.

¹⁴ BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-0394-07/13-P Sessão: 06.03.2013 Grupo: II Classe: VII Relator: Ministro RAIMUNDO CARREIRO – Representação.

metro quadrado), conclui-se que o tecido ofertado é mais “grosso” ou mais resistente que o previsto no edital. Com efeito, tanto a empresa Capricórnio S.A. quanto o próprio Centro de Obtenção da Marinha no Rio de Janeiro – COMRJ – afirmam que o produto ofertado é de qualidade superior ao previsto no edital (cf. itens 31 e 17 da instrução levada ao Relatório).

6. Embora a unidade técnica tenha afirmado que a alegada qualidade superior do produto ofertado não teria sido comprovada pela Capricórnio S.A. nem pelo COMRJ, considero que a afirmação do órgão contratante presume-se verdadeira, salvo prova em contrário (a qual não foi apresentada pela unidade técnica nem pela autora da representação). Essa presunção decorre dos seguintes fatos: a Marinha do Brasil possui expertise na aquisição de uniformes de combate, sendo capaz, portanto, de emitir opinião técnica sobre a qualidade do tecido; a organização militar é a maior interessada na boa qualidade do material a ser adquirido; a maior gramatura significa maior densidade do tecido e, portanto, maior resistência, atributo que a máxima da experiência permite associar à maior qualidade do material.

7. Outrossim, o COMRJ aceitou a proposta da empresa Capricórnio S.A. com base na manifestação do Departamento Técnico da Diretoria de Abastecimento da Marinha, de que o produto atenderia “à finalidade a qual se destina, tanto no que se refere ao desempenho quanto à durabilidade” (item 8 da instrução da Selog).

8. Sob tais circunstâncias, *não vejo afronta ao interesse público nem aos princípios licitatórios a oferta de produto de qualidade superior ao desejado pela administração contratante, desde que seu preço seja o mais vantajoso entre as propostas válidas.*

9. Neste ponto, abro parênteses para anotar que a diferença entre a faixa de gramaturas prevista no edital e a ofertada pela vencedora do certame é pouco expressiva, apenas 4%. Para melhor compreensão do que significa essa diferença, a Capricórnio S.A. informa que o peso do uniforme com tecido de gramatura 203 g/m² seria apenas 210 gramas superior ao do uniforme com gramatura 195 g/m² (3,21 kg x 3,00 kg). É razoável considerar que essa pequena diferença poderia ser tolerada, como fez, de fato, a Marinha do Brasil. E, nesse sentido, os autos noticiam que a norma técnica MAR 71000/665C foi posteriormente alterada para admitir a gramatura 203 g/m² para os tecidos dos uniformes da Marinha (item 17 da instrução contida no Relatório).

10. Outra circunstância a justificar a convalidação do certame são os indícios de sua economicidade. A diferença de preços entre a oferta da vencedora da licitação e a segunda proposta válida (R\$ 355,15 e R\$ 420,00) proporciona, em tese, uma economia à Marinha do Brasil de até R\$ 2.125.134,50, caso sejam adquiridos os 32.770 macacões previstos no termo de referência (peça 1, p. 145). De acordo com o COMRJ, essa diferença de preços permite a aquisição de “quase seis mil macacões a mais, que poderiam ser comprados com o mesmo valor global” (item 9 da instrução da Selog).

11. Um terceiro fato que me leva a rejeitar a proposta de anulação do procedimento é o razoável nível de competitividade alcançado. Participaram

da licitação dezessete empresas (item 16 da instrução contida no Relatório). Além disso, o preço final obtido – R\$ 355, 15 – ficou bem abaixo do valor de referência – R\$ 458,67, o que representa uma redução de quase 23% ou R\$ 3.392.241,17 de potencial economia. Assim, considero improvável que a repetição do certame com a ínfima modificação do edital, aumentando-se em apenas 4% a gramatura máxima do tecido, possa trazer mais concorrentes e gerar um resultado mais vantajoso, principalmente se considerarmos os custos adicionais e o tempo demandado com uma nova licitação (sem grifos no original).

Percebe-se, desse modo, que o respeito às regras preestabelecidas no instrumento convocatório (princípio da vinculação ao instrumento convocatório) e o princípio da imutabilidade das propostas não devem ser encarados de forma absoluta, até porque as regras do instrumento convocatório não podem ser interpretadas de forma restritiva.¹⁵

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu expressamente desta forma quanto ao primeiro princípio:

Consoante ensinam os juristas, o *princípio da vinculação ao edital não é 'absoluto'*, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a administração (sem grifos no original).¹⁶

São, inclusive, comumente aceitas alterações das condições inseridas no instrumento convocatório antes do julgamento das propostas.¹⁷ Exatamente por não ter tal princípio um caráter absoluto. Segundo Jessé Torres Pereira Junior:

As regras do edital não são imutáveis; sobrevindo motivo de interesse público, deve e pode a Administração modificá-las, na medida em que

¹⁵ Para o STJ (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. MS 5779 / DF, MANDADO DE SEGURANÇA 1998/0026226-1. Relator: Ministro JOSÉ DELGADO. Fonte: DJ 26.10.1998 p. 5): “ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. MANDADO DE SEGURANÇA. 1. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à Administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo. [...] 5. *Segurança concedida*”.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 5418. Relator: DEMÓCRITO REINALDO. Data da Decisão: 25.03.1998. Fonte: DJ 01.06.1998 PG: 00024 RDJTDFT VOL.: 00056 PG: 00151 RDR VOL.: 00014 PG: 00133.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 182.

bastar para atender ao interesse público, desde, é curial, que o faça antes de iniciada a competição.¹⁸

Agora, qualquer modificação no instrumento convocatório exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Já no que diz respeito ao princípio da imutabilidade das propostas, Juan Carlos Cassagne¹⁹ defende:

Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones.

En la actualidad, se extiende el principio del informalismo, propio del procedimiento administrativo, a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública, el cual, dado que se trata de un principio de base legal, aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, no plantea dudas acerca de su vigencia y consecuente aplicabilidad, en armonía con otros principios de la contratación administrativa (conurrencia e igualdad).

Por tales circunstancias, hay que admitir el cambio o subsanación de las ofertas por aspectos o detalles formales que no impliquen su modificación sustancial dado que, en tales casos, se privilegia la posibilidad de que la Administración obtenga adecuadas alternativas de selección mediante una mayor concurrencia y, al propio tiempo, el principio de igualdad. Por otra parte, *la modificabilidad de las ofertas puede surgir a posteriori de la adjudicación a raíz de un cambio de circunstancias que plantee la necesidad de adaptar o reajustar el contrato y mantener el equilibrio de las prestaciones inicialmente comprometidas, siempre que tal cambio hubiese ocurrido igualmente con cualquier de los oferentes*²⁰ (sem grifos no original).

Por essa razão, admite-se, ao menos teoricamente, a modificação da proposta quando houver colisão entre princípios. Pensar de forma diferente da aqui exposta significaria, por exemplo, inviabilizar a alteração unilateral dos contratos administrativos, afinal tal nada mais é que a modificação da proposta inicialmente ofertada à

¹⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 129.

¹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 56.

²⁰ Enrique Sayagués Laso (SAYAGUÉS LASO, Enrique S. *La licitación pública*. Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 148) defende de forma muito menos flexível a inalterabilidade das propostas, mesmo assim admite uma exceção. Estima que a Administração está facultada para gestionar modificação de detalhes para se colocar em condições de poder aceitar a proposta. No entanto é necessário que estas modificações não alterem a situação dos licitantes entre si, ou seja, que o adjudicatário com ou sem as modificações ganharia igualmente o certame, pelo qual dita melhora reporta somente benefícios à Administração e nenhum prejuízo aos demais licitantes.

Administração. Não é possível invocar, nestes casos, a isonomia para obstaculizar o exercício desta cláusula exorbitante.

Dessa maneira, diante da falta de previsão da possibilidade de modificação no edital ou da minuta de contrato, de forma clara, precisa e inequívoca, cabe questionar o que ocorre quando acontecerem circunstâncias imprevistas que tornem impossível a execução das prestações na forma disposta inicialmente.

Para responder a esse questionamento, visto que é cabível a modificação da proposta, analisar-se-ão alguns casos em que tal é possível.

2 Hipóteses para modificação da proposta

Observou-se que, como regra, vigora o princípio da estrita vinculação do contrato à proposta selecionada como vencedora no processo licitatório. E isso significa que as condições do contrato devem retratar o conteúdo do certame. No entanto, é cabível a modificação de propostas, em caráter excepcional, e desde que certos princípios sejam respeitados, entre eles: a supremacia do interesse público, a moralidade, isonomia e outros.

Passa-se, assim, a analisar alguns casos de exceções a tal regra.

2.1 Não comparecimento para firmar o contrato sem hipótese de motivo justificado

Conforme dispõe o artigo 64, §1º, da Lei nº 8.666/93, o adjudicatário poderá solicitar prorrogação do prazo desde que apresente motivo justificado quando convocado para firmar o contrato.

Entende-se que, ao admitir participar do certame, inclui o particular, em sua proposta, o comparecimento para assinatura do contrato. A própria Lei nº 8.666/93 considera, em seu artigo 81, que a ausência de assinatura do contrato equivale ao inadimplemento integral das obrigações contidas na proposta.

Logo, quem não assina o contrato, após o prazo estabelecido, está modificando sua proposta.

2.2 Não manutenção do prazo contratual em virtude de força maior ou caso fortuito

Outra hipótese de modificação existente na Lei nº 8.666/93 é prevista no artigo 57, §1º, incisos II e IV. Esses dispositivos estabelecem que o prazo da execução do contrato, objeto da proposta, não pode ser mantido em virtude de eventos caracterizados por força maior ou caso fortuito.²¹

²¹ Não há consenso na doutrina quanto ao significado de força maior e caso fortuito. Para alguns, a força maior exprime o fato proveniente de situação alheia à vontade humana, já caso fortuito representa situação alheia

Trata-se da ocorrência de fato excepcional, causador de dano, estranho à vontade das partes e que impossibilite o cumprimento das prestações anteriormente pactuadas entre as partes, isto é, cujos efeitos não eram possíveis de evitar ou impedir (artigo 393, do Código Civil).

Três são, portanto, os requisitos que caracterizam a força maior e o caso fortuito: (i) a natureza insuperável do fato, ou seja, fato em relação ao qual o dano seja resultado obrigatório; (ii) a inevitabilidade do fato, quando o evento danoso não possa ser impedido em seus efeitos; e (iii) a impossibilidade de cumprimento da prestação, de forma razoável, pelo prestador.²²

Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

[...] a lei equipara, portanto, os dois fenômenos. Para o código, caso fortuito e força maior são situações invencíveis, que refogem às forças do devedor, impedindo e impossibilitando o cumprimento da obrigação. É o inadimplente que deve provar a ocorrência desses fatos. Há dois elementos a serem provados, um, de índole objetiva, que é a inevitabilidade do evento, e outro de índole subjetiva, isto é, ausência de culpa. Deve o devedor provar que o evento surpreendente não poderia ter sido previsto ou evitado.²³

Consoante doutrina majoritária, a imprevisibilidade não constitui requisito para a caracterização da força maior ou do caso fortuito.²⁴

Ressalta-se que inexistente discricionariedade para a Administração negar a prorrogação. Trata-se de atividade vinculada, cujos pressupostos estão arrolados no texto legal.

à vontade das partes, mas decorrente da vontade humana (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 4 – direito das obrigações, p. 331). Todavia, contrapondo-se a tal entendimento, alguns doutrinadores concebem o caso fortuito como acontecimento natural, derivado da força da natureza, e a força maior como acontecimento que envolve um elemento humano (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, v. 14 – direito das obrigações).

A polêmica é justificada, visto que ambos conduzem sempre a um mesmo efeito. Porém caso fortuito abarca acontecimento resultante de ato alheio (fato de outrem) que supere os meios de que dispõe para evitá-lo (por exemplo, guerra, greve, revolução). Por sua vez, a força maior traz implícito um acontecimento natural ou evento decorrente da força da natureza (fato natural) (por exemplo: erupção vulcânica, terremoto). Assim, a característica do caso fortuito é todo acidente não previsto e inevitável e a força maior é o evento decorrente da natureza. Ambos os casos podem ter natureza subjetiva, ausência de culpa na produção do resultado; ou objetiva impossibilidade de evitar o fato.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 302.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 2 (Teoria geral das obrigações e dos contratos), p. 254.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado*: conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 705.

2.3 Alteração dos contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços

Especificamente no Sistema de Registro de Preços, o Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, determina que verificada, ao longo da validade da Ata, modificação dos preços de mercado para objetos equivalentes aos registrados ou, até mesmo, a elevação dos custos, seria facultada à empresa a possibilidade de modificação das propostas (artigo 12, §3º).

Segundo a doutrina, existe, inclusive, a possibilidade de liberação do sujeito pelos efeitos de sua proposta, se este não se dispuser a reduzir seus lucros ou se a Administração reputar inoportuno ou inconveniente elevar os preços registrados.²⁵

Além da doutrina, a modificação da proposta constante do Registro de Preços, em circunstâncias especiais, também é admitida pelo Egrégio Tribunal de Contas da União ao analisar situação envolvendo o “realinhamento” de preços, especialmente em Registro de Preços resultante de Pregão.²⁶

2.4 Inexecução contratual em virtude de força maior ou caso fortuito

Além das hipóteses já relatadas, a força maior ou caso fortuito poderia inviabilizar a execução do contrato por motivo alheio à vontade do contratado, ou seja, em face da superveniência de fato estranho à vontade das partes que impediu a execução do contrato avençado. Nestes casos não é necessária a expressa previsão legal, pois é um princípio fundamental do Direito que ninguém pode ser constrangido a realizar o impossível. Ou seja, a força maior e o caso fortuito produzem a inviabilidade da execução da prestação tendo em vista alteração radical do panorama fático.

O artigo 66, da Lei nº 8.666/93, consagra o princípio da teoria geral dos contratos segundo o qual o contrato faz lei entre as partes – imutabilidade do *contractus lex*. Nos contratos administrativos, além do contrato ter de ser executado fielmente pelas partes, estas também devem observar o instrumento convocatório e a proposta que deram origem ao ajuste, por serem parte integrante dele. Tanto é assim que a Lei prevê ser cláusula obrigatória nesses contratos aquela que estabeleça “a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor” (artigo 55, inciso XI da Lei nº 8.666/93).

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 190, 191, 193 e 212.

²⁶ BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. Acórdão nº 25/2010-Plenário, TC-026.754/2009-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 20.01.2010.

Admite-se, inclusive, que o particular contratante deve cumprir estritamente suas obrigações, com maior rigor que entre particulares, por estar comprometido com interesses públicos.

Acontece que, em determinadas situações, fazer cumprir os exatos termos ajustados no contrato/edital/proposta, com base na força vinculante que eles possuem, pode conduzir a inconvenientes, senão, a verdadeiros absurdos. Claro é, portanto, que qualquer obrigação tem limites. Em outras palavras, pela própria natureza das coisas, faz-se sentir o problema da alteração das circunstâncias, que leva a afetações indiretas no contrato/edital/proposta e, por conseguinte, à relativização da obrigatoriedade destes instrumentos vinculatórios.²⁷

²⁷ A necessidade de, num plano público, enquadrar e resolver as alterações de circunstâncias levou os diversos ordenamentos a procurarem soluções, sendo as mais tradicionais: (i) o fato da administração (descumprimento contratual); (ii) a alteração unilateral do contrato; (iii) o fato do príncipe; (iv) a teoria da imprevisão; (v) a sujeição ou interferências imprevistas; e, por fim, (vi) a força maior ou caso fortuito.

Fato da administração, para a maioria da doutrina, constitui ato de violação contratual. Pois se trata de conduta que retarda ou impeça a execução contratual, que torne impossível a execução ou que provoque seu desequilíbrio econômico-financeiro (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 215; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 256; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 368; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 542; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 585; entre outros). Tal conduta de descumprimento contratual é praticada por vontade da Administração, logo, é a Administração responsável pela sua conduta, respondendo pelos prejuízos que causar ao contratado, além de poder, eventualmente, alegar a *exceptio non adimpleti contractus*, que, em apertada síntese, poderia ser definida como a defesa oponível por uma parte contratante de recusar-se a cumprir suas obrigações em relação à outra que já se encontra inadimplente. Caso uma das partes, portanto, não cumpra com seu dever, terá a outra direito de opor-lhe a exceção. Ressalta-se que existe ainda divergência quanto à possibilidade desta exceção ser aplicada nos contratos administrativos.

Outra afetação indireta seria a alteração unilateral do contrato. Trata-se de uma das principais prerrogativas da Administração nos contratos administrativos. Tem a Administração a faculdade de inovar, unilateralmente, as cláusulas de serviço, adaptando as estipulações contratuais às novas necessidades e conveniências públicas. O fato do príncipe é definido como a determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista ou imprevisível que onera substancialmente a execução do contrato administrativo (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 214-215). Caracteriza-se, portanto, como ato geral do poder público que repercute diretamente sobre o contrato, ou seja, trata-se de autoridade não diretamente relacionada com o contrato, mas que, ao emanar um determinado ato, atinge reflexivamente a sua execução. Discute-se, na doutrina, se o fato do príncipe apenas decorre de atos provenientes de autoridades integrantes da mesma esfera de governo que celebrou o contrato ou não. Para alguns atos de autoridade de outras esferas aplica-se a teoria da imprevisão.

A teoria da imprevisão é aplicável sempre que fatos anômalos causem efeitos que ultrapassem a razoável previsão humana, sejam tais fatos derivados de atos decorrentes de outras autoridades que não a contratante, por instabilidade econômica ou social ou por acontecimentos naturais. Tais fatos devem tornar excessivamente onerosa a prestação a cargo do particular, do contrário, não se aplicará tal teoria. Deve o fato ser intolerável, excedendo aos riscos normais de qualquer negócio jurídico.

As sujeição ou interferências imprevistas são eventuais dificuldades de ordem material que as partes não poderiam prever ou antecipar e que fazem pesar uma carga grave e anormal para o privado. É considerada, para a doutrina, como sujeição imprevista (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 584-584). Compreendem fatos anteriores à contratação, pretérito, os quais são revelados em momento posterior, ou seja, eram desconhecidos ou não era exigível que fossem conhecidos.

Por fim, a força maior ou caso fortuito, afetação indireta existente no caso sob exame, é a circunstância externa ao contrato, estranha às vontades das partes, imprevisível, excepcional, inevitável, que causa desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 260-261).

É este o caso, por exemplo, da ausência de determinado produto no mercado, em razão da descontinuidade da fabricação do produto, entre outros.

Em qualquer caso, inicialmente, ter-se-á que observar se os requisitos para a caracterização da força maior e do caso fortuito estão presentes. Onde o primeiro requisito seria a natureza insuperável do fato, o segundo, a sua inevitabilidade, e por fim, o terceiro requisito seria a impossibilidade de cumprimento da prestação.

Tomando como situações hipotéticas o caso anterior (ausência de determinado produto no mercado), pode-se mencionar que, para o TJSP,²⁸ determinada empresa, por dificuldade na importação, não pode ser culpada caso não atue no ramo de fabricação das peças necessárias à recuperação dos equipamentos. Segundo este Tribunal, existe excludente de responsabilidade por motivo de força maior, logo, inexistente culpa da empresa e, por consequência, qualquer violação de regras contratuais. Para os desembargadores, a impossibilidade de entrega ou a demora na importação de peças não pode ser debitada à fornecedora que não atue no ramo de fabricação das peças necessárias à recuperação dos equipamentos.

É fato que, no caso hipotético, tal descontinuidade deve estar devidamente provada, além de comprovar que os produtos licitados realmente estavam em falta no mercado. Em decisão do TRF5,²⁹ empresa do ramo de informática insurge-se contra a condenação ao pagamento de multa aplicada pela Administração, em razão de descumprimento de contrato administrativo, argumentando que não se absteve de realizar o serviço contratado, mas que, por uma questão de mercado, entregou equipamentos de informática de melhor qualidade do que aqueles solicitados. Para o TRF5 é insuficiente, por exemplo, a busca apenas em fornecedores locais, haja vista que, para cumprir o contrato administrativo, ao qual voluntariamente aderiu, a empresa deveria ter efetuado buscas nas capitais maiores, mais próximas ou mesmo na própria internet. São, portanto, condições *sine qua non* para a modificação da proposta tais comprovações.

Ressalta-se, portanto, que o licitante deve comprovar a descontinuidade na fabricação, demonstrando, ainda, a busca entre os fornecedores nacionais e internacionais. Significa que na situação hipotética, por exemplo, independentemente da existência ou não de uma obsolescência programada ou planejada,³⁰ ou da simples

²⁸ SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. APL 992060066252 SP, Relator: Júlio Vidal. Julgamento: 23.03.2010. Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 08.04.2010.

²⁹ BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF-5*. APELAÇÃO CÍVEL Nº 372902/RN (2002.84.00.009210-0). RELATOR: DES. FED. LEONARDO RESENDE MARTINS (Convocado); ORIGEM: 3ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE – RN.

³⁰ Trata-se de uma estratégia dos fornecedores para estimular a aquisição de novos produtos em um curto período de tempo, objetivando, com isso, alavancar suas vendas e, conseqüentemente, aumentar seu lucro. Bruno Miragem (MIRAGEM, Bruno. Vício oculto, vida útil do produto e extensão da responsabilidade do fornecedor: comentários à decisão do Resp 984.106/SC, do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 85, p. 325 *et seq.*, jan. 2013) define esta prática – que é, na verdade, discutida desde a década de 1920 – como a “[...] redução artificial da durabilidade de produtos ou do ciclo de vida de seus componentes, para que seja

disponibilização, no mercado, de novas versões dos produtos ofertados,³¹ no setor de informática, é relativamente comum um empresário não conseguir oferecer o produto conforme especificações técnicas do edital de licitação.

Logo, além da imprevisibilidade não constituir requisito para a caracterização da força maior ou do caso fortuito em setores econômicos que não o de informática, neste setor, a inaplicabilidade de tal requisito mantém-se evidente. Não se pode falar em previsibilidade nos padrões de outros ramos que não o de informática. O progresso no campo da informática se desenvolve segundo padrões de dinamismo que escapam à previsibilidade de curto prazo e que seguem ritmos diversos daqueles conhecidos há algumas décadas.

Conclui-se, assim, plenamente possível a substituição do produto, desde que respeitada à substância da proposta, ou seja, a finalidade da licitação. Teoricamente, ainda, é possível reconhecer até mesmo o direito de o particular obter a recompenção da equação econômico-financeira do contrato,³² ponto que se abordará mais adiante.

Nesses casos, possuía a Administração duas opções ou uma alternativa: (i) ou se executava o contrato com outro produto equivalente ou de qualidade superior ao da proposta; (ii) ou se promovia a extinção do contrato derivada da força maior ou do caso fortuito (artigo 78, inciso XVII c/c artigo 79, inciso I, da Lei nº 8.666/93).

Tal margem de liberdade, porém, pode ser interpretada como inexistente na análise de eventual caso concreto. Isso porque a segunda opção (extinção do contrato) originaria para a Administração uma necessária reparação dos danos (artigo 79, §2º, da Lei nº 8.666/93), causando um prejuízo ao erário, além de precisar promover nova licitação, o que também ocasionaria gastos desnecessários à Administração. Deste modo, entende-se que a única opção válida, ou seja, igualmente justa e idônea (ou legalmente indiferente), pode vir a ser, para o caso concreto, a substituição do

forçada a recompra prematura". Sobre o tema, vide: PACKARD, V. *Estratégia do desperdício*. São Paulo: Ibrasa, 1965.

O tema foi recentemente analisado pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do Recurso Especial 984.106, realizado em 4.10.2012 (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 984106. SC. Julg. 4.10.2012. Acesso em: 25 fev. 2013). No acórdão, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, foram citados como exemplos desta prática: "a reduzida vida útil de componentes eletrônicos (como baterias de telefones celulares), com o posterior e estratégico inflacionamento do preço do mencionado componente, para que seja mais vantajosa a recompra do conjunto; a incompatibilidade entre componentes antigos e novos, de modo a obrigar o consumidor a atualizar por completo o produto (por exemplo, softwares); o produtor que lança uma linha nova de produtos, fazendo cessar aodadamente a fabricação de insumos ou peças necessárias à antiga".

³¹ Com efeito, o próprio Código de Defesa do Consumidor estabelece que um produto não pode ser considerado defeituoso caso outro de melhor qualidade seja disponibilizado no mercado (artigo 12, §2º, CDC). O que a legislação consumerista determina é que os produtores mantenham a oferta de componentes e peças de reposição no mercado enquanto não cessar a fabricação ou a importação do produto. E, quando isso ocorrer, a oferta de tais peças deve ainda perdurar por um período razoável de tempo, prazo que deverá ser compatível com o tempo de vida útil normal do equipamento (artigo 32, parágrafo único, CDC).

³² No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. Modificação de proposta – cabimento e requisitos. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 6, n. 63, p. 343-358, maio 1999, p. 349.

produto, afinal, não adotar tal caminho violaria os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, economicidade, entre outros. Deduz-se, assim, que esta duplicidade de encargos para a Administração faz com que sua liberdade de escolha se reduza a apenas uma opção, legalmente justa e válida.³³

3 Condicionantes para substituição do produto durante a execução do contrato em virtude de força maior ou caso fortuito

Observada a possibilidade da substituição do produto durante a execução do contrato, em virtude de força maior ou caso fortuito, passa-se a enfrentar as condicionantes para tanto, segundo a jurisprudência e a doutrina.

A jurisprudência admite a substituição do objeto contratado desde que seja mais vantajoso para a Administração Pública, e esta aceite tal substituição.

Segundo o TRF5,³⁴ além da superioridade dos produtos fornecidos, em comparação com aqueles contratualmente previstos, não afastaria a indispensável concórdância do ente público com a substituição proposta. Isso decorre da própria regra geral prevista no artigo 313 do Código Civil de que “o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”. Demonstrar-se-á, logo adiante, que tal regra não poderia ser aplicada nos contratos administrativos ou, dependendo das cláusulas neles dispostas, nos contratos privados da Administração (semipúblicos).

Já para o TJDF,³⁵ a substituição do produto licitado não pode ser deferida se for contrária aos interesses da Administração e se implicar violação a princípios que regem a licitação, como o da vinculação ao instrumento convocatório e da igualdade entre os licitantes. Logo, a contrário senso, se não for oposta aos interesses da Administração e não implicar violação aos princípios, caberia eventual substituição do produto.

Vale ressaltar que a substituição de produto também já foi admitida pela Advocacia-Geral da União no PARECER/CONJUR/MTE/Nº 323/2008 (Processos nº 46165.000026/2008-31- 46165.000043/2007-98 - 46012.002204/2007-21), em que a empresa Renault do Brasil S.A., instada a manifestar-se acerca da não entrega

³³ Em sentido similar, pode-se citar a Decisão 215/1999 do TCU (BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. DC-0215-18/99-P, Sessão: 21.05.99, Grupo II - Classe III – Plenário, Relator: Ministro JOSÉ ANTONIO BARRETO DE MACEDO - Consulta). Tal estabelece condições necessárias para se considerar regular a alteração contratual além do limite fixado no artigo 65, da Lei nº 8.666/93.

³⁴ BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF-5*. APELAÇÃO CÍVEL Nº 372902/RN (2002.84.00.009210-0). RELATOR: DES. FED. LEONARDO RESENDE MARTINS (Convocado); ORIGEM: 3ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE – RN.

³⁵ DISTRITO FEDERAL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal*. APC 20020110401404 DF. Relator: VASQUEZ CRUXÊN. Julgamento: 09.05.2007. Órgão Julgador: 3ª Turma Cível. Publicação: DJU 14.06.2007 Pág.: 144.

dos veículos no prazo acordado, justificou o descumprimento do prazo de entrega dos veículos em razão do atraso provocado pela greve dos Auditores da Receita Federal. No entanto propôs a substituição do modelo dos veículos com entrega imediata em razão de estarem estocados no pátio da fábrica, em São José dos Pinhais, no Estado do Paraná, alegando que:

Desta forma, tendo em vista o atendimento exemplar que esta instituição merece, novamente colocamos como opção a substituição do modelo adquirido (CLIO SEDAM AUTHENTIQUE) pelo novo modelo RENAULT LOGAN PRIVILÈGE 1.6 16v. Por se tratar de um veículo de maior valor econômico e superior em suas características, apresentamos material comparativo entre os veículos Clio Hatch authentique 1.6 16v e o novo RENAULT LOGAN PRIVILÈGE 1.6 16v, ratificamos a superioridade do lançamento da Renault do Brasil e que poderá satisfazer integralmente o pleito deste órgão em suas aquisições, demonstrando ainda que o mesmo supera em diversos itens o veículo anteriormente licitado.

Doutrinariamente, além dos autores já mencionados até aqui, pode-se citar Jessé Torres Pereira Junior,³⁶ que também admite tal possibilidade aduzindo que:

Diante dos termos imperativos da norma, tem sido indagado se a rejeição também seria incontornável caso o contratado se dispusesse a fornecer ou a executar objeto que, conquanto diverso do previsto, atendesse ao especificado no edital e no contrato, e até superasse. A hipótese que volta e meia ocorre é a do *produto cotado na proposta ausentar-se do mercado no momento da entrega, levando a adjudicatária a propor a sua substituição* por outro que cumpra as mesmas junções, sem alteração de preço. Tal *proposta não colidirá com a regra do art. 76, podendo ser aceita, desde que o produto sucedâneo seja comprovadamente apto a realizar todas as junções do substituído, com padrão de qualidade equivalente ou superior e sem alteração de preço*. Nessas circunstâncias, o fornecimento ou a execução não se faria em desacordo com o contrato (sem grifos no original).

Apesar de ser o entendimento aqui sustentado, há quem inadmita tal substituição por entender que seria uma burla à licitação, afinal, como já visto, outras empresas poderiam participar do procedimento licitatório. Poder-se-ia até mesmo visualizar situações em que determinada empresa deixasse de participar do certame ao se deparar com o objeto licitado. Por isso, para outra corrente, jamais se poderia modificar o objeto depois de já licitado.

Entendendo possível a modificação, passa-se a analisar além dos condicionantes anteriores, outros que se creem necessários para tanto: (i) que a modificação

³⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 702.

responda à necessidade do interesse público; (ii) que se justifique devidamente esta necessidade; (iii) que a proposta seja comprovadamente equivalente ou superior à anterior e, portanto, apta a realizar todas as atribuições do substituído; (iv) que não afete as condições essenciais do contrato; (v) que, se possível, não exista alteração de preço; (vi) que se tenha a concordância da Administração; e (vii) que haja a publicação de aditamentos ou, pelo menos, um simples apostilamento.

3.1 Modificação deve responder à necessidade do interesse público

A busca do interesse público é de difícil conceituação dada a sua fluidez e temporalidade. Apesar de o interesse público já ter gravitado sobre diversas órbitas,³⁷ entende-se que ele não é o somatório de interesses individuais de cada cidadão e dos grupos.³⁸ Esses devem buscar por si mesmos seus interesses, caso contrário, ter-se-á, de um lado, um Estado paternalista e poderoso; e, de outro, uma sociedade dependente, desestimulada, acomodada e debilitada.

Como já colocado, o homem, muito pelo fato de ser um animal gregário, em sua evolução, percebeu que alguns interesses individuais poderiam ser melhor atendidos caso se conjugassem os esforços de um grupo. Ademais, foi isso que determinou a junção e cooperação entre os homens, criando uma sociedade organizada.

Logo, na vida em sociedade organizada, surge o conceito de interesse público que importa, pois nela brotam necessidades coletivas – que agrupam interesses gerais, coletivos e difusos –, que a sociedade remete ao Estado para que as satisfaça por meio de ações públicas juridicamente embasadas, ou por meio de ações jurídicas politicamente fundadas.³⁹

Assim, entende Marcelo Rebelo de Matos Sousa que:

A Administração e o direito administrativo só podem compreender-se com recurso à ideia de interesse público. O interesse público é o norte da

³⁷ Inicialmente, confundia-se o interesse do rei com o interesse público. Passou-se, então, por um positivismo jurídico que continha, nas legislações ordinárias, sua definição e, atualmente, com o pós-positivismo, tem-se deslocado para a sede constitucional a dicção fundamental do interesse público, remanescendo ao legislador ordinário a tarefa de especificá-los.

³⁸ A ideia de que o que beneficia a todos deve prevalecer sobre o que beneficia a alguns deriva da concepção de bem comum (*bonum commune, felicitas communis, bonum totius*), que Alfred Verdross (VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. México D. F.: UNAM, 1962, p. 389) define como: “conjunto de los bienes obtenidos por la acción conjunta de los hombres, indispensable para que cada persona pueda configurar su vida en armonía con la dignidad humana”.

³⁹ José Antonio García-Trevijano Fos (GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1974, p. 415) ressalta que o conceito de interesses públicos está caracterizado como “un concepto standard, móvil, un concepto válvula, contingente y que varía en relación con el momento, el lugar y las circunstancias de hecho de toda índole. Interés público existe en un momento determinado y puede no existir en otro”. Há de se ter cuidado com o fato de que o motivo “interés público” possa vir a ser usado como justificação de qualquer ação do Estado, como se ele justificasse tudo.

Administração Pública; [...]. Sendo a função administrativa uma função secundária do Estado, o que se traduz na sua subordinação ao princípio da legalidade, não cabe à Administração qualquer papel na escolha dos interesses públicos a prosseguir, aquela está vinculada a prosseguir o interesse público tal como primariamente definido pela Constituição e objeto de concretização pela lei, através da identificação dos contornos das necessidades coletivas a satisfazer, da decisão da sua satisfação por processos coletivos e da definição dos termos mediante os quais tal satisfação deve processar-se. O princípio da prossecução do interesse público constitui, portanto, um dos mais importantes limites da margem de livre decisão administrativa, assumindo duplo alcance.⁴⁰

Miguel Sánchez Morón, por sua vez, dita que:

La administración es, pues, aquella institución pública que se singulariza (y se legitima) por su función de servicio (con objetividad) de los intereses generales [...].

En otras palabras, la Administración es una organización destinada al servicio de la sociedad, del bien común, de los intereses generales que han sido definidos por las normas jurídicas y, en el marco de las mismas, por los órganos gubernativos democráticamente elegidos (de manera directa o indirecta) por los ciudadanos; órganos que tienen una indiscutible legitimidad democrática y que dirigen políticamente las diferentes instancias administrativas territoriales y adoptan las decisiones administrativas más importantes.

[...]

Estos caracteres son precisamente los que [...] legitiman la atribución a la Administración de un conjunto de poderes, facultades y prerrogativas de derecho público, empezando por la presunción de legalidad de sus actuaciones y la consiguiente ejecutividad de sus decisiones. Tales atribuciones jurídicas no constituyen, pues, una anomalía (o un “privilegio”, como suele decirse tan impropriamente) que haya reducir al mínimo, sino que son los instrumentos necesarios para que la Administración pueda desempeñar la función que tiene constitucionalmente encomendada, al servicio de la colectividad.⁴¹

Há, portanto, obediência irrenunciável ao interesse público. Esta é uma obrigação que a Administração tem o dever de cumprir. É uma carga que jamais poderá ser deixada de lado ao realizar qualquer atuação. Deve esta, portanto, respeitá-los, afinal, esse é o seu norte, sua razão de ser e o que a justifica e dá fundamento à atividade administrativa.

⁴⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*. 2. ed. Lisboa: Don Quixote, 2004, Tomo I, p. 201.

⁴¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 99.

3.2 Justifique a necessidade de modificação

Toda e qualquer atuação administrativa deve ser devidamente motivada. O administrador precisa enunciar expressamente as razões de fato e de direito que autorizaram ou determinaram a prática de um ato jurídico, dando conhecimento do *iter* recorrido pela Administração. Não se aceita qualquer motivação, deve esta ser, sempre que possível, explícita, suficiente, clara e congruente.⁴²

Recorda-se, ainda, que é o princípio da interdição da arbitrariedade que obriga a que o ato de poder praticado esteja suportado por uma motivação, afinal, se não houver motivação que sustente a decisão, o único apoio desta será a vontade de quem a adota, apoio insuficiente em um Estado de Direito.⁴³

Sem motivação, não há como fazer o controle da atuação administrativa. O dever de motivar se justifica, principalmente, para que o controle seja possível. Dessa forma, deve a alteração ser sempre justificada.

3.3 Produto equivalente ou superior ao anterior

A ideia da “vantajosidade” é o fim maior da licitação. Tal finalidade se explica pelo princípio da legalidade finalística (ou juridicidade), que – diferentemente da mera legalidade, a qual possui uma visão apenas adstrita ao que se encontra no texto legal – possui uma visão finalística atendendo ao que o legislador procurou assegurar como objetivo da norma, ou melhor, o que ela visa atingir.

Almejar um produto equivalente ou superior tem estreita ligação com a ideia de administração de resultado, construção doutrinária desenvolvida na Itália,⁴⁴ onde se

⁴² Manuel Segura Ortega (ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 81): “Desde una perspectiva teórica es posible señalar las condiciones que debe cumplir cualquier motivación para que pueda considerarse satisfactoria. En este sentido puede decirse que la justificación de una decisión debe proyectarse sobre cuatro aspectos fundamentales: las normas, los criterios interpretativos, los hechos y, por último, el establecimiento de las consecuencias jurídicas”.

⁴³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 81.

⁴⁴ Na Itália, ainda há divergência na terminologia. Alguns a chamam de “Amministrazione di risultati” (IRELLI, Vincenzo Cerulli; LUCANI, Fabrizio. *La semplificazione dell’azione amministrativa*. *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, Milano, ano 1, n. 3 e 4, p. 617-656, lug./dic. 2000; CORSO, G. *Amministrazione di risultati*. In: AA. VV. *Anuario dell’associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 127 e ss), outros de “Amministrazione di risultato” (IANNOTTA, Lucio. *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dell’interesse legittimo al buen diritto*. In: AA. VV. *Diritto processual amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 299 ss; *Idem*. *Costruzione del “futuro” delle decisioni e giustizia nell’Amministrazione di risultato*. In: AA. VV. *Economia, diritto e politica nell’amministrazione di risultato*. Torino: G. Giappichelli, 2003; TASSONE, A. Romano. *Sulla formula “amministrazione per risultati”*. In: AA. VV. *Scritti in onore di elio cassetta*. Napoli: Jovene, 2001, p. 813 ss; FERRARA, Rosario. *Introduzione al diritto amministrativo: Le pubblicazioni amministrative nell’era della globalizzazione*. Roma-Bari: Laterza, 2003; CAMMELLI, Marco. *Amministrazione di risultato*. In: AA. VV. *Anuario dell’associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 107 e ss; SPASIANO, Mario Rosário. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003) e, por fim, *Amministrazione per risultati* (GIUSEPPE, Guarino. *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni ’80*. Milano: Giuffrè, 1985).

passou a reconhecer uma relevância jurídica atribuída ao resultado como evolução do conceito de eficácia e concepção muito similar à ideia da boa administração desenvolvida, também, pelos italianos.⁴⁵

Desta forma, apenas será cabível a substituição do produto se a Administração conseguir outro produto comprovadamente equivalente ou superior ao anterior e, portanto, apto a realizar todas as atribuições do substituído.

A ideia, na verdade, não é saber se houve ou não vantagem para a Administração, esta já foi culminada com a adjudicação do licitante vencedor. A condicionante para a substituição do produto tem, no fundo, relação com a inexistência de prejuízo.

3.4 Não afete as condições essenciais do contrato

Para ser possível substituir o produto, é condicionante que a essência do objeto licitado permaneça inalterada.

Marçal Justen Filho⁴⁶ concorda com a possibilidade de alterar a proposta desde que a divergência apresentada não altere a essência do produto que a Administração pretende adquirir:

Obviamente, a oferta de vantagens ou benefícios não previstos ou superiores aos determinados no ato convocatório não prejudica o licitante. Se o benefício não for de ordem a alterar o gênero do produto ou do serviço, nenhum efeito dele se extrairá. Porém, se a vantagem configurar, na verdade, outra espécie de bem ou serviço, deverá ocorrer a desclassificação da proposta – não pela ‘vantagem’ oferecida, mas por desconformidade com o objeto licitado.

3.5 Inexistir alteração de preço sempre que possível

Ainda dentro da concepção da “vantajosidade”, há quem diga que, para uma possível substituição do produto, o novo produto apresentado não poderia exibir alteração no preço. Na verdade, quando os autores mencionam a inexistência de alteração do preço, o que se busca é a inaplicação do equilíbrio econômico-financeiro

⁴⁵ Sobre este novo marco paradigmático do Direito Administrativo, confirmam-se os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 133): “O que até aqui se depreende das considerações apresentadas é que a Constituição de 1988, com louvável antecipação, já estabelece todo o fundamento necessário para a afirmação e aplicação em nosso país da doutrina da, assim denominada, administração de resultado, ou seja: confere uma base institucional da legalidade finalística ou, melhor e mais amplamente, para empregar a denominação já difundida na literatura jurídica, por envolver também a legitimidade: uma base institucional da juridicidade finalística, no direito público brasileiro. Na realidade, essa promissora doutrina se vem consolidando dentro de uma nova concepção das próprias relações entre os cidadãos e a administração pública, como especificamente voltada à afirmação de seu dever funcional de proporcionar resultados concretos e materializados em uma boa e justa atribuição de bens e serviços às pessoas, como um *proprium* da função administrativa”.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

do contrato. Isto é, sempre que possível, deve a Administração substituir o produto por equivalente ou superior sem que isso reflita no preço em comparação com o substituído, pois, caso o preço mude, ter-se-á que aplicar o princípio do equilíbrio econômico-financeiro.

Logo, não se trata necessariamente de uma condicionante, mas sim de uma recomendação. O Estado deve evitar prejuízos, mas, caso não exista outro produto substituível no mesmo patamar de preço do anterior, terá ele que equacionar também o lucro do particular.

3.6 (Des)necessidade de concordância da Administração

É imperioso ressaltar que nenhuma substituição poderia ter sido promovida unilateralmente pelo contratado, sendo indispensável a comunicação e manifestação da Administração, mas não necessariamente a concordância, como alguns advogam.

Isso decorre da própria regra geral prevista no artigo 313 do Código Civil de que “o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”.

Segundo Marçal Justen Filho:

[...] a Administração não poderá recursar a modificação que se traduzir em ampliação de suas vantagens e benefícios. Se a prestação que o particular se propõe a realizar é qualitativamente superior àquela constante de sua oferta, não é cabível recusa do Estado. Verifica-se, nesse ponto, diversidade entre os regimes jurídicos de direito público e privado.

No âmbito do direito privado, é regra que o credor não está obrigado a aceitar prestação distinta daquela objeto do contrato, ainda que mais valiosa ou vantajosa. Prestigia-se o postulado da autonomia de vontade, impondo-se ao devedor sujeição aos termos estritos de sua vinculação. O bem objeto da prestação não pode ser alterado sem concordância de ambas as partes contratuais. A oposição do credor, mesmo que irracional, não comporta repúdio do Direito.

Diversamente se passa *no campo do Direito Público*. É que nenhuma conduta arbitrária, irracional ou prepotente se faculta aos agentes públicos. *Não lhes cabe competência para recusar a outorga de vantagem – eis que o benefício se dirige à coletividade, não a eles próprios*. Podem opor-se sobre o argumento de que a vantagem é apenas aparente, não se traduzindo em efetivo benefício para o interesse público. Fora daí, *estão obrigados a receber a prestação ofertada pelo particular, ainda que distinta daquela in obligatione, se a vantagem for maior do que o inicialmente previsto* (sem grifos no original).⁴⁷

⁴⁷ No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. Modificação de proposta – cabimento e requisitos. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 6, n. 63, p. 343-358, maio 1999, p. 351 e 352.

Trata o autor, na verdade, de uma variável da criação alemã da teoria da redução da discricionariedade a zero (*Ermessensreduzierung auf Null* ou *Ermessensschumpfung*). Ou seja, o número de alternativas ou opções ante uma situação hipotética é sempre maior em comparação com o caso concreto. Na discricionariedade, o agente público, ante toda situação de fato, terá de optar por alguma das consequências, que podem deixar de existir frente às peculiaridades de cada situação. No caso, sempre que não houver prejuízo à Administração na substituição de produto durante a execução do contrato em virtude de força maior ou caso fortuito, inexistirá a necessidade de concordância (discricionária), sendo a Administração obrigada a aceitar a alteração.

Resta saber se tal situação continuaria caso houvesse um impacto substancial no preço do equipamento. Ou seja, estaria a Administração obrigada a aceitar objeto diverso do licitado mesmo quando evidente a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro? Neste caso, parece que a concordância, por parte da Administração, seria evidente e necessária.

3.7 Publicação de aditamentos ou simples apostilamento

Toda alteração ou modificação contratual, unilateral ou pactuada, deve, em regra, ser formalizada mediante a celebração de termo aditivo. Nos artigos 60, *caput*, e 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, tem-se os requisitos formais para a celebração dos contratos administrativos e seus aditamentos, com vistas a conferir-lhes o caráter de oficialidade. Entre tais, tem-se a necessidade de publicação na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia.

Deste modo, sempre que ocorrer alteração de cláusula contratual, em especial a prorrogação do prazo de vigência, deve a Administração promover a celebração de termo aditivo. O aditamento é necessário, também, em casos como alteração do nome ou denominação empresarial da contratada, alteração do endereço da contratada, retificação de cláusula contratual e retificação de dados da empresa contratada; entre outros.

Agora, nem todos os eventos que ocorrem durante a execução do contrato, exigem a lavratura de um termo aditivo. O artigo 65, §8º, da Lei nº 8.666/93 prevê os casos que não caracterizam alteração do contrato e que, por isso, dispensam a celebração de aditivos. Não significa, porém, que nada deva ser feito. Tais circunstâncias devem ser formalizadas via simples averbação, apostilamento ou anotação no contrato.

O apostilamento, termo mais comum, existe para registrar os resultados da aplicação das cláusulas e condições pactuadas exclusivamente para: (i) variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato; (ii) atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições

de pagamento previstas; e (iii) empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido.

Desse modo, entende-se necessária a realização de aditamento quando houver modificações das condições inicialmente pactuadas, ao passo que o apostilamento será necessário para registrar o resultado ou reflexo da aplicação das cláusulas contratuais.

Outra diferença que importa aqui mencionar diz respeito à faculdade. O apostilamento constitui uma faculdade da Administração, já o aditamento não. Além disso, o termo aditivo confere maior segurança jurídica, visto que nele existe a obrigatoriedade de publicação na imprensa oficial, mecanismo desnecessário no apostilamento.

Conclui-se, assim, que a substituição do produto durante a execução do contrato é considerada alteração contratual e, portanto, sujeita à feitura de termo aditivo, agora, caso um mero componente do produto seja substituído, neste caso, não se caracteriza como uma modificação essencial das condições do contrato. Desse modo, uma simples averbação, apostilamento ou anotação no contrato, sem a necessidade de publicação na imprensa oficial, será suficiente.

4 Princípio do equilíbrio econômico-financeiro

O artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93, prevê o direito do contratante à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando rompido em virtude de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, configurando álea extraordinária e extracontratual.

É exatamente o fato de eventos previsíveis, desde que imprevisíveis suas decorrências, também alcançarem a possibilidade de equilíbrio econômico-financeiro, que a hipótese em concreto, no caso, a força maior e caso fortuito, igualmente enseja tal direito ao contratado.

Significa dizer que qualquer alteração das circunstâncias, que leve a afetações indiretas no contrato/edital/proposta, tem, como contrapeso, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Segundo Henri Zwaflen,⁴⁸ tal “[...] permite ao administrado pretender em certas condições a manutenção das vantagens materiais, a qual constava ou podia constar da boa-fé, no limite do risco assumido”. Existem diferentes mecanismos para o equilíbrio: a revisão, a repactuação, o reajuste e a atualização monetária.⁴⁹

⁴⁸ ZWAHLEN, Henri. *Le contrat de Droit administratif*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1958, p. 647a.

⁴⁹ Sobre tais, vide: KAURT, Diego Nogueira. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos: revisão, recomposição, reajuste e repactuação de preços – uma nova abordagem jurídica. *Revista Controle – Tribunal de Contas do Ceará*, Ceará, v. 10, n. 2, jul./dez. 2012; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p. 217 e ss; entre outros.

Sendo assim, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do Estado, cabe à Administração realizar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato sempre que determinadas circunstâncias ocorrerem. É dizer, não se pode limitar a literalidade da lei ou do pactuado – quando acontecimentos inevitáveis e, naquele momento, insuperáveis, tornem impossível o cumprimento das prestações – caso haja a substituição por produto superior ou até o mesmo, e tal desequilíbrio ostensivamente a relação original. Afinal, além de todos os motivos até aqui expostos, no primeiro caso, se no processo licitatório a Administração desejasse produto superior, talvez, a licitante vencedora não tivesse participado do procedimento licitatório e, no segundo, não possui a contratada culpa pela descontinuidade da produção.

Logo, o fato alheio à vontade dos contratantes que interferiu tanto no conteúdo do contrato como nas circunstâncias pressupostas para a sua execução deverá levar à revisão de cláusula contratual para preservação do equilíbrio inaugural.⁵⁰

Portanto, sobrecargas impostas por fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências imprevisíveis, resultantes de forças estanhas à vontade das partes (artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93), levam à necessidade de (re) equilibrar a equação econômico-financeira do contrato.

Conclusões

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está relacionado à imutabilidade das propostas, e nenhum deles é absoluto, pois podem sofrer limitações sempre que houver uma hipótese de colisão, até porque toda e qualquer regra estabelecida pela Lei nº 8.666/93 não pode ser interpretada de forma restritiva.

Observou-se que durante a execução do contrato, circunstâncias imprevistas poderiam tornar impossível a execução das prestações na forma disposta inicialmente, entre elas: o não comparecimento para firmar o contrato sem hipótese de motivo justificado; a não manutenção do prazo contratual em virtude de força maior ou caso fortuito; e a alteração dos contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços. Todas essas hipóteses decorrem de previsões legais, mas com o artigo pode-se concluir que a força maior ou o caso fortuito poderiam inviabilizar a execução do contrato por motivo alheio à vontade do contratado, ou seja, em face da superveniência de fato estranho à vontade das partes que impediu a execução do contrato avençado.

Para demonstrar tal possibilidade, utilizou-se como caso hipotético a ausência de determinado produto no mercado, em razão da descontinuidade de sua fabricação. Tomando esta situação hipotética, observou-se que a jurisprudência entende que o

⁵⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos: casos dos reajustes salariais. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. *Direito público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 479.

licitante deve comprovar a descontinuidade na fabricação, demonstrando, ainda, a busca entre os fornecedores nacionais e internacionais.

Conclui-se, assim, plenamente possível a substituição do produto, desde que respeitada a substância da proposta, ou seja, a finalidade da licitação. Teoricamente, ainda, é possível reconhecer até mesmo o direito de o particular obter a recompensação da equação econômico-financeira do contrato. Logo, ou o contratado executará o contrato com outro produto equivalente ou de qualidade superior ao da proposta, ou se promoverá a extinção do contrato derivada da força maior ou do caso fortuito (artigo 78, inciso XVII c/c artigo 79, inciso I, da Lei nº 8.666/93).

Tal margem de liberdade, porém, pode ser interpretada como inexistente na análise de eventual caso concreto. Isso porque a segunda opção (extinção do contrato) originaria para a Administração uma necessária reparação dos danos (artigo 79, §2º, da Lei nº 8.666/93), causando um prejuízo ao erário, além de precisar promover nova licitação, o que também ocasionaria gastos desnecessários à Administração. Deste modo, entende-se que a única opção válida, ou seja, igualmente justa e idônea (ou legalmente indiferente), pode vir a ser, para o caso concreto, a substituição do produto, afinal, não adotar tal caminho violaria os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, economicidade, entre outros. Deduz-se, assim, que esta duplicidade de encargos para a Administração faz com que sua liberdade de escolha se reduza a apenas uma opção, legalmente justa e válida.

Observada a possibilidade da substituição do produto durante a execução do contrato, em virtude de força maior ou caso fortuito, passou-se a enfrentar as condicionantes, para tanto, segundo a jurisprudência e a doutrina. A jurisprudência e a doutrina admitem a substituição do objeto contratado desde que seja mais vantajoso para a Administração Pública e esta aceite tal substituição, ou melhor, desde que o produto sucedâneo seja comprovadamente apto a realizar todas as junções do substituído, com padrão de qualidade equivalente ou superior e sem alteração de preço.

Há, porém, quem inadmita tal substituição por entender que seria uma burla à licitação, afinal, outras empresas poderiam participar do procedimento licitatório. Poder-se-ia até mesmo visualizar situações em que determinada empresa deixasse de participar do certame ao se deparar com o objeto licitado. Por isso, para outra corrente, jamais se poderia modificar o objeto depois de já licitado.

Entendendo possível a modificação, passou-se a analisar os condicionantes mencionados pela jurisprudência e pela doutrina e outros que se creem necessários para tanto: (i) que a modificação responda à necessidade do interesse público, afinal esse é o seu norte, sua razão de ser e o que a justifica e dá fundamento à atividade administrativa; (ii) que se justifique devidamente esta necessidade, afinal toda e qualquer atuação administrativa deve ser devidamente realizada, sempre que possível, de forma explícita, suficiente, clara e congruente; (iii) que a proposta seja comprovadamente equivalente ou superior à anterior e, portanto, que o novo produto

seja apto a realizar todas as atribuições do substituído, afinal a ideia da “vantajosidade” é o fim maior da licitação, mas se ressalta que o condicionante para a substituição do produto tem, no fundo, relação com a inexistência de prejuízo; (iv) que não afete as condições essenciais do contrato, é dizer, que o objeto licitado, a essência deste, permaneça inalterada; (v) que, se possível, não exista alteração de preço, é dizer, a substituição do produto por equivalente ou superior sem que reflita no preço em comparação com o substituído, buscando-se a inaplicação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, evitando prejuízos ao erário; (vi) que se tenha a concordância da Administração caso haja prejuízo à Administração, mas, sempre que não houver, inexistirá a necessidade de concordância (discricionária), sendo a Administração obrigada a aceitar a alteração; e (vii) que haja a publicação de aditamentos, pois se entende que a substituição do produto durante a execução do contrato é considerada alteração contratual ou uma simples averbação, apostilamento ou anotação no contrato. Sem a necessidade de publicação na imprensa oficial se existir apenas a substituição de um componente do produto, substituição esta que não afete o produto em si.

Enfim, a ausência de determinado produto no mercado leva à possibilidade de substituição do produto durante a execução do contrato em virtude de força maior ou caso fortuito desde que os condicionantes mencionados sejam respeitados.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos: casos dos reajustes salariais. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. *Direito público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate, 1991.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. MS – MANDADO DE SEGURANÇA – 5418. Relator: DEMÓCRITO REINALDO. Data da Decisão: 25.03.1998. Fonte: DJ 01.06.1998 PG:00024 RDJTDFT VOL.: 00056 PG:00151 RDR VOL.:00014 PG:00133.

_____. MS 5779/DF, MANDADO DE SEGURANÇA 1998/0026226-1. Relator: Ministro JOSÉ DELGADO. Fonte: DJ 26.10.1998 p. 5.

_____. Recurso Especial nº 984106. SC. Julg. 4.10.2012. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. ROMS 15817 RS – 200300015114. Relator: JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Fonte: DJ DATA: 03.10.2005 PG:00156.

_____. *Tribunal de Contas da União*. AC-0394-07/13-P Sessão: 06/03/2013 Grupo: II Classe: VII Relator: Ministro RAIMUNDO CARREIRO – Representação.

_____. Acórdão nº 25/2010-Plenário, TC-026.754/2009-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 20.01.2010.

_____. DC-0215-18/99-P, Sessão: 21.05.99, Grupo II - Classe III – Plenário, Relator: Ministro JOSÉ ANTONIO BARRETO DE MACEDO - Consulta.

_____. *Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF-5*. APELAÇÃO CÍVEL Nº 372902/RN (2002.84.00.009210-0). RELATOR: DES. FED. LEONARDO RESENDE MARTINS (Convocado); ORIGEM: 3ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE – RN.

_____. APELAÇÃO CÍVEL Nº 372902/RN (2002.84.00.009210-0). RELATOR: DES. FED. LEONARDO RESENDE MARTINS (Convocado); ORIGEM: 3ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE – RN.

CAMMELLI, Marco. Amministrazione di risultato. In: AA. VV. *Anuario dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

CORSO, G. Amministrazione di risultati. In: AA. VV. *Anuario dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DISTRITO FEDERAL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal*. APC 20030110633642 DF. Relator: CRUZ MACEDO. Julgamento: 24.11.2008. Órgão Julgador: 4ª Turma Cível. Publicação: DJU 12.01.2009 Pág.: 105.

_____. APC 20020110401404 DF. Relator: VASQUEZ CRUXÊN. Julgamento: 09.05.2007. Órgão Julgador: 3ª Turma Cível. Publicação: DJU 14.06.2007 Pág.: 144.

DROMI, Roberto. *Licitación pública*. 2. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008.

FERRARA, Rosario. *Introduzione al diritto amministrativo: Le pubblicazioni amministrazioni nell'era della globalizzazione*. Roma-Bari: Laterza, 2003.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1974.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GIUSEPPE, Guarino. *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni'80*. Milano: Giuffrè, 1985.

IANNOTTA, Lucio. Costruzione del "futuro" delle decisioni e giustizia nell'Amministrazione di risultato. In: AA. VV. *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*. Torino: G. Giappichelli, 2003;

_____. La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dell'interesse legittimo al buen diritto. In: AA. VV. *Direito processual amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1998.

IRELLI, Vincenzo Cerulli; LUCANI, Fabrizio. La semplificazione dell'azione amministrativa. *Direito amministrativo: rivista trimestrale*, Milano, ano 1, n. 3 e 4, p. 617-656, lug./dic. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. Modificação de proposta – cabimento e requisitos. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 6, n. 63, p. 343-358, maio 1999.

KAURT, Diego Nogueira. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos: revisão, recomposição, reajuste e repactuação de preços – uma nova abordagem jurídica. *Revista Controle – Tribunal de Contas do Ceará*, Ceará, v. 10, n. 2, jul./dez. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRAGEM, Bruno. Vício oculto, vida útil do produto e extensão da responsabilidade do fornecedor: comentários à decisão do Resp 984.106/SC, do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 85, p. 325 et seq., jan. 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 4 – direito das obrigações.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

PACKARD, V. *Estratégia do desperdício*. São Paulo: Ibrasa, 1965.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 70004 108791, PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS, RELATOR: IRINEU MARIANI, JULGADO EM 09.08.2002.

SADDY, André. El concepto de apreciatividad en el Derecho Administrativo (analogías y diferencias con la discrecionalidad administrativa). 2011. 583 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, v. 14 – direito das obrigações.

SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. APL 992060066252 SP, Relator: Júlio Vidal. Julgamento: 23.03.2010. Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 08.04.2010.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. *La licitación pública*. Buenos Aires: BdeF, 2005.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*. 2. ed. Lisboa: Don Quixote, 2004, Tomo I.

SPASIANO, Mario Rosário. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003.

TASSONE, A. Romano. Sulla formula “amministrazione per risultati”. In: AA. VV. *Scritti in onore di elio cassetta*. Napoli: Jovene, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado*: conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. v. 2 – teoria geral das obrigações e dos contratos. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. México D. F.: UNAM, 1962.

ZWAHLEN, Henri. *Le contrat de Droit administratif*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1958.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SADDY, André. Condicionantes para substituição do produto durante a execução do contrato em virtude de força maior ou caso fortuito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 121-152, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.476.
