



PARECER JURÍDICO nº 423/2022-PGM-PMCC

Requerente: Comissão Permanente de Licitação
Referência: Processo Licitatório nº 315/2021/FME

Ementa: Parecer jurídico. Termo aditivo. Contratos administrativos. Revisão contratual em razão do desequilíbrio econômico-financeiro. Aplicação do art. 65, II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93. Aprovação com ressalva.

1. RELATÓRIO

A Comissão Permanente de Licitação do Município de Canaã dos Carajás, na pessoa de seu Presidente, submete à apreciação desta Procuradoria o presente processo licitatório, no qual se pretende promover a celebração de Termo Aditivo ao contrato 20221885 que à aquisição de Combustíveis e Lubrificantes automotivos, para fornecimento de forma fracionada, conforme a demanda, viabilizando o abastecimento dos veículos próprios a serviço do Fundo Municipal de Educação no Município de Canaã dos Carajás.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1 RESSALVA QUANTO AOS ASPECTOS TÉCNICOS E ECONÔMICOS

Prefacialmente, assevere-se que a presente manifestação tem por referência os elementos constantes dos autos do processo administrativo em epígrafe. Compete a esta Procuradoria Jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe sendo possível adentrar a análise da conveniência e da oportunidade da prática de atos administrativos e nem ainda manifestar-se sobre os aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, tais aspectos fogem do campo de conhecimento do profissional de direito, sendo assuntos que dizem respeito única e exclusivamente ao gestor da pasta e a sua equipe.

Excluindo-se os aspectos técnicos e econômicos que devem balizar a tomada de decisões de todo administrador público, neste ato passaremos à análise dos aspectos jurídicos atinentes ao caso.

2.2 DO ADITIVO AOS CONTRATOS

Tratam-se de solicitações de aditivos contratuais que objetivam as recomposições dos equilíbrios econômico-financeiros dos contratos acima identificados.

Sobre o equilíbrio econômico-financeiro de contratos passo a expor o que segue.



Estado do Pará
GOVERNO DO MUNICÍPIO DE CANAÃ DOS CARAJÁS
Procuradoria Geral do Município

1. A preservação da equação econômico-financeira dos contratos administrativos é uma garantia estabelecida pela própria Constituição. É possível extrair essa garantia do comando contido no inciso XXI do art. 37 da Constituição[1], na parte em que prevê que devem ser “mantidas as condições efetivas da proposta[2]”. Marçal Justen Filho aponta como fundamentos constitucionais da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos: (i) a proteção ao interesse público; (ii) a isonomia; e (iii) a proteção à propriedade privada[3]. Afirma Justen Filho:

Rigorosamente, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é um princípio regulador do contrato administrativo. Não é nem direito nem dever de cada parte, mas uma característica do contrato. Pode-se aludir ao direito da parte à recomposição da equação econômico-financeira, sempre que se produzir sua quebra por evento que preencha certos requisitos.¹

2. Sobre o tema, por ocasião do julgamento do REsp 1248237 (2014), a primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que “a manutenção da equação financeira original do contrato de concessão é mais que uma orientação doutrinária vitoriosa, com respaldo jurisprudencial; na verdade, constitui princípio erigido sob a égide constitucional desde a Carta de 1969, no art. 167, II, hoje repetido na Constituição Cidadã de 1988, no art. 37, XXI”.

3. O art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666, de 1993, permite a alteração dos contratos administrativos por acordo das partes 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”.

4. Segundo Alexandre Santos de Aragão², a exigência de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos tem por objetivo evitar o enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra. Para Lúcia Valle Figueiredo³, a manutenção desse equilíbrio é essencial para a continuidade e a boa prestação do serviço público. Por sua vez, Marçal Justen Filho⁴ afirma que o princípio da intangibilidade econômico-financeira tem por objetivo garantir a preservação do interesse público, evitando que qualquer das partes contratantes obtenha um ganho ou sofra um prejuízo em razão de eventos extraordinários e garantindo que, em função da redução do risco ao particular, a Administração Pública possa contratar a preços mais baixos.

5. Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, a equação econômico-financeira do contrato consiste na relação que se estabelece entre os encargos assumidos pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração Pública⁵. Marçal Justen Filho assevera que “a equação econômico-

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 391

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 607.

³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão: Aspectos Pontuais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 7, ago/set/out de 2006. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br>. Acesso em 4 de maio de 2013. (p. 3)

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 393-394.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 256



Estado do Pará
GOVERNO DO MUNICÍPIO DE CANAÃ DOS CARAJÁS
Procuradoria Geral do Município

financeira consiste na relação entre encargos e as vantagens que se produz para cada uma das partes por ocasião do aperfeiçoamento de uma contratação”⁶.

6. A equação econômico-financeira do contrato se estabelece com base na proposta apresentada pelo contratado e considerando, além das vantagens, todos os encargos assumidos pelas partes, incluindo os riscos, e que devem estar descritos no instrumento convocatório. A respeito do tema, cabe citar o seguinte trecho de acórdão do Tribunal de Contas da União:

O equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo é definido a partir da elaboração do ato convocatório e se materializa com o oferecimento da proposta e assinatura do instrumento contratual. A partir desse momento a lei assegura a manutenção desse equilíbrio convencionado contra eventuais ocorrências futuras que descaracterizem a equação econômica estabelecida. (Parágrafo 118 do Voto no Acórdão nº 371/2006-P/TCU).

7. Conforme estabelece o inciso XXI do art. 37 da Constituição, trata-se de manter as “condições efetivas da proposta”. Disso decorre, primeiramente, que a equação econômico-financeira original do contrato está associada às circunstâncias presentes no momento da apresentação da proposta pelo licitante vencedor, ainda que o contrato venha a ser firmado algum tempo depois. Em segundo lugar, que é preciso que haja algum fato superveniente à proposta que justifique a necessidade de reequilíbrio. Em relação à quebra da equação econômico-financeira, Marçal Justen Filho afirma que:

A quebra da equação econômico-financeira pode ocorrer a qualquer instante e configurarse-á sempre que se produzir alguma espécie de evento superveniente extraordinário, imprevisível ou de consequências incalculáveis, que amplie os encargos ou reduza as vantagens originalmente assumidas pela parte⁷.

8. Caso não ocorra esse fato justificador, a baixa lucratividade do empreendimento por si só não permite a adoção de qualquer medida de restauração do equilíbrio econômico-financeiro. É preciso demonstrar que algum evento abalou a equação econômico-financeira original do contrato, considerando a proposta apresentada pelo licitante, os riscos assumidos por cada parte e as circunstâncias presentes no momento da apresentação da proposta.

9. Em atendimento ao princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, considera-se que os riscos do empreendimento são divididos entre as partes conforme sua natureza ordinária ou extraordinária. Salvo disposição contratual em sentido diverso, considera-se que o contratado assume os riscos ordinários (ou a álea ordinária) do negócio; enquanto o poder público assume os riscos extraordinários (ou a álea extraordinária⁸). Nesse sentido, Tatiana Esteves Natal afirma o seguinte:

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 388.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 390.

⁸ De acordo com Tatiana Natal (2013, p. 234-236), essa tradicional teoria da divisão dos riscos em contratos de concessão não é compatível com modelos tarifários mais atuais, como a regulação tarifária por incentivos, que pressupõe a divisão da álea ordinária entre o concessionário e o poder concedente, pois não vincula a revisão tarifária apenas à ocorrência de eventos extraordinários. Ela explica que em tal modelo há uma divisão objetiva de riscos prevista de forma detalhada no contrato de concessão, que é independente da classificação de tais riscos como ordinários ou extraordinários.

⁹ Nesse sentido, vide o § 25 do PARECER Nº 772/2018/CONJUR-MTPA/CGU/AGU (NUP: 50000.032200/2018-37) e o § 46 do PARECER Nº 707/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU (NUP: 00045.002955/2016-51).



Estado do Pará
GOVERNO DO MUNICÍPIO DE CANAÃ DOS CARAJÁS
Procuradoria Geral do Município

Baseada nessa ideia de que o concessionário explora o serviço público por sua conta e risco, a doutrina pátria desenvolveu a chamada “Teoria das Áleas”. De acordo com essa teoria, a expressão “por sua conta e risco” [nos incisos II, III e IV do art. 2º da Lei nº 8.987, de 1995] não significa assunção integral pelo particular dos riscos do contrato, mas apenas daqueles ordinários do negócio, ou seja: os riscos inerentes à atividade econômica. Isso porque, em qualquer outra atividade econômica na qual fosse investir seu capital, o empresário arcaria necessariamente com os riscos do negócio.

Os riscos ou áleas seriam, dessa forma, divididos em ordinários e extraordinários. O concessionário assumiria os riscos ordinários do empreendimento. A Administração Pública assumiria os riscos extraordinários¹⁰.

10. Em resumo, a álea ordinária remete a eventos afetos ao comportamento do contratado, é o risco do próprio negócio, não autoriza a alteração do contrato administrativo. A álea administrativa, por sua vez, decorre do comportamento da Administração Pública e pode ser subdividida em fato da administração e fato do príncipe. O primeiro consiste em atuação da própria Administração contratante que, de alguma forma, prejudica a execução do pactuado e onera os encargos do contratado. Incide diretamente sobre o contrato administrativo e pode levar à alteração do instrumento e até à indenização do particular por eventuais prejuízos sofridos. Já no tocante ao fato do príncipe, o relator asseverou constituir medida lícita e regular, proveniente de autoridade pública, a qual atinge indiretamente o contrato e autoriza a recomposição da equação econômico-financeira.

11. A álea extraordinária remete às causas estranhas à vontade das partes. Esses eventos agrupam-se nos gêneros caso fortuito ou força maior, fatos supervenientes imprevistos e sujeições imprevistas. O caso fortuito ou força maior pode ser definido como um evento excepcional relacionado a fatos da natureza ou decorrente de processos sociais em que não seja possível imputar a conduta a um agente determinado. Os fatos supervenientes imprevistos - álea econômica - são alterações mercadológicas imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, as quais prejudicam a execução contratual pelo particular nas condições originalmente avençadas. Em seguida, ponderou que as sujeições imprevistas, a seu turno, constituem obstáculos materiais anteriores à contratação, mas revelados em momento posterior. Aduziu que tal fato impõe a reestruturação da relação entre os encargos do particular e a remuneração devida pela Administração Pública.

12. Sobre o tema, Alexandre Santos de Aragão explica que:

A álea ordinária ou empresarial, presente em qualquer tipo de negócio, não pode, de acordo com os paradigmas da doutrina clássica, ensejar uma proteção especial para a concessionária: as circunstâncias previsíveis; as imprevisíveis, mas de resultados contornáveis ou de pequenos reflexos econômicos, devem ser suportadas pelo contratado.¹¹

¹⁰ NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado regulador. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro (67), 2013, p. 227.

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 610.



Estado do Pará
GOVERNO DO MUNICÍPIO DE CANAÃ DOS CARAJÁS
Procuradoria Geral do Município

13. O mesmo autor afirma que “fatos previsíveis não levam à recomposição da equação econômico-financeira, salvo disposição contratual ou legal expressa em sentido contrário¹²”.

14. Em vista dos fundamentos jurídicos encontrados, vejo que no petitório os requerentes trazem fatos considerados como previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, configurando álea econômica extraordinária, como preleciona a LGL no concernente ao equilíbrio econômico. O reequilíbrio econômico-financeiro encontra-se previsto no artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei Federal 8.666/93. Vejamos o que diz o dispositivo:

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

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, **na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.**(Grifos nosso)

15. Afirmando que houve um aumento circunstancial do preço dos combustíveis, o que gerou a impossibilidade de se continuar a execução dos contratos no preço registrado na ARP. Para comprovar o alegado foram juntados cálculos da composição de preços e duas notas fiscais emitidas, sendo nenhuma delas com valores pagos superiores ao registrado em ata.

16. Verifico de fato o aumento extraordinário (aumentos comuns da atividade empresarial não devem ser considerados) que impeça a execução contratual, entendo por presentes os requisitos legais autorizadores do reequilíbrio pleiteado.

17. Recomendo que seja juntado ao presente processo licitatório comprovante de que o produto fornecido tenha sofrido uma variação considerável tanto em relação a matéria prima fornecida como com os custos com a política de mercado, tendo em vista que a comprovação de que a matéria prima aumentou por si só não importa dizer que os demais custos também tenha sofrido variações. Após, que seja recalculada a porcentagem real a ser realinhada.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluo:

a) Opino pela possibilidade jurídica da concessão de reequilíbrio contratual, observada a ressalva acima.

b) Aprovo a minuta do termo aditivo ao contrato nº 20221841 nos termos do parágrafo único do art. 38 da lei nº 8.666/1993.

¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 607.



Estado do Pará
GOVERNO DO MUNICÍPIO DE CANAÃ DOS CARAJÁS
Procuradoria Geral do Município

Oriento para que se proceda às conferências de autenticidade e validade das Certidões juntadas.

Ressalte-se que o extrato do Aditivo deve ser publicado no Diário Oficial do Município, em atendimento ao dispositivo legal estampado na Lei nº 8.666/93.

É o parecer. S. M. J.

Canaã dos Carajás, 02 de agosto de 2022.

CHARLOS CAÇADOR MELO
Procurador Geral do Município
Port. Nº 271/2021-GP