

VARIAÇÃO NO PREÇO DE INSUMOS E A REVISÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A pandemia do COVID-19 tem causado distorções e assimetrias no mercado e, dentre elas, destaca-se a majoração significativa dos preços dos insumos utilizados na construção civil e de obras públicas, ensejando a revisão de contratos celebrados com a administração, eis que as condições de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos têm se mostrado prejudicada.

Pois bem. Nos termos da Lei nº 8.666/1993, que dispõe acerca da contratação com a administração pública, os Contratos celebrados com a Administração podem ser alterados, com as devidas justificativas, dentre outras hipóteses,

... 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. (Art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993)

Além disso, o art. 57 da referida Lei, em seu §1º, assim dispõe;

Art. 57...

§1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

(...)

II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

Uma vez prevista na legislação que rege as contratações administrativas a revisão e o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, cumpre trazer à baila o entendimento do Tribunal de Contas da União.

Em caso análogo, o TCU apontou que a simples variação de insumo não configura, por si só, fato ensejador da revisão contratual:

*“Não se considera prudente a assunção de desequilíbrio contratual apenas pela variação de um insumo. Repete-se aqui, os contratos são distintos entre si, cada um com sua curva ABC de insumos, equipamentos e serviços. Para a caracterização de um desequilíbrio contratual, **deve-se fazer a análise do contrato como um todo, considerando o comportamento dos preços dos insumos, a data-base contratual e, finalmente, avaliar o impacto total no contrato**”;*

“Não se vislumbra na legislação e na jurisprudência nenhuma alusão a reequilíbrio econômico-financeiro referente apenas à variação de um tipo de insumo contratual. Conforme jurisprudência do TCU, para aplicação do art. 65, inciso II, alínea ‘d’ da Lei 8.666/1993, a avaliação do equilíbrio econômico-financeiro deve ser feita no contrato como um todo, inclusive com a análise do comportamento dos custos dos demais insumos. Nesse sentido são os Acórdãos 1.466/2013 TCU Plenário e 2.408/2009 TCU Plenário”. [1]

De acordo com o TCU, em julgamento da representação TC 007.615/2015-9, no entanto, **existe a possibilidade de um insumo isolado ser o responsável pelo desequilíbrio** contratual diante da manutenção da equação econômica original da cesta dos demais itens contemplados na proposta. Desta feita, a aplicação da revisão ou recomposição de preços, exigiria (i) **fato imprevisível** ou previsível, mas de consequências incalculáveis, alheio à vontade das partes; e (ii) desequilíbrio econômico ou financeiro elevado no contrato, impondo onerosidade excessiva a uma das partes ou a ambas, eventualmente.

Devido a relevância de tal posicionamento do Tribunal de Contas da União, colaciona-se importante excerto do referido acórdão:

39. *Em outras palavras, a análise para demonstração de desequilíbrio econômico-financeiro em contrato administrativo não requer que se considerem, como procedimento geral, todas as variações ordinárias nos preços dos insumos contratados – cobertos naturalmente pelos índices de reajustamento da avença –, mas apenas alterações de preços significativas e imprevisíveis (ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis), capazes de justificar a aplicação da teoria da imprevisão.*

40. *A propósito, este Tribunal já se deparou com caso semelhante na análise do Acórdão 3.289/2011-Plenário, quando identificou variação significativa no preço de um item do contrato. Na oportunidade, foi determinado ao Dnit que procedesse à “reapetição” – no sentido de “revisão” (ou “recomposição”) – dos contratos em virtude de evento imprevisível, concernente à abertura de funcionamento de nova fábrica de cimento mais próxima do local das obras. Esse fato havia permitido o fornecimento do insumo em uma distância menor de transporte, com redução significativa no custo (por tonelada) e, por consequência, desequilíbrio dos contratos em desfavor da União. Logo, entendeu-se viável exigir providências com vistas ao reequilíbrio das avenças em benefício da Administração, com fundamento no art. 65, II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, ante a imprevisibilidade daquele acontecimento. Na espécie, não se cogitou de análise global do comportamento dos demais preços porque não havia indícios de fatores imprevisíveis de ordem análoga que pudessem minimizar o impacto da medida que se impunha à contratada, seja em termos de elevações atípicas de preços ou de eventos inesperados como o que ocorreu.*

41. *Cabível uma última observação sobre este precedente. A rigor, o caso não é afeto à teoria da imprevisão, inerente à álea econômica extraordinária, mas, ao que me parece, à hipótese de caso fortuito. Contudo, em nada altera a conclusão acima, pois, sem embargo de qualquer discussão conceitual que possa existir em âmbito doutrinário, é certo que o legislador ordinário abarcou todas essas hipóteses no mesmo dispositivo legal citado acima.*

A Teoria da Imprevisão, que, em tese, se mostraria aplicável ao caso em comento, encontra respaldo no art. 37 da Constituição Federal, uma vez que o inciso XXI assegura que as cláusulas e obrigações de pagamento devem guardar fidelidade às mesmas condições efetivas da proposta.

Assim, para que seja realizada a revisão contratual, é imprescindível que o Contratado provoque a Administração para que sejam adotadas as providências, a qual somente poderá recusar o restabelecimento econômico-financeiro mediante invocação da inexistência dos pressupostos necessários, como **(i)** a ausência de elevação de encargos, **(ii)** ausência de nexo de causalidade entre o fato alegado e a majoração dos preços; **(iii)** o evento que deu ensejo ao desequilíbrio é anterior à proposta; **(iv)** culpa do Contratado com previsibilidade do evento.^[2]

Outro quesito de suma importância à revisão contratual é a análise da matriz de risco dos Contratos de empreitada, termo este evidenciado na Lei nº 13.303/2016 (aplicável às empresas públicas e de economia mista) como uma cláusula indispensável para estabelecer os parâmetros de equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia:

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

(...)

*X - **matriz de riscos**: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:*

*a) **listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;***

*b) **estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;***

*c) **estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.***

Ainda assim, a Lei nº 13.303/2016 prevê expressamente a possibilidade de alterações contratuais que visem restabelecer o reequilíbrio econômico-financeiro por fatos imprevisíveis. É o que se infere do art. 81 da referida Lei:

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

*VI - **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.***

Com efeito, verifica-se que Lei 13.303/2016 não foge à regra da Lei nº 8.666/93 e da jurisprudência do TCU. No entanto, merece destacar que os contratos devem ser analisados com as suas devidas particularidades, **com atenção para as cláusulas que eventualmente já considerem a variação de preços de insumos dentro da matriz de riscos**, o que impediria, via de regra, a revisão contratual pela mera variação de um único insumo. Ademais, como apontado anteriormente, havendo redução de preços de um determinado insumo, enquanto, paralelamente, há notório e considerável aumento em outros insumos, deve-se analisar se há compensação entre uns e outros, de forma que, no final, não reste demonstrado se há ou não desequilíbrio.

De outro lado, há que se considerar que, caso a variação de preços dos insumos seja decorrente da pandemia da COVID-19, encontra-se evidente caracterização de caso fortuito/força maior, hipótese esta que não foge às disposições citadas acima, referentes ao art. 54 e 65 da Lei nº 8.666/93 e art. 81, VI, da Lei nº 13.303/2016. Dessa forma, em caso de constatação de variações expressivas no preço de insumos, fruto da pandemia do COVID-19, ou em decorrência de álea extraordinária, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser analisado pela Administração Pública, seja para prorrogações contratuais, suspensão ou supressão de obrigações, seja para rescisão ou revisão de preços e prazos.

CONCLUSÃO

Consoante fundamentação retro, conclui-se que a majoração extraordinária de preços dos insumos em decorrência de fatos imprevisíveis (assimetria entre oferta e demanda e carência de insumos no mercado), caso fortuito/força maior (pandemia da COVID-19), **poderá dar ensejo à revisão contratual** com vistas a reequilibrar econômica e financeiramente o contrato, além da revisão de prazos e outras obrigações que tenham se tornado inviáveis por estes fatos. **Para tanto, mister se faz analisar as cláusulas e matriz de riscos dos contratos**, com vistas a identificar se há previsão de que a variação nos preços dos insumos devem ser suportadas pelo Contratado. A revisão contratual dependerá de provocação do Contratado à administração **comprovando a variação dos insumos, a configuração do fato superveniente imprevisível ou, se previsível, mas de consequências incalculáveis, alheio à vontade das partes, bem como a comprovação do desequilíbrio econômico ou financeiro elevado no contrato, impondo onerosidade excessiva a uma das partes ou a ambas**, eventualmente, conforme legislação e jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Henrique Andrade Rodrigues
Advogado Cível/Comercial - FIEMG
OAB/MG nº 144.014

Fonte: Nota Técnica Jurídica