

COORDENADORIA GERAL DO SISTEMA JURÍDICO

Parecer nº 04/2003 – Flávio Amaral Garcia

Em 06 de agosto de 2003

Proc. n.º E-030/304.081/02

E-30/30.1890/02

Licitação Internacional. Proposta feita em dólar americano. Pleito dos adjudicatários alegando desequilíbrio econômico por força da desvalorização do dólar perante o real e aumento dos insumos. Pressupostos da revisão. Art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93. Competência dos órgãos técnicos da CEDAE para verificarem se a variação cambial se insere na álea extraordinária econômica. Verificação desta revisão pertinente apenas em momento futuro. Inteligência do art. 42, § 2º, da Lei n.º 8.666/93. O aumento de insumos, em função do tempo decorrido da apresentação da proposta, pode ser enquadrado como revisão. Necessidade de verificação das alegações de aumento pelos órgãos técnicos da CEDAE.

Descabimento do pleito de conversão da proposta de dólar para real, considerando a data de câmbio da apresentação proposta. Adjudicatários prorrogaram as suas propostas sem qualquer ressalva. A simples desvalorização do dólar não é motivo suficiente para alterar a proposta. Escolha da moeda decorreu de opção dos próprios adjudicatários. Observância do princípio do procedimento formal. Intangibilidade da equação econômica-financeira deverá ser assegurada, caso comprovada a onerosidade excessiva.

Sr. Procurador Geral do Estado¹

Trata-se de consulta formulada pelo Ilmo Diretor Presidente da CEDAE, Aluizio Meyer de Gouvêa Costa, acerca do pleito das empresas CTO - CONSTRUTORA TÉCNICA DE OBRAS CIVIS LTDA (proc. n.º E - 30/301890/02) e ARKHE SERVIÇOS DE ENGENHARIA LTDA (proc. n.º E-030/304.081/02) que pretendem o realinhamento dos preços ofertados nas

¹ Ao Exmo. Sr.
SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES
D.D PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

respectivas licitações internacionais que participaram e se sagraram vencedoras, encontrando-se, atualmente, na situação de adjudicatárias, já que os contratos ainda não foram assinados.

As duas empresas formularam as suas propostas em dólar e alegam desequilíbrio econômico da relação por força da variação cambial negativa da moeda ocorrida na data base de apresentação das propostas para o momento atual (já que decorridos, no caso da CTO - CONSTRUTORA TÉCNICA DE OBRAS CIVIS LTDA, onze meses e no caso da ARKHE SERVIÇOS DE ENGENHARIA LTDA, sete meses, sem que os contratos tivessem sido celebrados). Sustentam, ainda, que houve aumento excessivo dos insumos das obras ocorrido no final de 2002 e início de 2003.

Pretendem, pois, o realinhamento dos valores propostos para reequilibrar a equação econômica inicial, com a conversão dos preços ofertados em dólar para real na data base da proposta.

É o relatório. Passo a opinar.

- II -

Conforme asseverei no parecer n.º 02/03 -FAG, “a revisão implica na ocorrência de um fato extraordinário e superveniente que desequilibra excessivamente a relação de equivalência entre os encargos do contratado e a remuneração, impondo o restabelecimento da equação econômica posta no início da relação contratual. Independe, pois, de previsão expressa no edital e no contrato, podendo ocorrer a qualquer momento”.

Cabe, nesta linha, fixar os pressupostos e parâmetros legais ensejadores da revisão visando o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da relação, que se delineou no momento da apresentação da proposta na licitação pública. A matéria tem sede legal no art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93, a conferir:

“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 contrato 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.”

Da norma em tela extraem-se os requisitos legais que autorizam a revisão da equação financeira inicial: a-) a ocorrência de um fato imprevisível, ou previsível porém de consequência incalculável; b-) a onerosidade excessiva que este fato acarreta na economia do ajuste, prejudicando uma das partes. Será preciso que o fato se enquadre na *álea econômica extraordinária e extracontratual*, já que o risco inerente a *álea ordinária* existe em qualquer contrato².

No caso em exame, como dito, as adjudicatárias sustentam que o equilíbrio econômico teria se alterado em razão: a-) da desvalorização do dólar frente ao real; b-) do aumento excessivo dos insumos.

Em relação a questão da variação cambial, a Procuradoria Geral do Estado já tem posicionamento firmado no sentido de que a simples flutuação do valor do dólar não enseja, como regra, a revisão do contrato. Confira-se o Visto do então Exmo. Procurador- Geral do Estado, FRANCESCO CONTE, no parecer n.º 004/99, do ilustre Procurador do Estado WALDEMAR DECCACHE:

“A desvalorização cambial do real frente ao dólar não justifica a alteração do contrato por acordo entre as partes, pois, como salientado a fls. 26, “o ajuste cambial caracteriza uma flutuação econômica e de mercado, álea ordinária, previsível e suportável, que não torna a execução do contrato ruínosa para o contratante.”

Na mesma linha é o recente posicionamento do ilustre Procurador do Estado ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, no seu parecer n.º 13/2003. Confira-se:

“Não são necessárias maiores elucubrações para podermos afirmar que a variação cambial não é imprevisível sob o ponto de vista de um planejamento empresarial de custos ordinário, não sendo o caso, portanto, de revisão de preços, que seria oriunda de

² Confira-se, nesta linha, o parecer n.º 13/2003 do ilustre Procurador do Estado, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO: “Note-se, contudo, que a *álea ordinária* ou *empresarial*, presente em qualquer tipo de negócio, não pode ensejar uma proteção especial para o contratado pela Administração. Circunstâncias previsíveis; imprevisíveis, mas de resultados contornáveis; ou de pequenos reflexos econômicos, devem ser suportadas pelo contratado.

desequilíbrio econômico-financeiro, havendo de se falar tão-somente, quando for o momento, de reajuste de preços anual ordinário, pelos índices previstos no contrato."

Esta orientação é, a meu ver, plenamente correta e deve ser mantida. Creio, no entanto, que não é competência deste órgão verificar, no caso concreto, se a variação cambial ocorrida onerou ou não excessivamente os adjudicatários, rompendo a equação econômica estabelecida com a apresentação da proposta. Trata-se de matéria técnica a ser examinada pelos órgãos competentes da CEDAE, sempre tendo em mira a necessidade da onerosidade ser de tal ordem que inviabilize a própria execução do contrato (álea extraordinária), tal qual explicitado no art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93.

O momento para este exame, contudo, não é o atual. Isto porque, tendo sido a proposta feita em dólar, a taxa de câmbio que deverá ser considerada será aquela vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento e não a taxa de câmbio da apresentação da proposta, conforme preceitua o § 2º, do art. 42, da Lei n.º 8.666/93, dispositivo este que rege as licitações internacionais. Veja-se a dicção da referida norma:

"§ 1º - Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente poderá fazer o licitante brasileiro.

§ 2º - O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o parágrafo anterior será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento."

Portanto, a variação cambial invocada pelas adjudicatárias no seu pleito não pode servir de parâmetro, já que a taxa de câmbio a ser considerada ainda é desconhecida.

É, pois, prematuro e despropositado invocar este argumento no momento atual. Com efeito, não seria nenhuma anormalidade se no dia útil anterior à data do pagamento (que não se sabe ainda exatamente quando será) o dólar voltar aos patamares da data da apresentação das propostas (ou ao menos próximo daqueles valores), considerando, principalmente, as incertezas políticas e econômicas dos dias atuais.

Passo, agora, ao exame do outro ponto suscitado pelos adjudicatários, ou seja, o aumento dos insumos que formam os custos de produção do contrato. Conforme assinalei no parecer n.º 02/03 -FAG, os aumentos decorrentes da inflação se constituem causa de incidência de reajuste. Entretanto, o item 11.2 do edital prescreve que:

"11.2 - Os preços ofertados em moeda estrangeira são considerados fixos e irrealizáveis."

Se não cabe reajuste, é preciso verificar se a hipótese comporta revisão e se presentes os seus requisitos. O fato imprevisível, neste caso, parece ser o longo lapso temporal que já decorreu, nas duas licitações, entre a apresentação da proposta e a formalização do contrato (que ainda não ocorreu), não sendo razoável que os adjudicatários, em função da demora na ultimação do certame, sejam prejudicados por uma situação que não deram causa.

A excessiva onerosidade, também, deverá ser comprovada pelos órgãos técnicos da CEDAE, a quem caberá verificar se efetivamente os insumos aumentaram na proporção alegada. Uma vez comprovada a variação, caberá a revisão para fins de restabelecer a equação econômica do contrato. O ideal é que esta revisão, caso legitimada pelos órgãos competentes, ocorra logo após a assinatura do contrato.

Por fim, o derradeiro pleito das adjudicatárias consiste na conversão da proposta de dólar para real, considerando o câmbio da data da apresentação da proposta. Alegam que esta solução asseguraria a intangibilidade da equação econômica financeira, sem que fosse alterado o resultado da licitação, já que a empresa continuaria sendo a primeira colocada.

Não me parece possível acolher tal pleito. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, porque esta postulação contradiz recente manifestação de vontade das adjudicatárias, que prorrogaram a validade de suas propostas até **30.09.2003** (conforme se vê de fls. 448, do p.a n E-030/304.081/02 e de fls. 710 do p.a n.º E-30/301.890/02). Ora, ambas as propostas foram prorrogadas pelas adjudicatárias no início de junho de 2003, sem que tivesse sido feita qualquer ressalva quanto a conversão.

Em segundo lugar, o próprio edital, consoante cláusula 16.6, autorizava que os preços propostos fossem indicados em real, em moeda do país de origem do licitante ou em dólar americano. Como sabido, somente nas licitações internacionais financiadas com recursos de organismos externos (no caso em questão é o Banco Internacional de Desenvolvimento - BID) é que se torna viável este leque de opções.

A escolha da moeda era, portanto, uma faculdade conferida aos licitantes. Ao optar pelo dólar americano, as empresas já estavam cientes de todas as suas conseqüências, em especial a de que o preço em dólar seria irrealizável (cláusula 11.2 do edital) e de que o pagamento seria efetivado não com base no câmbio da data da apresentação da proposta, mas com a taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento (art. 42, § 2º, da Lei n.º 8.666/93).

A apresentação da proposta em dólar significou aderir a toda uma disciplina jurídica previamente estabelecida, valendo-se das suas vantagens e desvantagens e dos riscos inerentes à própria escolha.

De fato, a simples conversão da proposta em dólar para real não parece acarretar nenhum prejuízo para a CEDAE – entidade contratante – ou para os demais licitantes. Aliás, quero crer que para os entes públicos é sempre melhor a celebração de contratos em real, já que não ficam sujeitos aos problemas decorrentes da variação cambial que freqüentemente aparecem nos ajustes celebrados em moeda estrangeira.

Entretanto, entendo que a se permitir a conversão ora proposta abre-se perigoso precedente nas licitações internacionais. Isto porque, os licitantes, cientes desta alternativa, elaborarão as suas propostas em dólar americano; se a variação cambial não lhes for favorável convertem a proposta para real.

De mais a mais, não se identifica nenhuma razão plausível para escolha do dólar pelas adjudicatárias, já que ambas são empresas nacionais e os insumos não são adquiridos no exterior, mas sim no próprio país. Nestas circunstâncias, o que se tem é uma moeda servindo de referência para o contrato, sem que os direitos e obrigações decorrentes da relação contratual tenham qualquer vínculo com esta moeda. É natural que esta opção acarrete uma série de problemas no curso da execução do contrato.

No entanto, repito, trata-se de escolha feita pelos próprios licitantes (e ratificada quando aquiesceram com a prorrogação da proposta) segundo as normas e procedimentos inerentes às licitações internacionais. A se permitir a conversão da proposta de dólar para real subverte-se a própria ordem jurídica e o princípio do procedimento formal. Confira-se, a propósito, a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO³:

“Pode-se aludir, por isso, a um devido procedimento legal licitatório – fazendo um paralelo com a figura do devido processo legal (“due process of law”). O devido processo legal é uma conquista do pensamento jurídico ocidental e retrata a concepção de que a arbitrariedade nas decisões é restringida através da observância de uma série de formalidades”

A simples desvalorização cambial não se revela, portanto, como motivo razoável para autorizar a conversão da proposta em dólar para real. O que interessa aos adjudicatários e que representa a sua maior garantia é a intangibilidade da equação econômica-financeira delineada no momento da apresentação da proposta, que deverá ser assegurada pela entidade contratante, desde que presentes os requisitos legais anteriormente mencionados.

³ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8ª edição. São Paulo: Dialética, 2002, p.89.

- III -

Em face de todo o exposto, é possível concluir que:

a-) a revisão dos contratos administrativos se destina a preservar o equilíbrio econômico-financeiro que se delinea no momento da apresentação da proposta; os seus pressupostos, consubstanciados no art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93, são: a ocorrência de um fato imprevisível ou previsível de conseqüências incalculáveis e a onerosidade excessiva que este fato acarrete na economia do contrato;

b-) a simples variação cambial inserida na *álea* ordinária não é motivo para revisão, conforme posicionamento pacificado da PGE. No entanto, a verificação se a flutuação se insere na *álea* ordinária ou extraordinária é matéria técnica a ser examinada pelos órgãos competentes da CEDAE;

c-) esta verificação, contudo, não pode ocorrer no momento presente, já que o parâmetro a ser considerado, na forma do que dispõe o art. 42, § 2º, da Lei n.º 8.666/93, será a taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento;

d-) na medida em que o edital veda o reajuste das propostas cotadas em dólar e considerando o longo lapso temporal que já decorreu da época da apresentação das propostas, o aumento dos insumos pode ser, nesta hipótese, causa de revisão, desde que comprovado pelos órgãos técnicos da CEDAE. Trata-se de preservar o equilíbrio econômico-financeiro da proposta inicial;

e-) o pleito das adjudicatárias de conversão da proposta em dólar para real, considerando o câmbio da data da apresentação da proposta é irrazoável e descabido pelas seguintes razões:

e.1-) foram as próprias adjudicatárias que prorrogaram, no início de junho do corrente, o prazo de validade das suas propostas até 30.09.2003, sem que fosse feita qualquer ressalva quanto ao pleito em questão;

e.2-) a escolha da moeda que lastreou a proposta foi dos próprios licitantes, calcados na regras do edital que autorizava a cotação em real, dólar ou na moeda do país de origem. Esta é a sistemática das licitações internacionais financiadas com recursos de organismos estrangeiros. A cotação em dólar significou aderir a toda uma disciplina jurídica, com as suas vantagens e desvantagens. Apesar da conversão não pareça, a princípio, acarretar nenhum prejuízo para a CEDAE nem para os demais licitantes (aliás, melhor sempre seria a celebração de contratos em real), a sua admissão neste caso abre perigoso precedente, pois os licitantes poderão ofertar a proposta em dólar e se a variação cambial não lhes for favorável pleitearão a sua conversão para real. É fundamental, neste caso, a observância do devido processo legal na licitação pública, sob pena de se desvirtuar a própria ordem jurídica.

É o parecer, s.m.j.

FLÁVIO AMARAL GARCIA
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o Parecer n.º 04/03 – FAG, do Procurador do Estado FLÁVIO AMARAL GARCIA. Verificado pelos órgãos técnicos da CEDAE a presença dos requisitos legais da revisão, nos estritos parâmetros e condições fixados no parecer, poderá ser o valor proposto realinhado, com vistas a assegurar a intangibilidade da equação econômica-financeira que se delineou no momento da apresentação da proposta.

O pleito das adjudicatárias de conversão da proposta de dólar para real não pode ser acolhido, haja vista que foi uma opção dos próprios licitantes que ao formularem as suas propostas em dólar aderiram a uma disciplina jurídica própria, com suas vantagens e desvantagens. Aliás, foram os próprios adjudicatários que prorrogaram, no início de junho, o prazo de validade de suas propostas até 30.09.2003 sem qualquer ressalva.

Ao Gabinete Civil, com vistas à CEDAE.

Em 06 de agosto de 2003
SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES
Procurador - Geral do Estado