



CBIC

Câmara Brasileira
da Indústria da Construção

LEGAL OPINION

O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia

VG&P

VERNALHA GUIMARÃES
& PEREIRA ADVOGADOS

LEGAL OPINION

*O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos
de obras e serviços de engenharia em função da variação
extraordinária no preço de insumos*

São Paulo, setembro de 2020.

SUMÁRIO

1. Introdução: o contexto factual e a consulta. 2. Considerações introdutórias sobre o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia. 3. A consideração da matriz de riscos dos contratos de obras e serviços de engenharia. 4. A variação no preço de insumos havida no contexto da pandemia como caso fortuito e força maior. 5. *Caracterização do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro. 5.1. A irrelevância em se demonstrar a “onerosidade excessiva” para o reequilíbrio econômico-financeiro.* 6. Demonstração do desequilíbrio contratual – as referências à delimitação da variação extraordinária no preço de insumos. 7. A adequada instrução do processo de reequilíbrio econômico-financeiro. 8. Definição da metodologia para quantificar o reequilíbrio econômico-financeiro. 9. A inviabilidade de se compensar o desequilíbrio contratual com a desoneração de custos associados a riscos alocados à responsabilidade do contratado privado. 10. O direito à suspensão da execução do contrato administrativo. 10.1. *A necessidade de comunicação prévia e fundamentada à Administração.* 11. *Conclusão.*

1. Introdução: o contexto factual e a consulta

Consulta-nos a **Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC** acerca da extensão do direito das empresas vinculadas às suas associadas em função do desequilíbrio econômico-financeiro de contratos de obras e serviços de engenharia em função da variação no preço de insumos.

Como vem sendo noticiado nas últimas semanas, materiais de construção – notadamente, cimento, aço e PVC – sofreram altas significativas, muito acima do que retrataram os índices inflacionários para o mesmo período.

Não é surpresa que a origem destas oscilações esteja relacionada, direta ou indiretamente, à pandemia gerada pelo COVID-19. A perspectiva inicial de retração de consumo por conta da pandemia levou a indústria à redução ou suspensão da produção desses insumos. A redução dos estoques, entretanto, foi contrastada pelos esforços do setor

em manter a atividade de construção civil em níveis melhores, comparativamente aos demais setores da economia¹. Além disso, verificou-se o incremento de demanda da autoconstrução – com o isolamento social e o pagamento do auxílio financeiro pelo Governo Federal, diversas pessoas aproveitaram para realizar pequenas reformas ou ampliações em suas residências, gerando o “efeito formiguinha”².

Essa conjuntura ensejou aumentos expressivos no preço de materiais construtivos. Evidente que esse incremento de preços tem ocasionado impactos relevantes na estrutura de custos dos contratos públicos da construção civil, provocando rompimento de sua equação econômico-financeira.

Nesse contexto, a presente abordagem busca examinar a hipótese de variação extraordinária no preço destes insumos como causa de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia, com vistas a delimitar a extensão dos direitos dos contratados à compensação pelos prejuízos sofridos. Para tanto, serão analisados adiante os pressupostos, requisitos e

¹ Vide, nesse sentido, levantamento realizado pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), encaminhada em setembro de 2020 ao Ministério da Economia.

² Nesse sentido, vide notícias jornalísticas acerca do tema: *Pandemia inflaciona custo da construção civil em Minas*, publicada em 18/08/2020, disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/08/18/internas_economia,1176996/pandemia-inflaciona-custo-da-construcao-civil-em-minas.shtml#:~:text=%E2%80%9CO%20aumentado%20dos%20pre%C3%A7os%20dos,dos%20produtos%E2%80%9D%2C%20afirma%20Linhares, acesso em 14/09/2020; *Pandemia: Materiais de construção começam a faltar e sofrem aumento de preço*, publicada em 05/08/2020, disponível em https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/08/pandemia-materiais-de-construcao-comecam-a-faltar-e-sofrem-aumento-de-preco_112019.php, acesso em 14/09/2020; e *Procon vai fiscalizar alta no preço do cimento na pandemia*, publicada em 19/08/2020, disponível em https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:uUbX_0Om17gJ:https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painelsa/2020/08/procon-vai-fiscalizar-alta-no-preco-do-cimento-na-pandemia.shtml+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br, acesso em 14/09/2020.

condicionantes para o exercício do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em função da hipótese cogitada.

2. Considerações introdutórias sobre o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia

É sabido que a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos está acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro. O tema tem raiz constitucional, por força do inciso XXI do art. 37 da Constituição, que impõe a manutenção das condições econômicas da proposta oferecida em processo de licitação ao longo de toda a execução do respectivo contrato administrativo.

O comando constitucional, como já decidiu o STF, busca garantir a estabilidade da relação jurídico-contratual, garantindo à contratada a exequibilidade do objeto nos precisos termos que caracterizaram a sua celebração³. O acolhimento deste direito pelo texto constitucional retrata a relevância que lhe é dada pelo ordenamento brasileiro.

O direito infraconstitucional também disciplina o tema. A Lei 8.666/93 estabelece a imutabilidade das “cláusulas econômicas” do contrato administrativo (art. 58, § 1º, Lei 8.666/93), prevendo, ainda, a possibilidade de alteração do contrato para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração (art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93). A Lei 13.303/2016 – Estatuto das Empresas Estatais - também tem dispositivos com regras semelhantes (art. 81, VI).

³ RE 902910 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 06/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 16-11-2018 PUBLIC 19-11-2018.

Estas normas impõem o respeito à manutenção da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. Isso significa que, uma vez formada esta equação, a partir da apresentação da proposta no âmbito do processo de licitação, ela deverá ser preservada ao longo de toda a execução do contrato administrativo.

A equação econômico-financeira do contrato administrativo é constituída pela matriz de riscos e obrigações do contrato e, subsidiariamente, integrada pela delimitação da responsabilidade das partes sobre certos riscos por meio de normas legais. Assim, sempre que um risco alocado (pelo contrato ou pela lei) a uma parte se materializa gerando prejuízos à outra, nasce o respectivo direito à compensação pela parte lesada.

Logo, um ponto de partida para se compreender a delimitação e extensão da responsabilidade das partes relativamente ao risco de variação extraordinária no preço de insumos nos contratos de obras e serviços de engenharia é a consideração da matriz de riscos do contrato e, sucessivamente, da alocação dos riscos extracontratuais pela legislação.

3. A consideração da matriz de riscos dos contratos de obras e serviços de engenharia

Lembre-se que a estipulação do conteúdo dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia está, em boa medida, submetida à autonomia contratual das partes. Isto é: à exceção de algumas poucas regras legais que impõem alocação específica de responsabilidades sobre certos riscos, os riscos e as obrigações em geral relativos a certo objeto podem ser distribuídos “livremente” no plano do contrato, conforme a disposição das partes.

Mas é certo que esta alocação de riscos deve estar orientada a regras e premissas jurídico-econômicas voltadas a calibrar a eficiência de sua estrutura de custos. Cada risco deve ser alocado à responsabilidade daquele que consegue melhor gerenciar o risco, isto é: à responsabilidade da parte que consegue a custos mais baixos do que a outra prevenir a ocorrência do risco ou mitigar os prejuízos na hipótese de sua materialização. Se assim for feito, haverá a redução do somatório de custos do contrato, gerando-se economias às partes e tornando a contratação mais eficiente.

Como regra, a parte que tem melhor condição de se prevenir do risco é aquela que tem o controle do fator de risco. Precisamente por isso é que riscos não controláveis pelo contratado privado não devem ser alocados à sua responsabilidade, sob pena desta alocação provocar um encarecimento de custos da contratação.

Riscos relacionados a eventos não controláveis pelo contratado, como riscos de variações imprevisíveis ou incalculáveis no preço de insumos da construção, ou riscos de caso fortuito e de força maior, são costumeiramente alocados à responsabilidade das Administrações Públicas. Estas têm maior facilidade para externalizar suas perdas, razão pela qual são agentes mais vocacionados à gestão destes riscos do que o contratado privado.

Não por acaso, então, os contratos de obras e serviços de engenharia têm, em sua grande maioria, optado por alocar riscos da alta de insumos provocados pela ocorrência de álea extraordinária ou de caso fortuito e de força maior à responsabilidade da Administração Pública.

Já quando os contratos são omissos em relação ao risco na elevação extraordinária de insumos ou ao risco de caso fortuito de força maior, haverá a incidência da norma legal que disciplina as consequências da

materialização dos riscos extracontratuais, conforme tratado mais adiante.

Seja como for, a delimitação da responsabilidade das partes quanto a estes eventos dependerá da análise do conteúdo dos contratos. No entanto, dado que tanto os contratos, de um modo geral, como a disciplina a legal dos riscos extracontratuais têm alocado os riscos da álea extraordinária e de caso fortuito e de força maior à responsabilidade da Administração Pública, há relevância em examinar o enquadramento dos eventos de variação aguda no preços de insumos nos conceitos de caso fortuito e força maior.

4. A variação no preço de insumos havida no contexto da pandemia como caso fortuito e força maior

Como já referido, é importante perceber que a elevação no preço dos insumos referidos é uma decorrência direta da pandemia do COVID-19. Uma vez caracterizada a pandemia como um evento próprio da álea extraordinária ou como um caso fortuito e força maior, suas decorrências diretas no âmbito dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia devem ensejar a obrigação contratual e o dever jurídico da Administração Pública em promover o reequilíbrio econômico-financeiro, ou, ainda, o exercício de direitos legais ou contratuais do contratado privado que decorrem deste enquadramento.

Já há registros que permitem a identificação a pandemia da COVID-19 como um evento imprevisível e mundialmente catastrófico, capaz de exigir regimes de exceção em diversos países e produzir disfuncionalidades mercadológicas. Estas disfuncionalidades de mercado podem interferir na cadeia de suprimentos dos contratos de obra, dificultando sua operação e onerando a sua produção.

O conceito de caso fortuito e força maior já foi objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial. Estas expressões, tal como incorporadas nas normas legais – e contratuais – referem-se a situações *imprevisíveis* e *inevitáveis* pelas partes contraentes. A ideia de *imprevisibilidade* está associada à impossibilidade de o sujeito antever sua ocorrência ou dimensionar os seus efeitos no âmbito da execução do contrato. Já a *inevitabilidade* diz respeito à incapacidade das partes contraentes em evitar a ocorrência do evento em si ou as suas decorrências no âmbito da execução do contrato sem lhes impor um sacrifício muito maior para o qual se prepararam quando da celebração do contrato.

Para os fins da responsabilidade contratual, as noções de *caso fortuito* e *força maior* têm sido associadas à de *fortuito interno* e *fortuito externo*, com vistas a diferenciar o tratamento jurídico da (ir)responsabilidade da parte contratual impactada pela sua ocorrência. O tema mereceu recente abordagem pelo Superior Tribunal de Justiça, que contrapôs a noção de *fortuito externo*, relacionada a fatos imprevisíveis e inevitáveis, estranhos à organização das empresas, à de *fortuito interno*, que, apesar de também imprevisível e inevitável, está associado aos riscos da atividade empresarial, “inserindo-se na estrutura do negócio”⁴. O raciocínio balizou a interpretação pelo STJ do artigo 393 do C. Civil, com vistas restringir a aplicação da isenção de responsabilidade acolhida pela norma apenas aos casos de *fortuito externo*, quando os fatos alegados não possam ser qualificados como próprios e típicos da esfera de risco inerente à atividade empresarial da parte.

Esta linha de entendimento reflete uma diferenciação entre *álea ordinária* e *álea extraordinária*, extraída da norma da alínea “d” do inciso

⁴ Trecho extraído do voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, no Recurso Especial n. 1.450.434 - SP (2014/0058371-2), julgado em 18/09/2018.

II do artigo 65 da lei 8.666/93, no que diz respeito ao tratamento dos riscos extracontratuais em contratos administrativos. As noções de fortuito interno x fortuito externo e álea ordinária x álea extraordinária remetem a uma análise qualitativa e quantitativa do evento de risco, com vistas a caracterizá-lo como um evento típico ou não da esfera do *risco empresarial* do contraente. A maior dificuldade no enquadramento de eventos ao conceito de álea extraordinária reside precisamente na *imprevisibilidade* do evento, com vistas a distinguir riscos que, embora extracontratuais, afiguram-se previsíveis em função da atividade empresarial do contratado, daqueles em relação aos quais não se pode exigir do contratado sua previsibilidade.

A propagação de uma doença não é em si um fato imprevisível em todos os casos. Mesmo episódios epidêmicos podem adquirir contornos de previsibilidade e gerenciabilidade, assim como os seus desdobramentos. Mas a propagação da COVID-19 alcançou uma dimensão pandêmica, caracterizando-se como um evento de efeitos avassaladores, produzindo diversas transformações no comportamento das pessoas e dos mercados.

Em razão disso, já vem se formando um consenso acerca da caracterização da pandemia como um evento de caso fortuito e força maior. Refira-se ao parecer da Advocacia Geral da União, que explicitamente reconheceu a pandemia da COVID-19 como uma situação de “caso fortuito e de força maior”, para os fins do tratamento jurídico do reequilíbrio econômico financeiro em contratos administrativos⁵. A quase unanimidade da doutrina também já vem se manifestando no mesmo sentido.

⁵ Nesse sentido, já se manifestou a Advocacia Geral da União por meio do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU.

Assim considerada, a pandemia se caracteriza, da perspectiva do regime jurídico dos contratos públicos no Brasil, como uma situação de “caso fortuito e de força maior”, ou como um evento “imprevisível ou de consequências incalculáveis”. Este enquadramento traz diversos desdobramentos jurídicos importantes no âmbito dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia, autorizando o exercício de direitos do contratado, como a suspensão de obrigações, a própria rescisão do contrato e o reequilíbrio econômico-financeiros por prejuízos suportados em razão de suas decorrências.

5. Caracterização do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro

O direito ao desequilíbrio econômico-financeiro estará caracterizado a partir da demonstração pelo contratado de uma variação extraordinária no preço de insumos e de seu nexos de causalidade com o agravo econômico sofrido na estrutura de custos do contrato.

Quanto à relação de causalidade, parece não haver dúvida acerca do liame que há entre a crise pandêmica e os aumentos de preço destes insumos, sendo que uma vez demonstrado que tais aumentos repercutem diretamente na estrutura de custos do contrato, verifica-se o desequilíbrio.

Para demonstração da relação de causalidade, o contratado terá de comprovar que o *momento de adimplemento de cada parcela* já refletia a *variação extraordinária* no preço dos insumos havida no contexto da crise pandêmica. A partir da medição, os valores consolidados não estão mais sujeitos às alterações mercadológicas de preço, mas à mera incidência de correção monetária inflacionária geral.

Não se trata de afirmar que o momento da aquisição do produto em si deverá refletir a variação extraordinária no preço⁶, mas o momento do adimplemento da parcela da execução do objeto. A Lei 8.666/93 parece ter definido o adimplemento da parcela como marco para o reequilíbrio econômico-financeiro dos preços contratuais, como se depreende do inciso XI do artigo 40 da Lei 8.666/93. Ao tratar do reajustamento, a norma estabelece que o critério de reajuste “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, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela”.

Embora trate especificamente de reajustamento, a inteligência desta regra não deve ser desprezada na interpretação dos casos de reequilíbrio econômico-financeiro por variação extraordinária no preço de insumos. Afinal, trata-se do mesmo fenômeno. Se a Lei define que o adimplemento de cada parcela deverá ser o marco para a atualização de preços que reflita sua variação ordinária (reajustamento), este também deverá ser o marco para a compensação por variação extraordinária de preços.

5.1. A irrelevância em se demonstrar a “onerosidade excessiva” para o reequilíbrio econômico-financeiro

É preciso frisar que, para fins da caracterização do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, desinteressa a dimensão do impacto gerado na estrutura de custos dos contratos. Tal não se confunde com a dimensão da variação no preço dos insumos isoladamente considerada, que, para caracterizar o direito ao reequilíbrio, necessita ser expressiva a

⁶ Quanto a este ponto, há julgados no TCU sustentando posição divergente.

ponto de ultrapassar a recomposição inflacionária – como adiante explicado.

Mas a “onerosidade excessiva”, como dimensão do impacto global gerado na estrutura de custos do contrato, não é um condicionante do direito ao reequilíbrio.

Embora seja bastante provável que em todos esses casos a elevação expressiva no preço de insumos imponha ao contratado uma *onerosidade excessiva*, este não é um requisito ou um pressuposto jurídico para a conformação do direito do contratado ao reequilíbrio. Não há nada na legislação brasileira que condicione o exercício do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro à constatação de onerosidade excessiva. Logo, demonstrado o impacto global gerado na estrutura de custos do contrato por força da alta no preço de insumos, tenha ele a dimensão que tiver, haverá direito do contratado ao correspondente reequilíbrio econômico-financeiro.

A este respeito, FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES já explicou que “O pressuposto (onerosidade excessiva) não consta, nem mesmo implicitamente, da redação da alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93. Não há, ademais, qualquer outra regra veiculada pela Lei 8.666/93 ou por outras normativas aplicáveis ao tema dos contratos administrativo que prescreva a exigência⁷.”

No mesmo sentido, ensina MARÇAL JUSTEM FILHO: “O artigo 65, II, d, não faz qualquer alusão à necessidade de o evento superveniente ser dotado de carga de nocividade tão intensa que impeça a execução da prestação originalmente assumida. O que a Lei previu foi a ocorrência de

⁷ A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento dos encargos salariais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, Fevereiro/março/abril, 2010. Disponível em www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-fevereiro-Fernando-Vernalha-uimaraes.pdf. Acesso em 20 de setembro de 2020.

um evento imprevisível ou de consequências incalculáveis, apto a produzir a frustração da relação original entre encargos e vantagens” (...). Não se estabeleceu que o direito à revisão somente surgiria se os efeitos fossem muito graves. Não se exigiu que a execução do contrato se tornasse inviável.”⁸.

Ainda, segundo ANGELICA PETIAN, “Não há na norma constitucional e legal citadas nenhuma previsão de que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato só será devido diante do agravamento excessivo dos encargos do contratado. A regra é clara: havendo variação decorrente de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, que majorem os custos do contratado, a remuneração deve ser reequilibrada”⁹.

A esse respeito, trilhando a mesma linha de entendimento, manifestou-se o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2.933/2011 – Plenário. No voto do Ministro Relator Valmir Campelo, consignou-se: “(...) tanto na alínea “d”, do inciso II, do art. 65, quanto no § 5º do mesmo artigo, todos da Lei 8.666/93, não trazem qualquer referência à materialidade (onerosidade excessiva e insuportabilidade do novo ônus) como condição de reequilíbrio. Prevê-se, somente, a álea extraordinária e extracontratual, como ainda a comprovada repercussão nos preços contratados. Parecem-me extralegais tais condicionantes para a manutenção do equilíbrio do contratado, sagradamente protegido pela Constituição da República”.

⁸ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1197.

⁹ *Ofensa à intangibilidade da equação econômico-financeira pela exigência de onerosidade excessiva*. In <https://www.vgplaw.com.br/a-ofensa-a-intangibilidade-da-equacao-economico-financeira-pela-exigencia-da-onerosidade-excessiva/>. Acesso em 20 de setembro de 2020.

6. Demonstração do desequilíbrio contratual – as referências à delimitação da variação extraordinária no preço de insumos

Uma questão relevante à caracterização do direito ao reequilíbrio em se tratando de contratos impactados pela variação extraordinária no preço de insumos relaciona-se à comprovação da *extraordinariedade* da variação. Já se disse que a pandemia, causa-raiz destas variações, é um evento de caso fortuito e força maior e que, como tal, deve ser assim considerada para a delimitação de responsabilidade das partes sobre os riscos contratuais e extracontratuais (alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93). Mas, para além disso, será preciso demonstrar que a pandemia provocou variações extraordinária no preço do insumo. Aqui se está tratando não da dimensão do impacto gerado na estrutura de custos do contrato, mas da dimensão da variação no preço do insumo isoladamente considerado. A variação no preço do insumo, verificada a partir da data de apresentação da proposta na licitação, deve ser de tal ordem a ultrapassar a expectativa inflacionária e os índices de recomposição inflacionária eventualmente acolhidos pelo contrato.

Aludir à materialização do evento pandêmico, por si só, não enseja o direito ao reequilíbrio. Mesmo que certos insumos, individualmente considerados, possam ter variações que ultrapassem os índices inflacionários, isso não necessariamente dará ensejo ao direito do contratado ao reequilíbrio. Será necessário demonstrar que se verificou uma variação expressiva, que possa se caracterizar como uma decorrência de uma anormalidade mercadológica, fruto do contexto excepcional da crise da pandemia¹⁰.

¹⁰ Nesse sentido, veja-se que por meio do Acórdão 3282/2011-Plenário, o TCU afastou o cabimento de recomposição em razão de variação cambial pela valorização do Real frente ao Dólar. No caso analisado, constatou-se que entre 2003 e 2007, o Dólar teve redução de cerca de 40% frente ao Real. Nada obstante, o percentual da oscilação não foi suficiente para a configuração de variação extraordinária, dado que, segundo o TCU, a valorização do Real foi diluída ao longo de um lapso temporal de 04 (quatro) anos. Não houve, nos dizeres do TCU, variação abrupta, imprevisível apta a configurar a teoria da

A esse respeito, o TCU já advertiu a insuficiência de demonstrar-se a mera variação de preços, pois que, se ordinária, não será o bastante para fundamentar o direito ao reequilíbrio. É preciso demonstrar que a variação no preço do insumo foi em tal dimensão a ultrapassar a banda de risco própria da *ordinariedade*¹¹. A variação no preço do insumo, portanto, deve refletir uma alta incomum, que fuja aos padrões inflacionários.

Outro ponto importante em relação a isso está na fonte utilizada para a demonstração da variação no preço do insumo. A constatação da variação de preço dos insumos precisa estar fundada em parâmetros objetivos, que deem conta de comprovar que esta variação ocorreu generalizadamente no setor de mercado.

Esta aferição tem sido feita por sindicatos, associações e entidades vocacionadas a fazer sondagens e pesquisas de mercado, cujos relatórios produzidos para esse fim poderão ser utilizados como fonte para a demonstração das variações nos preços dos insumos.

No âmbito federal, o Decreto nº 7.983/2013 impôs a observância de sistemas de preço para a formação do orçamento público, com amplo acolhimento pelos órgãos de controle para esse fim. A depender de sua atualidade e adequação às condições regionais ou locais, o SINAPI poderá ser utilizado para demonstrar estas variações no preço de insumos.

imprevisão. Conforme constou do Voto do Acórdão 3282/2011-Plenário: “10. Ressalto que a apreciação do real frente ao dólar foi significativamente gradual, ao longo de quatro anos (conforme série temporal do dólar abaixo reproduzida), desde um mês antes da data da primeira proposta de preços à licitação (14/4/2003) até a conclusão prevista do último contrato (17/6/2007). Esse caminho fez com que o dólar norte-americano variasse paulatinamente nesse longo interregno de tempo, indo de R\$ 3,114, na data de 15/4/2003, a R\$ 1,9097, em 15/6/2007. Penso, assim, que não há que se falar em variação extraordinária e brusca da moeda.”

¹¹ É claro que esta assertiva desconsidera a análise da matriz de risco do contrato, que pode ter optado por uma alocação específica do risco de variação extraordinária de preços de insumos às partes.

7. A adequada instrução do processo de reequilíbrio econômico-financeiro

Como se disse, os contratados que demonstrarem que decorrências desta pandemia acarretaram agravos econômicos e financeiros à execução dos contratos administrativos de obra e serviços de engenharia terão direito à integral recomposição da sua equação econômico-financeira. Para isso, caberá ao contratado demonstrar o nexo de causalidade entre a pandemia e os ônus econômicos ou financeiros experimentados, assim como delimitar a sua repercussão na estrutura de custos do contrato.

É de grande importância a suficiente documentação do desequilíbrio verificado, assim como a observância dos procedimentos, formas e parâmetros previstos em contrato, ou em normativas vigentes, para essa postulação.

Boa parte dos contratos de obra vigentes não disciplina prazos, forma e procedimento para o processamento dos pedidos de reequilíbrio, muito menos prescreve metodologias para tanto. Por outro lado, a Lei 8.666/93 não estabeleceu tais condicionantes. Eventualmente, leis regionais ou locais ou atos normativos infralegais podem disciplinar a hipótese.

É bastante conveniente que as Administrações Públicas criem atos normativos definindo prazos, procedimentos e métricas para orientar o reequilíbrio econômico-financeiro, subsidiariamente à disciplina prevista em contrato. Providência desta ordem concorre para ampliar a segurança jurídica e melhorar o ambiente jurídico-institucional para a contratação administrativa.

Na ausência de disposições contratuais ou de normativas que estabeleçam requisitos à instrução dos pedidos de reequilíbrio, esta deverá obedecer a um princípio de liberdade de prova. Ao contratado,

como já dito, caberá comprovar a ocorrência dos eventos de desequilíbrio, indicando o nexo de causalidade entre esses e os agravos gerados na estrutura de custos de seu contrato, e quantificando fundamentadamente o valor de ressarcimento buscado.

Além disso, e para fins da demonstração da variação extraordinária, será importante indicar e comprovar os referenciais de preço vigentes ao *momento do adimplemento de cada parcela*, como já referido acima.

8. Definição da metodologia para quantificar o reequilíbrio econômico-financeiro

A Lei 8.666/93, assim como a Lei 13.303/2016, não definiram metodologias específicas para orientar a quantificação do valor das compensações objeto do reequilíbrio econômico-financeiro. Será preciso observar se o tema foi tratado na legislação regional ou local, quando for o caso, ou se há atos infralegais que imponham parâmetros ou critérios específicos para essa demonstração.

Bem assim, o conteúdo do contrato administrativo poderá ser fonte para a definição desta metodologia. Os contratos deverão ter aderência às normas legais ou infralegais, quando estas forem anteriores à licitação que os originou. Do contrário, as normas não poderão desmerecer o regramento contratual, que deverá prevalecer para os fins de definição das metodologias para a quantificação do equilíbrio econômico-financeiro. Na omissão do contrato, as metodologias definidas em normas legais ou infralegais deverão ser observadas.

Sem que o tema tenha sido tratado por normas legais ou infralegais e por normas contratuais, a definição desta metodologia deverá orientar-se pelo conhecimento técnico-científico. O importante será garantir-se a compensação da integralidade dos prejuízos suportados, sob pena de

violação das normas constitucionais e legais que disciplinam o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro.

Neste particular, o cálculo do reequilíbrio deverá considerar: (i) os preços definidos na composição de custos apresentada ao tempo da licitação pelo contratado; (ii) o quantitativo do insumo utilizado no adimplemento da parcela da obra ou do serviço; e (iii) a variação extraordinária de preço identificada para o insumo. Uma vez definido o valor gasto para o insumo no adimplemento de cada parcela (tomando-se o preço constante da composição de custos e o quantitativo demandado no adimplemento da parcela), sobre ele deverá ser aplicada a variação extraordinária objetivamente aferida. Ainda, poderá ser descontado o percentual de majoração de preço eventualmente resultante do índice de reajuste aplicado, com vistas a delimitar apenas a variação que extrapolou a recomposição inflacionária já implementada por meio do reajuste.

9. A inviabilidade de se compensar o desequilíbrio contratual com a desoneração de custos associados a riscos alocados à responsabilidade do contratado privado

É preciso advertir acerca da inviabilidade de se considerar a redução de custos atrelada a riscos alocados à responsabilidade do contratado para fins recomposição da equação econômico-financeira do contrato. Trata-se de prática costumeira no âmbito de processos de reequilíbrio contratual relacionados à elevação extraordinária no preço de insumos, induzida pela orientação das instâncias de controle. Sustenta-se que, por ocasião do reequilíbrio, para neutralizar a alta excessiva no preço de certos insumos, deve-se contabilizar a eventual redução no preço de outros insumos, mesmo que essa retrate variação própria da álea ordinária empresarial. O que se tem visto em processos

assim é que as Administrações concebem arbitrariamente uma espécie de *cesta de insumos*, com vistas a compensar a alta no preço de insumos que sofreram variação extraordinária com a baixa no preço de insumos que variaram apenas ordinariamente, alcançando assim um valor atenuado de reequilíbrio.

Com o devido respeito, essa orientação desafia o tratamento jurídico dispensado ao reequilíbrio econômico-financeiro pelo direito brasileiro. Uma vez que o contrato ou a lei prevejam a hipótese de reequilíbrio para a variação *extraordinária* no preço de insumos (para mais ou para menos), não se podem considerar na conta do reequilíbrio variações próprias da álea *ordinária* ou do risco contratualmente alocado ao contratado (e à Administração). Se assim for, estar-se-á desorganizando a matriz de riscos do contrato, e, desta forma, modificando a sua equação econômico-financeira.

Por isso, apenas podem entrar na conta do reequilíbrio variações no preço de insumos que extrapolem os limites objetivamente estabelecidos em contrato ou, na falta destes, a banda de variação própria da álea ordinária. Ou seja: apenas podem ser consideradas as variações extraordinárias.

Não se ignora que os contratos podem alocar estes riscos às partes de modo diverso. Podem, por exemplo, alocar todo o risco de variação de custos de insumos (variação ordinária e variação extraordinária) ao contratado privado. Da perspectiva da eficiência que se espera para contratos de curto prazo, esta não seria a melhor alocação de riscos, uma vez que exporia o contratado a riscos em relação aos quais ele não tem condições de gerenciar adequadamente. O efeito seria a oneração das propostas e do preço do contrato, uma vez que o contratado tenderia a provisionar custos maiores para lidar com a aleatoriedade própria das oscilações agudas e imprevisíveis no preço de insumos relevantes utilizados na execução do contrato.

Fato é que a maioria dos contratos públicos de obra e serviços de engenharia em vigência no país não conta com matrizes de riscos mais específicas em relação a isso. Tem sido bastante comum que a redação dos contratos apenas reproduza a dicção da norma da alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93, incorporando a distinção entre (álea ordinária) *variações ordinárias* e (álea extraordinária) *variações extraordinárias*.

Certamente, uma prática a oferecer maior previsibilidade para estas situações seria definir contratualmente uma banda objetiva de variação no preço de insumos, autorizando-se o reequilíbrio quando a variação de custos a ultrapassasse, para mais e para menos. Mas esse não é um padrão que prevaleça na alocação de riscos dos contratos de obra. A regra tem sido ou a omissão do contrato ou a incorporação da letra da norma da alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93.

Se assim for - isto é: caso os contratos sejam omissos em relação a esta alocação, ou simplesmente tenham reproduzido o texto da norma da alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93 -, a alocação de riscos estabelecida é aquela que distingue *risco de variação ordinária* de *risco de variação extraordinária*. Isso significa que ao contratado privado alocou-se o risco de variação ordinária e à Administração Pública o risco positivo e negativo da variação extraordinária. Daí que considerar no âmbito do reequilíbrio os custos de insumos que variaram ordinariamente é desvirtuar a matriz de riscos do contrato e alterar a sua equação econômico-financeira – o que é vedado pelo direito.

Observe-se que, nestes casos, será importante delimitar os percentuais de variação para o fim de avaliar a *extraordinariedade* do evento. Na avaliação dos casos concretos, ainda quando o contrato não tenha estabelecido estes parâmetros de modo mais objetivo, mas tenha incorporado a distinção entre álea ordinária e álea extraordinária, será necessário que as partes definam o que se tem por variação

extraordinária para os fins do reequilíbrio. Concebido o parâmetro, ele há de ser observado para todo o conjunto de insumos do contrato, independentemente da dimensão de sua repercussão na estrutura de custos do contrato.

Portanto, apenas deve entrar na conta do reequilíbrio a variação extraordinária no preço de insumos. Insumos cuja variação de preço esteja dentro da banda da *ordinariedade* não podem ser considerados, sob pena desorganizar a matriz de riscos contratada e desmerecer o princípio constitucional da manutenção da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

10. O direito à suspensão da execução do contrato administrativo

O desequilíbrio econômico-financeiro, a depender de sua dimensão, poderá autorizar, inclusive, a suspensão da exigibilidade das obrigações do contratado. Isso se verificará naqueles casos em que as dificuldades operacionais da execução do contrato decorrem da oneração excessiva de custos por evento alheio à esfera de responsabilidade do contratado.

Logo, será perfeitamente legítima a suspensão da execução de obrigações contratuais por motivação de insuficiência econômica ou financeira do contratado originada da alta imprevisível no preço de insumos relevantes. A oneração excessiva no preço de insumos utilizados com alguma escala na construção é apta a provocar a incapacidade do contratado de suportar o fluxo de recursos necessários ao custeio da operação do contrato.

Não se poderia exigir do contratado sacrifício excessivamente superior àquele para o qual se programou, nos termos do edital e do contrato (considerada aí a possibilidade de extensão do valor do contrato em casos de alteração compulsória, para 50% ou 25%, conforme o caso).

Se as novas circunstâncias exigirem para a gestão do contrato capacidade financeira (ou técnica) superior àquela aferida por ocasião da licitação, o contratado poderá suspender o cumprimento de suas obrigações – e eventualmente exercer o seu direito à rescisão.

A legitimidade da medida de suspensão, no caso, relaciona-se à *inviabilidade operacional do contrato* fundada em razões mercadológicas ou financeiras que configurem caso fortuito ou força maior. Trata-se de direito extraído da norma do inciso XVII do artigo 78 da Lei 8.666/93, assim como da exegese contrária da norma do inciso V do artigo 78 da Lei 8.666/93, que prevê como motivo à rescisão do contrato em desfavor do contratado “a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração”. Vale dizer: havendo justa causa e prévia comunicação à Administração, a suspensão do contrato poderá ser admitida.

As normas referidas acima também legitimam a recusa do contratado em assinar o contrato, quando o desequilíbrio impuser uma onerosidade excessiva ao início da execução do contrato. O raciocínio é análogo àquele que fundamenta o direito à suspensão das obrigações contratuais. A partir da data de apresentação da proposta no âmbito da licitação, a equação econômico-financeira da proposta poderá ser rompida. Se assim ocorrer, a depender da dimensão do impacto gerado, não se poderá constranger o licitante vencedor a assinar o contrato sem que seja implementado o reequilíbrio econômico-financeiro da proposta/contrato.

10.1. A necessidade de comunicação prévia e fundamentada à Administração

Na hipótese de o contratado pretender suspender a execução do contrato de obra, será imperiosa notificação prévia e fundamentada à

Administração. Caberá ao contratado demonstrar a “justa causa” à suspensão – desequilíbrio econômico-financeiro em dimensão a impedir a execução das obrigações contratuais -, levando ao conhecimento prévio da Administração a intenção de suspender a execução do objeto, assim como o conjunto de documentos que lastreiam suas alegações. Afinal, repita-se que o inciso V do artigo 78 da Lei 8.666/93 tipifica como causa de rescisão contratual em desfavor do contratado “a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração”.

11. Conclusão

Como conclusão, tem-se que a elevação extraordinária no preço de insumos utilizados no âmbito da execução do contrato administrativo de obras e serviços de engenharia poderá ensejar o direito do contratado ao reequilíbrio econômico-financeiro, desde que:

1. A matriz de riscos do contrato não tenha alocado explicitamente o risco de variação extraordinária no preço de insumos ou o risco de caso fortuito e de força maior à esfera de responsabilidade do contratado privado;
2. Sejam atendidos os requisitos e pressupostos estabelecidos no contrato e na legislação para tal, quais sejam:
 - a. Demonstração do nexó de causalidade entre a variação extraordinária, ocorrida após a apresentação da proposta no âmbito da licitação, e os impactos gerados na esfera da execução do contrato;
 - b. Demonstração da variação extraordinária a partir de referenciais acolhidos em sondagens e pesquisas de mercado divulgados por entidades com capacidade técnica e credibilidade institucional;

- c. Quantificação do valor do reequilíbrio, utilizando-se premissas e metodologias definidas em normas legais e regulamentares e na disciplina do contrato, sendo que:
 - i. Terão prevalência em relação à disciplina contratual normas legais e regulamentares precedentes à apresentação da proposta na licitação;
 - ii. Terão aplicação subsidiária à disciplina do contrato normas legais e regulamentares editadas posteriormente à apresentação da proposta na licitação.
 - d. Quantificação do valor de reequilíbrio, considerando-se os preços inscritos na composição de custos apresentada com a proposta no âmbito da licitação, a variação extraordinária objetivamente demonstrada (para além do índice de reposição inflacionária) e o quantitativo de insumo utilizado no adimplemento da parcela da execução do contrato.
 - e. Observância de requisitos e pressupostos formais e procedimentais definidos no contrato e em normas legais e regulamentares, atendida a regra de prevalência referida nos itens i. e ii. da alínea “c”.
3. O reequilíbrio econômico-financeiro deverá compensar integralmente os prejuízos sofridos pelo contratado, independentemente da dimensão do impacto gerado na estrutura de custos do contrato. Desde que demonstrada a variação extraordinária no preço do insumo, desinteressa a extensão do ônus gerado na estrutura de custos contrato (a demonstração da “onerossidade excessiva” não é um pressuposto para o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro).
 4. A depender da dimensão dos prejuízos gerados no âmbito da execução do contrato, a onerosidade excessiva poderá justificar a suspensão de obrigações do contratado, mediante comunicação

prévia à Administração demonstrando-se as razões para tanto, até que o reequilíbrio seja implementado.

É o que nos parece, s. m. j.

São Paulo, setembro de 2020.

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES

ANGELICA PETIAN

REGINA RILLO

VG&P | VERNALHA GUIMARÃES
& PEREIRA ADVOGADOS

SÃO PAULO

Rua Olimpíadas, 200 | 2º andar | Vila Olímpia
Edifício Aspen | CEP 04551-000 | São Paulo/SP

BRASÍLIA

SHS Quadra 06 | Conj. C, Bloco E, Sl. 1201 | Asa Sul
Complexo Brasil 21 | CEP 70316-000 | Brasília/DF

CURITIBA

Rua Mateus Leme, 575 | São Francisco
Palacete Villa Sophia | CEP 80510-192 | Curitiba/PR

Tel./Fax: 4007.2221
www.vgplaw.com.br

SIGA O VGP NAS REDES SOCIAIS

