



Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

Repactuação, Reajuste, Revisão e Reequilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos

Em razão do princípio da legalidade, do interesse público e de outros mais, que condicionam as atividades da Administração Pública, há a necessidade de uma série de mecanismos de controle das atividades da Administração exatamente para verificar se, no dia-a-dia da sua atividade, inclusive, contratual, observa rigorosamente a ordem jurídica a que está submetida. E no que diz respeito a esses mecanismos de controle há uma série deles voltados ao controle da atividade contratual da Administração.

Nós sabemos que há várias espécies de contratos, consoante vários critérios classificatórios que se possa adotar: há aqueles contratos de execução instantânea; há os de execução diferida ao longo do tempo; há os denominados contratos por escopo, em que o prazo é meramente moratório; há aqueles contratos que têm prazo de vigência, nos quais o prazo é extintivo do contrato, como são os contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua. Há também os contratos que acabam sendo de longa duração e, num contrato desses, muitos incidentes e situações novas podem ocorrer de tal sorte a provocar aquilo que nós estamos a tratar: o desequilíbrio econômico-financeiro.

Nós temos mecanismos de controle da atividade contratual da Administração e também mecanismos de controle das providências que a Administração deve adotar para a recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Em primeiro lugar é preciso registrar que a questão do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é um direito do administrado, do contratado, ou até mesmo um direito da Administração, dependendo da situação; é direito que deve ser respeitado, garantido, especialmente quando nós temos de um dos lados a Administração Pública que está submetida ao princípio da legalidade.

Quando a Administração tergiversa no que diz respeito à adoção dos mecanismos hábeis a propiciar uma recomposição, uma restauração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não pode invocar o denominado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Isto porque estamos diante de um direito da parte contratante, não um mero interesse, é um interesse juridicamente protegido e, portanto, atender ao interesse juridicamente protegido, um direito do contratado, é um dever jurídico para a Administração e não apenas uma faculdade.

Quando nós temos essas questões relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato já sabemos que a equação econômico-financeira se traduz numa relação entre os encargos do contratado e a retribuição devida pela Administração. O que se espera é que este equilíbrio, esta equação estabelecida inicialmente quando da assinatura do contrato, permaneça imutável até o término do contrato. Isso decorre da Constituição e está referido "n" vezes na legislação aplicável à espécie, especialmente na Lei nº 8.666/93.

Pois bem, quais são os mecanismos que permitem ou que ensejam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato? Nós temos mecanismos que são estabelecidos para prevenir o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato ou para fazer com que o equilíbrio seja mantido, que seja restaurado com rapidez; temos também mecanismos que, digamos, são utilizados depois de alterado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Fala-se em reajuste, em repactuação e em revisão dos contratos. Vejam que a Lei nº 8.666/93 teve muita preocupação em relação a esta matéria, dispondo a respeito de todos esses institutos, de todos esses instrumentos, ainda que, eventualmente.



Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS Continuação

A equação econômico-financeira do contrato é intangível; o contratado, como já foi dito, é um colaborador da Administração, assume obrigações e tem direitos, e um direito impostergável do contratado é o direito à preservação, à manutenção ou à restauração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em razão do dispositivo constitucional. E como é que o ordenamento jurídico está a proteger o equilíbrio econômico-financeiro do contrato inicialmente estabelecido? Há mecanismos estabelecidos na lei para fazer com que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, ou a sua restauração, se faça rapidamente, até mesmo de acordo com fórmulas estabelecidas no próprio edital e no contrato.

Se nós formos ao art. 40 da Lei nº 8.666/93, vamos encontrar os incisos XI e XIV que são da maior importância. Vale a pena proceder à leitura do art. 40, caput e inciso XI: “O edital conterá ... ” – e depois lá no final – “... e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: ... critério de reajuste”. Critério de reajuste que se preste a que? “... que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta,” – digamos a data-limite para a apresentação de proposta prevista no edital – “ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela”.

Então, reajuste de preço é para retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais; não é índice inflacionário. Índice inflacionário é média no que diz respeito à elevação geral de preços. Ocorre que os custos de produção de um determinado produto ou de um determinado serviço podem ficar além ou aquém do índice médio de inflação que espelha a desvalorização da moeda, a perda do seu valor aquisitivo, e o reajuste é para retratar a variação efetiva do custo de produção. Por isso é que se fala “admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela” – isto é, até a data do cumprimento da obrigação total ou parcial consoante o cronograma físico-financeiro estabelecido no contrato.

Pois bem, o inciso XIV do art. 40 fala que o edital também deve consignar “condições de pagamento, prevendo: a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela” – isto é, do cumprimento da obrigação pelo contratado. A alínea b fala sobre o cronograma de desembolso; depois vem a c que fala sobre critério de atualização financeira – aqui é o problema da inflação – “critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela ...” – isto é, desde a data do cumprimento da obrigação até a data do efetivo pagamento, do que seja devido ao contratado, com atraso ou sem atraso.

Outra questão é da disposição que veda reajustes em intervalos inferiores a doze meses – ou um ano. Mas nós temos aqui: “ ... atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento”, ou seja, até a data do adimplemento de cada parcela, reajuste e o que demorar para pagar, atualização financeira ou monetária, que significa a mesma coisa.

As expressões são inconfundíveis: reajuste, atualização financeira ou monetária, compensações financeiras. Por que todo esse aparato? Para que o contratado não tenha a menor desculpa para apresentar um preço – expressão imprópria – superfaturado ou com uma expectativa de inflação futura embutida devido a um possível atraso de pagamentos por parte da Administração, e vai por aí afora



Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

Continuação

Esses dispositivos revelam a preocupação com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. São disposições que já estão antecipadamente estabelecidas em lei e que não de ser atendidas quando da elaboração do edital de licitação, e também devem constar, é evidente, na minuta do contrato, que é anexo obrigatório ao edital de licitação. O edital tem que prever e o contrato também que se a Administração for inadimplente estará sujeita a penalidade, ainda que não caiba ao contratado, que não é autoridade, aplicar sanção.

Pois bem, pode haver o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato por uma série de motivos. Temos, por exemplo, as denominadas alterações unilaterais do contrato. A Administração pode alterar unilateralmente o contrato em duas situações: as denominadas alterações qualitativas e quantitativas. *Pode haver alterações do projeto das especificações para a melhor adequação aos objetivos; é claro que não podem ser alterações que venham a desnaturar o objeto da licitação e o objeto do contrato, mas esta mudança das especificações do projeto pode implicar aumento dos encargos do contratado.*

A Administração pode alterar unilateralmente o contrato, determinando o aumento ou a redução quantitativa do seu objeto, e aí nós temos aquela limitação, conforme a hipótese, de 25% ou 50% do valor inicial do contrato devidamente atualizado. Quando a Administração altera unilateralmente um contrato administrativo aumentando os encargos do contratado tem que proceder a uma revisão do contrato que pode, dependendo das circunstâncias, implicar uma elevação do valor do contrato, um aumento do preço a ser pago ao contratado; este é um dever da Administração previsto em lei para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é um dos denominados fatos da Administração. Há o denominado fato do príncipe – uma expressão antiga, mas tradicional na doutrina – como o aumento de tributos que acaba repercutindo sobre a execução de “n” contratos exigindo uma revisão que, eventualmente, deságua numa revisão de preço.

Nós temos isto previsto expressamente na Lei nº 8.666/93 no art. 65, que diz no seu § 5º: “Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso”.

Há também fatos imprevisíveis decorrentes de forças alheias à vontade das partes. Eventualmente pode ocorrer uma guerra no Oriente Médio que implique a elevação absurda do preço do petróleo, o que por sua vez pode implicar a elevação de uma série de insumos que afetam a equação econômico-financeira do contrato. Em uma súbita e despropositada elevação de preços temos a possibilidade inclusive da invocação da denominada teoria da imprevisão, aquilo que Hely Lopes Meirelles denominava de “ocorrências materiais imprevisíveis”; Celso Antônio Bandeira de Mello prefere falar em “sujeições imprevisas”.

No que diz respeito à revisão dos contratos temos uma disposição expressa da Lei nº 8.666/93, o art. 65, caput: “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:”. inciso II: “por acordo das partes”. Alínea 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 conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe”.



Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

Continuação

Quando nós temos a necessidade da restauração do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido, põe-se ou não a questão do interstício mínimo de doze meses. A resposta de todos os estudiosos da matéria e até mesmo de órgãos encarregados do controle das atividades da Administração Pública, das execuções contratuais, é no sentido de que ocorrendo álea econômica extraordinária que venha a justificar e até a determinar que se proceda a uma revisão do contrato não há se cogitar qualquer interregno, como aquele que se exige para efeito de acordo, com disposição legal expressa de um mero reajuste de preço. A revisão dos contratos reclama a presença de uma álea econômica extraordinária que pode ter lugar a qualquer momento.

Outra questão que se põe é relacionada ao controle das atividades da Administração quando há necessidade de deferir uma revisão. Vejam bem, a revisão de um contrato não se resume necessariamente – e pode até não implicar – em revisão do preço. Eventualmente pode se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato prorrogando ou estendendo o prazo, digamos, de vigência; em determinadas circunstâncias é imperativo rever o próprio preço do contrato. Esta atividade de revisão a ser desenvolvida pela Administração – geralmente mediante pleito do contratado, não obstante eu concorde com o professor Diogenes Gasparini que a Administração contratante em face de uma situação que o justifique possa, e até deva, tomar a iniciativa de fazê-lo tendo em vista que nos contratos administrativos temos por excelência um contrato de colaboração – há de ser minuciosamente justificada, explicada nos autos do processo administrativo com todos os cálculos e, eventualmente, perícias que se fizerem necessárias.

A atividade da Administração, com vista à revisão de um contrato administrativo, está sujeita em razão do princípio da legalidade a mecanismos de controle. Nós temos o controle da revisão pela própria Administração no exercício do poder de autotutela dos atos que expede; nós temos o controle pelo Legislativo, temos o controle realizado pelos Tribunais de Contas e podemos ter o controle a ser realizado pelo Poder Judiciário no exercício da função judicial, desde que provocado por quem tenha o legítimo interesse para agir. Da mesma forma, quando se fala em contrato temos que verificar o perfil do regime jurídico à luz da Constituição e da Teoria Geral dos Contratos.

BOLETIM DE DIREITO ADMINISTRATIVO - NDJ

Texto retirado da Palestra proferida por:

Márcio Cammarosano

Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela PUC – SP