
PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA
COMPANHIA DOCAS DO RIO DE JANEIRO – CDRJ
REGIME DE CONTRATAÇÃO DA ESTATAL Nº 02/2020

Rio de Janeiro, 23 de abril de 2021.

ASSUNTO: RCE nº05/2020

RCE nº 05/2020.QUESTIONAMENTO SOBRE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO. CABIMENTO CONDICIONADO AO ATENDIMENTO DE PRESSUPOSTOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS.

Senhora Gerente,

I. RELATÓRIO

Na hipótese em foco, trata-se de solicitação da Presidente da CPL de análise e emissão de parecer acerca do questionamento realizado pela empresa DIMENSIONAL ENGENHARIA LTDA sobre reequilíbrio econômico financeiro do contrato a ser celebrado pela CDRJ em decorrência do RCE nº 05/2020, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para a execução das obras de pavimentação viária no cais da Gamboa do porto do Rio de Janeiro.

Aduz a empresa que “há, atualmente, uma situação de total imprevisibilidade de preços e disponibilidade de insumos na construção civil, em decorrência da pandemia. Um dos principais materiais afetados é o aço, que também, possui relevância financeira no caso específico desta obra. Como, a variação do preço deste insumo tornou-se, hoje, imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, é impossível para qualquer licitante a assunção do risco da majoração do seu valor ao longo do período contratual. Repentinos reajustes de preços em percentuais elevados são comunicados às empresas e não são negociáveis”.

Quanto aos aspectos jurídicos, passo a tecer as seguintes considerações.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Convém destacar que compete à GERINC prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e oportunidade da prática dos atos administrativos, que estão reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente, tampouco examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira, salvo hipóteses teratológicas.

O inciso XXI do art. 37 da Constituição da República (CR), determina que as contratações administrativas devem prever cláusulas que “estabeleçam obrigações de pagamentos, mantidas as condições efetivas da proposta” (sem grifos no original).

Depreende-se da leitura do dispositivo em tela que há um direito do particular de que sejam “mantidas as condições efetivas da proposta”, somado ao dever que se impõe à Administração de manter “as condições efetivas da proposta”.

O dispositivo constitucional consagra à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, status supralegal, assegurando de forma inequívoca, sua exigibilidade. Desse modo, é dele que se extrai que a manutenção de um contrato desequilibrado, na acepção econômico-financeiro da palavra, mais que ilegal é inconstitucional. E, de mais a mais, ato infraconstitucional algum pode lhe malferir o cumprimento.

Nas lições de Hely Lopes Meireles, o conceito de que o equilíbrio econômico-financeiro não se trata de “um gracioso privilégio concedido aos que contratam com o Poder Público, mas de uma justa compensação pela alteração unilateral do contrato administrativo, nas condições ou circunstâncias que afetem a parte financeira do ajuste as previsões iniciais da empresa quanto aos seus encargos econômicos e os lucros normais do empreendimento”.

Neste diapasão, relembra-se que o reequilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, pode ser alcançado através dos institutos da revisão, reajuste (em sentido estrito, por índices ou reajustamento de preços) e repactuação.

Pela dúvida suscitada, entende-se que a empresa solicita manifestação da CDRJ, no sentido de ratificar (confirmar) que “as variações nos preços dos insumos, em especial do aço, que ocorrerem após a entrega da proposta, e se descolarem da projeção

inflacionária, ocasionarão a revisão dos preços na mesma proporção”.

Cabe aqui mencionar que o instituto da revisão prescinde que a empresa postulante demonstre, no caso concreto, que houve alteração, “a maior”, dos custos do contrato em desfavor da contratada, comprovando de forma robusta a relação causa-efeito.

Observe-se, sobre o tema, as seguintes manifestações do Tribunal de Contas da União (Acórdão 7249/16- Segunda Câmara)

Voto:

(...)

Já a possibilidade adicional de realinhamento (reequilíbrio econômico-financeiro) está condicionada à comprovada ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato de príncipe.

10. Não foram apresentadas evidências hábeis a justificar o realinhamento. O procedimento de aceitar notas fiscais de fornecedores da contratada desconsiderou os descontos oferecidos no processo licitatório e é insuficiente para caracterizar qualquer das hipóteses legais previstas para reequilíbrio econômico-financeiro, que não visa diretamente à manutenção do lucro da contratada.

11. A recomposição de preços deveria estar fundamentada em comprovação de alterações extraordinárias nos custos dos serviços. Alegações genéricas de aumento de preços e de exclusividade no fornecimento de um material são insuficientes para comprovar desequilíbrio econômico imprevisível (sem grifos no original).

Voto:

(...)

Com razão a Unidade Técnica. Os elementos apresentados pelos agentes públicos ouvidos em audiência não lograram comprovar que a alteração no preço pactuado, a título de reequilíbrio econômico-financeiro, observou o disposto no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/1993.

Como se sabe, o dispositivo legal mencionado resguarda o contrato de situações extraordinárias que alterem o equilíbrio entre encargos e vantagens fixados originalmente no contrato, cabendo observar que o aumento dos custos provocado pela variação normal do mercado não se insere na álea econômica extraordinária e extracontratual exigida pela lei. Conforme se verifica nos autos, a alteração no valor unitário praticado no contrato, a título de reequilíbrio econômico-financeiro, logo após o reajuste contratual, teve como justificativa os valores mais elevados que estariam sendo praticados no mercado. Cabe ressaltar, no entanto, que o valor do contrato abaixo do mercado não é causa suficiente para seu reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que esse quadro pode decorrer, por exemplo, de estratégia empresarial ou das condições oferecidas na licitação, não configurando necessariamente a existência das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/1993.

Para caracterizar o desequilíbrio econômico-financeiro é necessária a comprovação de que os custos do contrato sofreram alteração de tal monta que se tornou inviável sua execução e, ainda, que essa alteração decorreu de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, de caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando, assim, álea econômica extraordinária e extracontratual. Conforme a instrução, no presente caso, não houve a necessária demonstração do aumento extraordinário dos custos contratuais.

Relatório:

(...)

... a alteração de contrato para restabelecer equilíbrio econômico-financeiro é prática amplamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro e (...) a tese de reequilíbrio baseia-se na justa remuneração pela Administração Pública ao fornecedor pelo produto entregue. Portanto, antes que fosse iniciada discussão acerca da imprevisão, caberia ao Consórcio demonstrar o aumento extraordinário dos seus custos de produção, que poderiam vir a retardar ou impedir a execução do ajustado, e também a vinculação deste aumento à variação do preço do dólar.

Há que se ter em mente, nesta senda, que “... os limites da revisão serão aqueles que se compatibilizam com os efeitos que o fato produziu nos preços do contrato, contendo-se em suas próprias proporções de modo a tão-só recompor os ganhos ou as perdas que forem direta e efetivamente decorrentes do fato” (sem grifos no original).

Neste toar, vejamos, por pertinência, as seguintes disposições da Lei 8.666/93: Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II. por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual (sem grifos no original).

Por fim, cabíveis no contexto os seguintes comentários de Marçal JUSTEN FILHO emanados especificamente no contexto da Covid-19:

8) Contratos administrativos em execução: caso fortuito ou de força maior Nesse contexto, os efeitos diretos e indiretos da pandemia podem configurar caso fortuito ou de força maior, conduzindo à alteração das condições contratuais originais ou à própria extinção dos contratos.

8.1) A natureza extraordinária do evento

A excepcionalidade da ocorrência e a gravidade de seus efeitos impedem a invocação de argumentos relacionados à “ordinariedade” do risco. Ou seja, não há cabimento em afirmar que o surgimento de um vírus, com efeitos nocivos relevantes, e a sua difusão na sociedade são eventos “possíveis” – razão pela qual caberia ao particular arcar com os efeitos nocivos decorrentes. Evidentemente, a ordinariedade do risco não se reduz à possibilidade da ocorrência de um evento danoso. O aspecto fundamental reside na dimensão rotineira de ocorrências, o que permite a adoção de providências para impedir a sua consumação ou neutralizar os seus efeitos negativos.

8.2) A relação de causalidade

É indispensável evidenciar a relação de causalidade entre a pandemia e a impossibilidade ou maior onerosidade quanto à execução do contrato.

(...)

10.2) Os reflexos econômicos sobre as contratações

Dentre os diversos efeitos econômicos verificados, alguns afetam os contratos em curso de execução, pactuados entre a Administração e terceiros. Há uma pluralidade de questões que podem ser referidas. Assim, cabe aludir à escassez de insumos, em virtude da paralisação da atividade de fornecedores (nacionais e estrangeiros). Isso tanto pode resultar na impossibilidade de execução da prestação em vista da indisponibilidade absoluta dos insumos como na elevação significativa dos preços. Outra questão se relaciona à redução da força de trabalho disponível, em virtude da necessidade de estada em domicílio ou, mesmo, pela difusão da doença. O tema compreende inclusive custos adicionais, relacionados à crise. Assim, por exemplo, deve-se tomar em vista a decisão empresarial de dispensar a presença física dos seus empregados, com a manutenção do pagamento da remuneração devida. Em muitos casos, essa medida é adotada de modo voluntário. Mas acarreta alteração dos custos para a execução da prestação. Um outro aspecto significativo envolve a variação cambial. Entre os efeitos mais significativos da crise, encontra-se a desvalorização da moeda nacional, em porcentagens muito relevantes. Todas as contratações envolvendo custos em moeda estrangeira foram significativamente impactadas. A execução da prestação a cargo do particular tornou-se muito mais onerosa do que o esperado e do que podia ser previsto.

10.3) A dificuldade no enquadramento teórico

Rigorosamente, todas essas ocorrências poderiam ser reputadas como abrangidas no âmbito do caso fortuito ou de força maior, quando não estivessem presentes os pressupostos do fato do príncipe. No entanto, alguém poderia contrapor que as variações de custo para o particular contratado não se submetem de modo preciso no conceito de caso fortuito ou de força maior. Segundo esse enfoque, existiria uma questão de natureza econômica, relacionada com os preços e circunstâncias do mercado. Se esse for o entendimento prevalente, ter-se-á de admitir a configuração dos requisitos da teoria da imprevisão.

10.4) A aplicação da teoria da imprevisão

A ocorrência da pandemia não era previsível, tal como também era inviável antever a dimensão dos reflexos econômicos que seriam produzidos. As contratações em curso de execução contemplaram as condições de mercado então vigentes e as circunstâncias normais e ordinárias inerentes à atividade. Nenhum particular formulou proposta contemplando remuneração para os custos econômicos desencadeados pela crise. Assim, a paralisação da atividade de fornecedores (no exterior e no próprio Brasil) e a desvalorização relevante da moeda nacional são eventos extraordinários, cuja consumação é um efeito indireto da pandemia. Não apenas a ocorrência da pandemia era um evento insuscetível de previdência. Também o eram todas as implicações econômicas dela decorrentes, que estão a produzir tanto uma crise de oferta como de demanda. (...)

11.2) O reequilíbrio ou a extinção do contrato por razões alheias à vontade A configuração de caso fortuito ou de força maior, de fato do príncipe ou dos pressupostos da teoria da imprevisão imporá a extinção do contrato ou a adoção de providências para modificar as suas condições, com a recomposição de sua equação econômico-financeira. Os fundamentos jurídicos aplicáveis são distintos para contratação com pessoa integrante da Administração Pública titular de personalidade jurídica de direito público (Lei 8.666) ou com sociedade estatal empresária (Lei 13.303). Em caso de modificação do contrato, caberá aplicar o art. 65, inc. II, “d”, da Lei 8.666 ou o art. 81, inc. VI, da Lei 13.303. A extinção do contrato será cabível nos termos do art. 78, incs. XII a XVII, da Lei 8.666 ou do art. 478 do Código Civil (onerosidade excessiva).

Em síntese, a revisão (ou reequilíbrio econômico-financeiro em sentido estrito) destina-se à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, ante a ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis (ou seja, fatos inseridos no campo da álea econômica extraordinária) . Por isso, ou seja, em razão da imprevisibilidade que permeia o instituto, sua concessão não depende de previsão em edital e no contrato, nem do transcurso de um período de tempo específico. Sendo que, o novo quantum contratual, a ser arbitrado em virtude de sua concessão, deverá refletir, na sua exata medida, o fato que tiver gerado o desequilíbrio, não havendo que se falar na utilização de índices oficiais.

III. CONCLUSÃO

Assim, pelo todo exposto, conclui-se que é pressuposto do reequilíbrio econômico-financeiro o aumento dos custos do contrato, devidamente comprovado, na hipótese de sobrevirem à contratação “... fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências

incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

Logo, uma vez atendidos os requisitos trazidos pela doutrina e as recomendações elencadas pelo Tribunal de Contas da União com sua subsunção ao caso concreto, caberá à CDRJ promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

À consideração superior.

Débora Rodrigues Costa Oliveira

Especialista portuário

À CPL:

Senhora Presidente da CPL,

Aprovo a manifestação exarada pela GERINC, que concluiu pela viabilidade jurídica de reequilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato, caso comprovados os pressupostos previstos no Regulamento de Licitações e Contratos da CDRJ (IN.GECOMP.06.001).

Atenciosamente,

Marcelo d'Avila

Superintendente Jurídico