

O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos frente à desvalorização da moeda brasileira em relação a outras moedas

Éder Pessoa da Costa

*Advogado da Caixa no Distrito Federal
Pós-graduado em Direito Tributário pela
UNIFIEO – Osasco – SP*

RESUMO

Juntamente com a crise econômica que se intensificou a partir de outubro de 2008, vieram a desvalorização da moeda nacional frente a moedas de outros países e os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro por parte dos contratados da Administração Pública. Diante dessa situação, sentimo-nos obrigados a apresentar esse trabalho que, longe de esgotar o assunto, tem por objetivo principal trazer o tema à reflexão e à discussão. Inicia-se com uma apresentação das disposições gerais sobre reequilíbrio previstas na legislação pátria, a qual vem acompanhada de previsão doutrinária e jurisprudencial. Finalmente, aborda-se questão específica da desvalorização do real frente à moeda de outros países como fator capaz de causar desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e dos requisitos que deverão ser comprovados para que o Administrador possa seguramente deferir os complementos sem risco destes serem considerados indevidos e passíveis de pedidos de ressarcimento ao erário.

Palavras-chave: Licitações e contratos administrativos. Desvalorização da moeda. Reequilíbrio econômico-financeiro. Requisitos.

RESUMEN

Junto con la crisis económica que se intensificó a partir de octubre de 2008 vinieron la devaluación de la moneda nacional frente a las monedas de otros países y los pedidos de equilibrio económico financiero por parte de los contratistas de la Administración Pública. Delante de esta situación nos sentimos obligados a presentar este trabajo que lejos de agotar el asunto, tiene por objetivo principal traer el tema a la reflexión y discusión. Se inicia con una presentación de las disposiciones generales sobre el equilibrio previsto en la legislación patria, la cual viene

acompañada de previsión doctrinaria y jurisprudencial. Finalmente se aborda cuestión específica de devaluación del Real frente a las monedas de otros países como factor capaz de causar desequilibrio económico y financiero de los contratos administrativos y los requisitos que deberán ser comprobados para que el Administrador pueda seguramente deferir los complementos sin riesgo de que sean considerados indebidos y pasibles de pedidos de resarcimiento al erário.

Palabras Claves: Licitaciones y contratos administrativos. Devaluación de la moneda. Equilíbrio económico y financiero. Requisitos.

Introdução

“O furacão financeiro iniciado nos Estados Unidos varre o globo e lança a economia mundial em sua fase mais conturbada nas últimas décadas.”¹ “O mundo mergulha na incerteza com o aprofundamento da maior catástrofe financeira das últimas décadas.”² “Economia global se contrairá na Grande Recessão, diz FMI.”³

Manchetes como essas são extremamente preocupantes, tendo em vista que nos remetem a períodos marcados por conflito e incerteza decorrentes da aceleração inflacionária no Brasil, bem como a vivência de planos de estabilização econômica, cuja principal consequência foi uma violenta e repentina ruptura do equilíbrio das relações jurídicas.

Dentre os principais reflexos dessa crise e por muitos considerado fator capaz de causar desequilíbrio nas relações jurídicas, temos a desvalorização da moeda nacional frente a moedas estrangeiras, principalmente frente ao dólar americano.

Por si só, essa desvalorização cambial tem gerado diversos pedidos de revisão contratual, e conseqüentemente ensejado discussões e dúvidas no que diz respeito à possibilidade de revisão dos contratos, mormente quando se está diante de contrato celebrado pela Administração Pública, regido, portanto, pela Lei nº. 8.666/93.

Os fornecedores alegam que a variação cambial produziu um desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos e que a manu-

¹ Revista Exame – Edição 927, de 17/09/2008. Disponível em: <<http://portalexame.abril.com.br/revista/exame/s/sumario0927.html>>. Acesso em: 10/03/2009.

² Revista Exame – Edição 928, de 02/10/2008. Disponível em: <<http://portalexame.abril.com.br/revista/exame/s/sumario0928.html>>. Acesso em: 10/03/2009.

³ Disponível em: <<http://portalexame.abril.uol.com.br/agencias/reuters/reuters-negocios/detail/economia-global-se-contraira-grande-recessao-diz-fmi-305037.shtml>> Acesso em: 10/03/2009.

tenção das bases contratuais, no tocante ao preço, causaria um prejuízo insuportável aos seus interesses.

Mas somente a variação cambial não é capaz de justificar e permitir a revisão dos contratos administrativos, como se poderá perceber no desenvolvimento deste trabalho.

1 A equação econômico-financeira: disposições constitucionais e legais

Em verdade, os contratos, inclusive os administrativos, apresentam uma equação econômico-financeira, entendida em síntese como a manutenção das condições originalmente pactuadas durante o período de execução do contrato.

Essa equação “é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá,”⁴ a qual deverá permanecer em equilíbrio.

Esse equilíbrio é assegurado ao contratado e se constitui, ao lado das cláusulas exorbitantes, como viga-mestra do Direito Administrativo, segundo Fernandes.⁵

Nesse sentido, deve permanecer constante, para os signatários, a relação entre os encargos e os benefícios auferidos.

Essa questão ganha matiz constitucional, uma vez que o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna⁶ apresenta a obrigatoriedade de as contratações efetuadas pela Administração Pública submeterem-se ao processo de licitação, assegurando-se aos pagamentos decorrentes as condições efetivas da proposta.

Referido dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº. 8.666/93, da qual se destacam diversos pontos que procuram garantir, nos contratos administrativos, a manutenção das condições efetivas da proposta.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.603.

⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 6.ed. Belo horizonte: Fórum, 2007. p.67.

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (gn)

O primeiro desses pontos encontra-se no art. 55, inciso III, e que, combinado com o art. 40, inciso XI, institui o que os doutrinadores denominam de reajuste do valor inflacionário nos custos da produção, devendo estar previsto no contrato.

Por fim, o art. 65, II, "d", disciplina as hipóteses de recomposição ou revisão quando necessário o restabelecimento do equilíbrio contratual em situações que decorram de álea extraordinária, independentemente de previsão em edital e contrato. Confira-se:

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

[...]

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.

Observa-se, portanto, que a Lei 8.666/93 prevê diversas situações que podem levar à modificação da equação econômico-financeira do contrato. Algumas dessas situações, pode-se dizer, são decorrentes de álea ordinária e outras de álea extraordinária.

2 A equação econômico financeira: disposições doutrinárias e jurisprudenciais

Para Guimarães,⁷ é costumeiro, no exame do âmbito de proteção da equação econômico-financeira do contrato administrativo, contrapor a existência de uma álea ordinária (caracterizando-se como o risco ordinário e previsível suportado pelos contraentes) à de uma álea extraordinária (envolvendo riscos imprevisíveis). Diz-se que os eventos reconduzíveis à álea ordinária que provocarem o rompimento na equação econômico-financeira do contrato não se constituirão pressupostos aptos a impor o dever jurídico da Administração em ressarcir os prejuízos verificados. Sendo previsíveis os riscos, não há que se falar

⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A recomposição de preços nos contratos administrativos gerais por elevação imprevisível no custo de insumos. *In*. ILC - Informativo de Licitações e Contratos. Revista Zênite. Ed. 144/fev. 2006, p.162.

em responsabilização administrativa quanto à recomposição da equação econômico-financeira.

Para o mesmo autor, as situações decorrentes de álea extraordinária compreenderiam eventos hábeis a, produzindo desbalanceamento na equação financeira, sujeitar a Administração ao dever jurídico de sua recomposição. Abrange tanto agravos econômicos sofridos pelo contratado a propósito de conduta da Administração Pública (álea administrativa), como circunstâncias externas ao contrato, caracterizáveis como fatos imprevisos e imprevisíveis ao tempo da celebração contratual, hábeis a provocar desequilíbrio econômico na esfera do pacto (álea econômica).

Esses eventos decorrentes de álea extraordinária, capazes de desbalancear a equação econômico-financeira do contrato, originam-se de modificação unilateral do contrato pela Administração; de fato da Administração, assim considerado aquele praticado pela Administração enquanto contratante e que desequilibre o contrato; de fato do príncipe ou álea administrativa, ato praticado pelo poder público de caráter geral, e não em decorrência de ser parte de contrato; e de fatos imprevisíveis, involuntários e exteriores ao domínio da Administração, hábeis a provocar o rompimento da equação, que caracterizam a álea econômica.

Para o TCU - Tribunal de Contas da União,⁸ nas hipóteses previstas em lei, é possível à Administração, mediante acordo com o contratado, re-estabelecer o equilíbrio econômico financeiro do contrato, o qual se justifica nas seguintes ocorrências: fato imprevisível, ou previsível, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado; caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica (probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro) extraordinária e extracontratual.

Nesse sentido encontra-se o Acórdão 297/2005 – Plenário,⁹ daquela Corte:

Observe o disposto na Lei 8.666/1993, evitando o aditamento de contratos com base em evento não previsto na referida Lei (art. 65), lembrando que as alterações contratuais podem ocorrer, dentre outros motivos, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis,

⁸ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações básicas. 3.ed. Rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006, p.286.

⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portal de pesquisa textual** [Decisões e Acórdãos do TCU]. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em 10.03.2009.

retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, e que qualquer superveniência de fatos, tributários e/ou legais, de comprovada repercussão nos preços contratados, poderá implicar na revisão dos contratos, para mais ou para menos, consoante inciso II, alínea, "d", c/c § 5º, do art. 65 da mencionada Lei.

Dessa forma, verifica-se que nosso ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência adotam a teoria da imprevisão, ou da cláusula *rebus sic stantibus*; cumpre-se o contrato se as coisas se conservarem da maneira como foram estipuladas.

Vejamos, em abalizadas palavras de Mello, a síntese da questão:

No que atina aos aspectos relacionados com o equilíbrio financeiro pactuado, procede recolher fundamentalmente as seguintes ideias, de curso corrente e moente no seio de boa fonte doutrinária e jurisprudencial.

A equação econômico-financeira é um direito do contratante particular e não lhe pode nem lhe deve ser negado o integral respeito a ela.

A Administração há de atuar com boa-fé nos chamados contratos administrativos, pelo quê, conforme a citada lição de Gordillo, não lhe calha valer-se de expedientes pelos quais se "aproveite de situações legais ou fáticas que a favoreçam em prejuízo do contratante", vez que não está envolvida em negócio lucrativo, mas na busca do interesse público.

As avenças entre Administração e particular, nominadas contratos administrativos, fazem deste último um colaborador do Poder Público ao qual não deve ser pago o mínimo possível, mas o normal, donde caber-lhe valor real estipulado no contrato ao tempo do ajuste.

As partes, ao se obrigarem, fazem-no *rebus sic stantibus*, de tal sorte que as alterações profundas nas situações de fato não podem ser desconhecidas pelo Direito, reclamando, por isso, a adequada compensação para que as prestações continuem equilibradas em função do ajuste inicial.¹⁰

Referido autor conclui que, se e quando os índices aludidos no contrato discreparem *in concreto* da realidade, frustrando, assim, como instrumento de verificação, o que se pretendia verificar, insta apurar objetivamente a verdadeira elevação ocorrida, para reajustar os preços mediante padrões capazes de manter íntegra a equação econômico-financeira prevista.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2006. p.620-1.

3 A equação econômico-financeira no caso de desvalorização do real frente ao dólar americano

Especificamente em relação à desvalorização do real frente ao dólar americano, alguns autores a reconhecem expressamente como causa inserta na teoria da imprevisão, portanto, a desequilibrar a equação econômico-financeira do contrato.

Para Justen Filho, a Lei instituidora do Plano Real tratou de impedir que bens e serviços produzidos e comercializados no Brasil tivessem seus preços vinculados ou indexados à moeda estrangeira. Não obstante, para o mesmo autor, diversa será a situação quando o adimplemento da prestação contratada pressupuser operação de internalização de bem ou serviço oriundo de estrangeiro. Continua:

Nesse caso, a formação dos custos do particular compreende insumo cujo pagamento se faz em moeda estrangeira. Isso envolve a necessidade de o particular desembolsar efetivamente recursos nacionais suficientes para adquirir a moeda estrangeira, instrumento de satisfação da obrigação assumida. Então a variação cambial corresponderá a um custo formador do preço praticado pelo particular – tal como qualquer outro custo. Assim, a variação extraordinária e imprevisível do preço da energia, por exemplo, o mesmo poderá concretizar-se no tocante ao câmbio. A única diferença reside num interesse estatal de evitar que a variação cambial se reflita na variação dos preços internos – mas esse interesse pode ser prestigiado até certo limite. Mais precisamente, se for consagrada a concepção de que a teoria da intangibilidade da equação econômico-financeira não abrange custos em moeda estrangeira, o resultado prático será a impossibilidade de acesso da Administração Pública a bens que envolvam custos dessa ordem.¹¹

Furtado¹² admite a recomposição do valor do contrato em face da exagerada desvalorização do real frente ao dólar, nos casos em que essa seja a moeda a ser utilizada por aquele que contratou com a Administração para pagar a seu fornecedor no exterior. De outra parte, afirma que pequenas desvalorizações da moeda nacional, que normalmente ocorrem no mercado, não devem ser utilizadas para o aumento do valor do contrato com a Administração Pública.

Ademais, reconheceu o STJ que a súbita desvalorização do real ocorrida em 1999 insere-se na teoria da imprevisão motivadora de

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.548

¹² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.612-3.

restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Confira-se:

Contrato administrativo. Equação econômico-financeira do vínculo. Desvalorização do Real. Janeiro de 1999. Alteração de cláusula referente ao preço. Aplicação da *teoria da imprevisão e fato do príncipe*. 1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, 88 § 5º e 6º, da Lei 8.666/93). Deveras, a Constituição Federal ao inculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula *mater* da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as “condições efetivas da proposta”. 2. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes. 3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (*ad impossibilia memo tenetur*). 4. Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da *exceptio non adimplet contractus* imputável à administração, *a fortiori*, implica admitir sustar-se o “início da execução”, quando desde logo verificável a incidência da “imprevisão” ocorrente no interregno em que a administração postergou os trabalhos. Sanção injustamente aplicável ao contratado, removida pelo provimento do recurso. 5. Recurso Ordinário provido. (STJ, RMS 15154/PE, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2002/0089807-4, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, data do julgamento: 19.11.2002, DJ de 02.12.2002, RSTJ vol. 174 p. 133).

Dessa forma, ao tempo em que se reconhece juridicamente a possibilidade de re-equilíbrio do contrato com base na desvalorização da moeda, também se reconhece que não basta verificar simplesmente a ocorrência da variação do dólar. Os pedidos de revisão devem ser analisados com cuidado e restar devidamente comprovado, de forma objetiva:

- a) tratar-se de fato imprevisível, ou previsível, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado;
- b) a variação no preço dos insumos;
- c) correspondente relação de causalidade com a oneração do custo do contrato.

Nesse sentido os Acórdãos nº. 1722/05 – Plenário, 1798/05 Plenário e o Acórdão nº. 7/2007 da Primeira Câmara, todos do Tribunal de Contas da União, representam importantes precedentes sobre a necessidade de comprovação objetiva dos requisitos legais. Para se autorizar qualquer re-equilíbrio de contrato administrativo em função de desvalorização da moeda brasileira.

O Acórdão nº. 1.722/05 determina que a autorização da adoção do re-equilíbrio se dê somente diante da apresentação pela contratada de plano de custos detalhados do serviço do objeto do requerimento e da comprovação da aplicabilidade dos índices solicitados, além da comprovação dos pressupostos previstos no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993.

Na mesma linha, o Acórdão nº. 7/2007 determina que, em casos de recomposição de preços motivada por ocorrência de fato comprovadamente imprevisível, deve constar do processo análise fundamentada e criteriosa sobre o ocorrido, a fim de ficar caracterizado como extraordinário e extracontratual quanto à sua ocorrência e/ou quanto aos seus efeitos, sendo que o descumprimento de critérios estabelecidos em lei, com consequências desfavoráveis à administração pública, e o pagamento de complementos de reajustes indevidos geram a obrigação de ressarcir o erário.

Por sua vez, no Acórdão nº 1798/05, o TCU reconheceu que a alta do dólar, naquele caso, não se enquadrava em nenhum dos dispositivos legais a autorizarem o re-equilíbrio, posto não se estar diante de fato imprevisível ou de fato previsível, porém de consequências incalculáveis; ou de fato que tenha retardado ou impedido a execução do objeto do contrato; além de não se ter demonstrado relação direta entre a alta do dólar e o custo dos equipamentos então adquiridos.

Verifica-se, pois, que a complexidade encontra-se na demonstração dos impactos decorrentes da variação da moeda nos custos do contrato, não devendo a Administração restringir-se à documentação apresentada pela contratada. De outra parte, poderá o administrador valer-se da realização de pesquisa de mercado que, em última análise, sinalizará o impacto dessa variação no custo dos produtos contratados.

Conclusão

Por disposição constitucional, legal, doutrinária e jurisprudencial é possível ao Administrador proceder ao re-equilíbrio econômico-financeiro de um contrato em função de desvalorização da moeda nacional frente a outras moedas, inclusive frente ao dólar americano.

Não obstante, deverá comprovar que se está diante de fato imprevisível, ou previsível, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado; que o impacto econômico-financeiro desse fato produziu a quebra do equilíbrio do contrato, a ponto de reclamar sua elevação, de forma a manter inalteradas as condições originalmente pactuadas durante o período de execução do contrato.

Ademais, o simples repasse da variação da moeda estrangeira aos preços pagos pela Administração Pública, sem as cautelas mencionadas, poderá gerar o pagamento de complementos de reajustes indevidos e conseqüentemente a obrigação de ressarcir o erário, sem falar na contribuição para o aprofundamento da crise estampada nas manchetes veiculadas pela mídia especializada e trazer de volta ao país os indesejáveis efeitos da inércia inflacionária.

Referências

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos:** orientações básicas. 3.ed. Ver. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006, p.286.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portal de pesquisa textual** [Decisões e Acórdãos do TCU]. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em 10.03.2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação.** 6.ed. Belo horizonte: Fórum, 2007, p.67.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.548.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.612 e 613.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. "A recomposição de preços nos contratos administrativos gerais por elevação imprevisível no custo de insumos." *In. ILC - Informativo de Licitações e Contratos.* Revista Zênite. Ed. 144/FEV 2006. p.162.

<http://portalexame.abril.uol.com.br/agencias/reuters/reuters-negocios/detail/economia-global-se-contrair-grande-recessao-diz-fmi-305037.shtml>, 10/03/2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.603.

Revista Exame – Edição 927, de 17/09/2008. Disponível em: <<http://portalexame.abril.com.br/revista/exame/s/sumario0927.html>> Acesso em: 10/03/2009.

Revista Exame – Edição 928. de 02/10/2008. Disponível em: <<http://portalexame.abril.com.br/revista/exame/s/sumario0928.html>> Acesso em: 10/03/2009.