ADONILSON FRANCO

ASMAHAN ALESSANDRA JAROUCHE

VANESSA DÉBORA DE ANDRADE

JOICE PELLIZZON DA FONSECA

AL. SANTOS Nº 1470, 4º ANDAR - CJS. 407/408/409
JARDINS – SÃO PAULO (SP)
CEP 01418-100
PABX: (11) 3266-8592
Fax: (11) 3266-8592
e-mail: franco@francoadvogados.com.br
www.francoadvogados.com.br

REGISTRO DE PREÇOS – ACRÉSCIMOS CONTRATUAIS (25%) APLICÁVEIS À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – POSSIBILIDADE

PERGUNTA:

Somos consultados sobre a questão posta no título acima, consideradas as seguintes premissas:

1) A Consulente informa ter ganho concorrência na modalidade Registro de Preços em abril/2008 tendo sido firmada Ata de Registro de Preços para fornecimento de bens. Quantidade de equipamentos a serem fornecidos, 4.960. Em outubro/2008 recebeu pedido para fornecimento de 2.300 equipamentos, tendo atendido-o integralmente até 31.12.08;
2) O Cliente pretende agora colocar o restante do pedido e, junto com ele, um adicional de 25% (Lei 8666/93, art. 65, § 1º);
3) Entretanto, em decorrência da crise financeira internacional dela resultando a desvalorização da moeda nacional (Real) frente ao dólar (US$), moeda utilizada para aquisição dos insumos internacionais, em virtude das abruptas variações cambias as condições econômico-financeiras do contrato foram substancialmente alteradas comparativamente à realidade dos custos de insumos existentes em abril/08, quando ganhou a concorrência.

A dúvida que enseja a consulta tem a ver com a viabilidade de se encaminhar pleito ao Cliente requerendo o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pelo menos no que se refere ao adicional de 25% – deixando-o de fazer em relação ao saldo de 2.660 equipamentos.

A opção da Consulente recusar o pedido adicional de 25% formulada por seu cliente é por ela descartada ante seu temor de imposição de penalidade em face da Lei 8666/93.

A questão que coloca a exame é:

a) Pode o ganhador da licitação recusar, sem risco de penalizações, a aceitação de acréscimo de 25%, independentemente de modificações no contexto econômico e pelo período de um ano desde a data de assinatura da Ata de Registro de Preços?
b) A recusa ou obrigatoriedade de aceitação independe da modalidade de licitação (Registro de Preços, Pregão Eletrônico, Preço Global ou Fornecimento Integral)?

RESPOSTA:

I – EDITAL E CONTRATO – REGRAS APLICÁVEIS

1. Prevê o Contrato de Fornecimento de Bens vinculado à Ata de Registro de Preço:

> *"Cláusula Primeira – Aquisição da quantidade estimada de até 4.893 (...) de acordo com as especificações técnicas constantes do Edital ... .*
>
> *Parágrafo Primeiro – O presente contrato poderá sofrer acréscimos ou reduções de até 25% (...) a critério do CONTRATANTE e mediante aviso formal à CONTRATADA, e por meio de aditivo contratual. Desde que acordado entre as partes, as supressões poderão exceder o percentual estabelecido neste parágrafo.*
>
> *(...)*
>
> *Cláusula Segunda – A vigência do presente contrato estender-se-á até o término do prazo de garantia estipulado na Cláusula Oitava* [A CLÁUSULA OITAVA NÃO NOS FOI ENVIADA, MAS A CLÁUSULA SEGUNDA DO EDITAL DISPÕE QUE A ATA DE REGISTRO DE PREÇOS VIGORARÁ PELO PRAZO DE 12 MESES A CONTAR DE SUA PUBLICAÇÃO NO DOU]
>
> *Parágrafo Primeiro – A rescisão deste contrato poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:*
>
> a) *administrativamente, a qualquer tempo, por ato unilateral e escrito do CONTRATANTE, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII a XVIII do art. 78 da Lei 8.666/93 (...)* [O INCISO XVII É ESPECIALMENTE IMPORTANTE, NO CASO]*;* [1]
> b) *amigavelmente, formalizada em autorização escrita e fundamentada do CONTRATANTE, mediante aviso prévio por escrito, de 90 dias ou de prazo menor a ser negociado pelas partes à época da rescisão;*
> c) *judicialmente, nos termos da legislação."*

2. O Edital, a sua vez, dispõe:

> *"Cláusula Segunda – A presente Ata de Registro de Preços vigorará pelo prazo de 12 (doze) meses, a partir da data de sua publicação no DOU.*
>
> *Parágrafo Primeiro – Será admitida a prorrogação da vigência da Ata, quando os preços registrados continuarem se mostrando vantajosos, obedecido o disposto no § 2º do art. 4º do Decreto nº 3.931, de 19/09/2001.*
>
> *Cláusula Terceira – (...)*
>
> *(...)*

[1] Dita o inciso XVII do art. 78 da Lei 8666/93:
"Art. 78 – Constituem motivo para rescisão do contrato:
(...)
XVII – a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.
(...)"

Parágrafo Segundo – Dentro do prazo de vigência da Ata de Registro de Preços, o FORNECEDOR será obrigado ao fornecimento do(s) bem(ns), desde que obedecidas as condições exigidas no Edital e cláusulas contratuais, conforme previsão do Edital do Pregão Presencial para Registro de Preços que precedeu a formalização desta Ata, inclusive quanto ao fornecimento do percentual de acréscimo de 25% previsto na Lei 8.666/93.

Parágrafo Terceiro – Caso fique constatado que o preço registrado na Ata de Registro de Preços seja superior aos preços de mercado, o BANCO solicitará ao FORNECEDOR, mediante correspondência, redução do preço de forma a adequá-lo aos praticados no mercado. Não sendo possível a redução, o registro do preço poderá ser cancelado ou a Ata ser rescindida, ficando a critério do BANCO convocar os demais FORNECEDORES, obedecendo a ordem de classificação, visando igual oportunidade de negociação.

Cláusula Quarta – O Registro de determinado preço poderá ser cancelado, de pleno direito:

(...)

b) pelo FORNECEDOR quando, mediante solicitação por escrito, comprovar estar impossibilitado de cumprir as exigências desta Ata de Registro de Preços (caso fortuito ou força maior) ou do Contrato, e desde que aceitas as justificativas pelo BANCO."

II – DISPOSIÇÕES LEGAIS APLICÁVEIS

3. Dispõe o Decreto 3931/01:

Art. 1º As contratações de serviços e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços, no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto.

Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

I - Sistema de Registro de Preços - SRP - conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras;

(...)

Art. 2º Será adotado, preferencialmente, o SRP nas seguintes hipóteses:

I – (...)

II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;

(...).

Parágrafo único. Poderá ser realizado registro de preços para contratação de bens e serviços de informática, obedecida a legislação vigente, desde que devidamente justificada e caracterizada a vantagem econômica.

Art. 3º A licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência ou de pregão, do tipo menor preço, nos termos das Leis nos 8.666, de 21 de julho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002, e será precedida de ampla pesquisa de mercado.

§ 1º Excepcionalmente poderá ser adotado, na modalidade de concorrência, o tipo técnica e preço, a critério do órgão gerenciador e mediante despacho devidamente fundamentado da autoridade máxima do órgão ou entidade.

§ 2º Caberá ao órgão gerenciador a prática de todos os atos de controle e administração do SRP, e ainda o seguinte:

(...)

VIII - conduzir os procedimentos relativos a eventuais renegociações dos preços registrados e a aplicação de penalidades por descumprimento do pactuado na Ata de Registro de Preços; e

(...)

Art. 4º O prazo de validade da Ata de Registro de Preço não poderá ser superior a um ano, computadas neste as eventuais prorrogações.

§ 1º Os contratos decorrentes do SRP terão sua vigência conforme as disposições contidas nos instrumentos convocatórios e respectivos contratos, obedecido o disposto no art. 57 da Lei no 8.666, de 1993 [2].

(...)

Art. 5º A Administração, quando da aquisição de bens ou contratação de serviços, poderá subdividir a quantidade total do item em lotes, sempre que comprovado técnica e economicamente viável, de forma a possibilitar maior competitividade, observado, neste caso, dentre outros, a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.

(...)

Art. 9º O edital de licitação para registro de preços contemplará, no mínimo:

(...)

---

[2] Nesse sentido, especial atenção para o disposto no art. 57, § 1º.
"Art. 57 – A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:
(...)
§ 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;
(...)
IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;
(...)."

II - a estimativa de quantidades a serem adquiridas no prazo de validade do registro;

III - o preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar, por contratação, consideradas as regiões e as estimativas de quantidades a serem adquiridas;

(...)

VI - o prazo de validade do registro de preço;

(...)

VIII - os modelos de planilhas de custo, quando cabíveis, e as respectivas minutas de contratos, no caso de prestação de serviços; e

IX - as penalidades a serem aplicadas por descumprimento das condições estabelecidas.

(...)

Art. 10. Homologado o resultado da licitação, o órgão gerenciador, respeitada a ordem de classificação e a quantidade de fornecedores a serem registrados, convocará os interessados para assinatura da Ata de Registro de Preços que, após cumpridos os requisitos de publicidade, terá efeito de compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas.

(...)

Art. 12. A Ata de Registro de Preços poderá sofrer alterações, obedecidas as disposições contidas no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 1º O preço registrado poderá ser revisto em decorrência de eventual redução daqueles praticados no mercado, ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador da Ata promover as necessárias negociações junto aos fornecedores.

§ 2º Quando o preço inicialmente registrado, por motivo superveniente, tornar-se superior ao preço praticado no mercado o órgão gerenciador deverá:

I - convocar o fornecedor visando a negociação para redução de preços e sua adequação ao praticado pelo mercado;

II - frustrada a negociação, o fornecedor será liberado do compromisso assumido; e

III - convocar os demais fornecedores visando igual oportunidade de negociação.

§ 3º Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor, mediante requerimento devidamente comprovado, não puder cumprir o compromisso, o órgão gerenciador poderá:

*I - **liberar o fornecedor do compromisso assumido, sem aplicação da penalidade, confirmando a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados, e se a comunicação ocorrer antes do pedido de fornecimento**; e*

II - convocar os demais fornecedores visando igual oportunidade de negociação.

§ 4º Não havendo êxito nas negociações, o órgão gerenciador deverá proceder à revogação da Ata de Registro de Preços, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa.

Art. 13. O fornecedor terá seu registro cancelado quando:

I - descumprir as condições da Ata de Registro de Preços;

II - não retirar a respectiva nota de empenho ou instrumento equivalente, no prazo estabelecido pela Administração, sem justificativa aceitável;

III - não aceitar reduzir o seu preço registrado, na hipótese de este se tornar superior àqueles praticados no mercado; e

IV - tiver presentes razões de interesse público.

§ 1º O cancelamento de registro, nas hipóteses previstas, assegurados o contraditório e a ampla defesa, será formalizado por despacho da autoridade competente do órgão gerenciador.

§ 2º O fornecedor poderá solicitar o cancelamento do seu registro de preço na ocorrência de fato superveniente que venha comprometer a perfeita execução contratual, decorrentes de caso fortuito ou de força maior devidamente comprovados.

(...)"

III – ANTECIPAÇÃO DAS CONCLUSÕES

4. Pelo tanto quanto até aqui visto, já se pode antecipar algumas conclusões. Vejamo-las:

A - RESCISÃO DO CONTRATO A PEDIDO DA CONSULENTE

i) Primeiramente: a rescisão do contrato pode ocorrer administrativamente também a pedido do Contratado, e não apenas a pedido do Contratante, conforme previsto no Contrato firmado entre a Consulente e o Banco Contratante (Contrato, Cláusula Segunda, § 1º, "a").

E o fundamento para o Contratado assim proceder decorre da aplicação do disposto no art. 78, inciso XVII, é dizer, ocorrência de fato superveniente e imprevisível.

Nesse caso, a rescisão pode dar-se amigavelmente, mediante pré-aviso de 90 dias, ou inferior (Contrato, Cláusula Segunda, § 1º, "b").

Ou até mesmo judicialmente, se for o caso.

ii) Segundo: é admitida a prorrogação da vigência da Ata quando os preços registrados continuarem se mostrando vantajosos (Edital, Cláusula Segunda, § 1º).

Entretanto, no caso de constatado que o preço registrado na Ata é superior aos preços de mercado, o Banco solicitará ao Contratado redução do preço de forma a adequá-lo aos praticados no mercado. E não sendo possível a redução, o registro de preço poderá ser cancelado ou a Ata rescindida, podendo o Banco convocar os demais fornecedores, obedecida a ordem de classificação (Edital, Cláusula Terceira, § 3º).

O Registro de Preço poderá ser cancelado pelo fornecedor quando, mediante solicitação por escrito, comprovar estar impossibilitado de cumprir as exigências da Ata de Registro de Preços, nas hipóteses de caso fortuito ou força maior (Edital, Cláusula Quarta, "b").

Vale dizer, enquanto a prorrogação da vigência da Ata é admitida enquanto os preços permanecerem vantajosos para a administração, considerando entretanto que a Consulente pode pleitear reajuste de preço e o Banco pode solicitar redução de forma a adequá-lo aos praticados no mercado, caso em que não sendo possível a redução o Registro poderá ser cancelado e a Ata rescindida, ora, essa possibilidade é muito presente e sobretudo viável no caso concreto pois o incremento no valor dos insumos em decorrência da variação cambial não atingiu apenas a Consulente. Todos os possíveis fornecedores foram igualmente ou em algum grau afetados pelo mesmo fenômeno cambial, de modo que pode-se afirmar, com absoluta convicção, que em razão disso poderá inexistir no mercado fornecedor capaz de ofertar preços em condições mais vantajosas para a administração, forçando-a, assim, como única alternativa, ao cancelamento do Registro e rescisão da Ata.

E o fundamento para tal é a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, contemplado tanto no Edital como na Lei 8666/93.

B - MANUTENÇÃO DA CONTRATAÇÃO ATUAL COM AUMENTO DO PREÇO REGISTRADO

iii) Por outro lado, o pedido de incremento no preço registrado, e sobretudo sua aceitação pela administração, é também perfeitamente admissível (Decreto 3931/01, art. 3º, § 2º, VIII), observando-se, ainda, que o prazo de um ano para as aquisições debaixo de um mesmo Registro de Preços inclui as eventuais prorrogações, as quais devem ocorrer, no caso concreto, até abril próximo (Decreto 3931/01, art. 4º, *caput*).

Considere-se, ademais, que a legislação de Registro de Preços remete às normas da Lei 8666/93, dentre as quais encontra-se a previsão contida no art. 57, cujo § 1º assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato no caso de superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato (inciso II); e admite, também, aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos (inciso IV).

O pedido feito em *tranche* (2300 + 2660 equipamentos) é perfeitamente admissível (Dec. 3931/01, art. 5º), conquanto estimada a quantidade total a ser adquirida no prazo de validade do Registro (Dec. 3931/01, art. 9º, II) e o preço máximo que a administração se dispõe a pagar, por contratação, consideradas as estimativas de quantidade a serem adquiridas (Dec. 3931/01, art. 9º, III).

Veja-se, nesse ponto, que o preço máximo que a administração se propõe a pagar não é determinado para toda a contratação durante o período de um ano, mas por contratação. Pode ser que o contrato já tenha fixado o preço máximo, para todo o período de 12 meses (abril/08 a abril/09), mas não é isso que dispõe a legislação aplicável, pois há de ser considerada cada contratação dentro do referido período de validade do Registro (Dec. 3931/01, art. 9º, VI).

Ademais disso, as planilhas de custo, quando cabíveis, também ficam vinculadas ao contrato, de modo que a administração pode ter ciência da alteração substancial nos custos do fornecedor (Dec. 3931/01, art. 9º, VIII).

Entretanto, o mais importante, vem aqui: a Ata de Registro de Preços pode sofrer alterações, obedecidas as disposições contidas no art. 65 da Lei 8666/93 (Dec. 3931/01, art. 12, *caput*), em decorrência de fato que eleve o custo dos bens registrados, cabendo ao Banco promover as necessárias negociações junto à Consulente (Dec. 3931/01, art. 12, § 1º).

Veja-se, nesse sentido, a corroborar esse entendimento, quando o preço inicialmente registrado, por motivo superveniente, tornar-se superior ao preço praticado, o Banco, no caso, deverá convocar a Consulente visando a negociação para redução dos preços e sua adequação ao praticado pelo mercado (Dec. 3931/01, art. 12, § 2º e I).

Ora, partindo-se do pressuposto de que os custos subiram igualmente para todos os possíveis fornecedores, simplesmente inexistirá preço de mercado (parâmetro) ao qual deveria ser o preço da Consulente equalizado! Caso em que, frustrada a negociação, a Consulente seria liberada do compromisso assumido, sem qualquer penalização.

Essa hipótese é confirmada, ainda, pela previsão legal no sentido de que quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor, mediante requerimento devidamente comprovado (pela planilha de custos), não puder cumprir o compromisso, o Banco poderá liberar a Consulente do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade, se a comunicação ocorrer antes do pedido de fornecimento (Dec. 3931/01, art. 12, § 3º, I), convocando os demais fornecedores e, inexistindo êxito nas negociações, o Banco deverá proceder à revogação da Ata de Registro de Preços, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa (Dec. 3931/01, art. 12, § 3º, II e § 4º).

Entretanto, a Consulente pode solicitar o cancelamento de seu registro de preços na ocorrência de fato superveniente que venha comprometer a perfeita execução contratual, decorrente de caso fortuito ou de força maior devidamente comprovado (Dec. 3931/01, art. 13, § 2º).

O cancelamento do Registro de Preços na ocorrência de fato superveniente, como visto, traduz apenas uma das possibilidades, não esgotando todas as possíveis, pois se o fundamento do cancelamento é a superveniência de fato imprevisto e imprevisível, como por exemplo o aumento substancial dos custos de insumos importados e, inexistindo parâmetro de custos inferior no mercado por se tratarem de insumos comuns a todos os fornecedores, e considerando que a Lei 8666/93, que fundamenta essa possibilidade admite perfeitamente a hipótese de reajustamento com vistas ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, daí porque essa alternativa se evidencia ple-

namente justificável porquanto legalmente admissível, vinculando a administração, não podendo esta desconsiderar pleitos do fornecedor fundamentados nessa previsão legal.

5. Consoante atrás exposto, o fundamento do pedido de reajuste de preços assenta-se na previsão do art. 65 da Lei 8666/93, que assim dispõe:

"Seção III
Da Alteração dos Contratos

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

I - unilateralmente pela Administração:

(...)

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 conseqüências 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. [3]

§ 1o O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato (...).

§ 2o Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

(...)

§ 3o Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1o deste artigo.

(...)

[3] Álea é palavra utilizada para expressar um fato incerto quanto à sua verificação e/ou quanto ao momento de sua constatação. Existe uma expressão universalmente conhecida ditada pelo imperador Júlio Cesar e que expressa bem a idéia de álea: *Alea jacta est* (a sorte está lançada). Vem daí a palavra "aleatório". Diz-se que o conceito jurídico conhecido por "fato do príncipe" tem raízes aí. Mas o que interessa aqui considerar, afora o aspecto histórico e etimológico, é que a álea econômica corresponde a fatos globalmente considerados, conjunturais, naturais, cuja origem resulta por ser desconhecida, tais como crises econômicas, desastres naturais e oscilações de câmbio, às quais se aplica a teoria da imprevisão e que autoriza a partilha entre a administração pública e o administrado dos prejuízos decorrentes de tais fatos, aos quais o contratado (administrado) não deu causa, mas que provocam profundo desequilíbrio na equação econômico-financeira, resultando por tornar extremamente oneroso o cumprimento do contrato se não for revisto pela administração.

§ 6o Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

(...)

§ 8o A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

(...)"

6. Como ensina a melhor doutrina (valemo-nos dos ensinos de Marçal Justen Filho) no direito público a modificação contratual é institucionalizada e não caracteriza rompimento dos princípios aplicáveis. Antes disto, é o reflexo jurídico da aplicação da supremacia do interesse público. *"Assim, a crise econômica poderá produzir uma extraordinária elevação do preço de determinados insumos; uma crise internacional poderá provocar elevação extraordinária dos preços dos combustíveis; etc."* [4]

7. É bom que se tenha em mente, como premissa básica, que a adoção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria administração. É claro. Se os fornecedores da administração pública tivessem que assumir por si sós os riscos imprevistos e imprevisíveis ao longo da vigência contratual, imputariam esses riscos nos preços, riscos esses que, mesmo que inocorressem – isto é, fossem meramente potenciais –, seriam obrigatoriamente pagos pela administração. De modo que é muito mais vantajoso convidar os interessados para formular a menor proposta possível, aquela que pode ser executada se inocorrer qualquer evento prejudicial imprevisível posterior.

8. Por outro lado, a lei assegura ao particular que, na ocorrência de infortúnios, o acréscimo dos encargos do fornecedor será arcado pela administração. Assim, ao invés de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, apenas responderá a administração por eles se e quando efetivamente ocorrerem. A Constituição Federal em vigor acolheu expressamente a obrigatoriedade de serem *"mantidas as condições efetivas da proposta"* (CF, art. 37, XXI). É dizer, a condições de pagamento ao particular deverão ser sempre respeitadas segundo as condições reais e concretas contidas na proposta.

9. Com a atual redação do art. 65, II, "d" (Lei 8666/93), admitiu-se expressamente o direito ao restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato mesmo quando a ruptura derivar de eventos previsíveis, desde que imprevisíveis forem suas decorrências. *"A amplitude da redação consagrada abrange as diversas manifestações de caso fortuito e força maior, na mais ampla extensão adotada para tais institutos pela doutrina e pela jurisprudência."* [5]

10. É dizer, não há limitação para o pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, por se tratar de previsão constitucional acolhida pela Lei 8666/93 e por se tratar, ademais, de obrigação que

[4] Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 1998, p. 518.
[5] Marçal Justen Filho, *op. cit.*, p. 519.

vincula a administração pública, sem limitações, desde, claro, que comprovado o desequilíbrio. Daí porque existe um direito do contratado (fornecedor) de exigir o restabelecimento do equilíbrio, se e quando este for rompido já que se os encargos forem ampliados, a situação inicial estará modificada, justificando o pedido pelo contratado, implicando que a administração tem o dever de rever a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada, restaurando-se, assim, a situação originária, percebendo o particular a remuneração originariamente prevista. Isto está expressamente previsto no art. 58, § 2º da Lei 8666/93, aplicável a qualquer evento que afete a equação econômico-financeira.

11. No geral, após efetivado pela administração o exame dos fatos, promoverá junto com o particular aditamento contratual destinado a restabelecer o equilíbrio (recomposição de preços). A recomposição de preços tem lugar para os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços.

12. Por ter fundamento Constitucional, esse direito do particular independe de previsão no ato convocatório ou mesmo no contrato, sendo inconstitucionais todos os dispositivos legais ou regulamentares que pretendam condicionar a concessão de reajustes de preços, recomposição de preços, etc.

13. A qualquer momento, no curso da execução contratual, o administrado pode pleitear dita recomposição econômico-financeira, não podendo haver prazo mínimo para a concessão do reajuste ou da recomposição do preço.

IV – CONCLUSÃO

14. À vista de todo o exposto, possível concluir e já respondendo às perguntas formuladas:

a) A Consulente pode recusar, sem risco de penalizações, a aceitação do acréscimo de 25%, desde que comprovado o aumento extraordinário de seus custos de insumos, imprevisto na contrato, uma vez decorrente esse excepcional aumento de fatores absolutamente imprevisíveis, no caso concreto, fruto de crise internacional que assolou todo o mundo, alterando substancialmente o parâmetro da variação cambial existente à época da contratação (abril/08).
b) Fora dessas hipóteses, não é possível, sob pena de descumprimento contratual punível nos termos da lei, deixar de atender os acréscimos contratuais determinados pela Administração, no caso, Banco [6].
c) Posto que a Lei 8666/93 é aplicável, de regra, sobre todas as modalidades licitatórias, todas elas se submetendo ao mesmo regramento (Lei 8666/93), todas as contratações pública, em princípio, ficam vinculadas à obrigatoriedade de aceitação dos acréscimos de 25% previstos no art. 65, § 1º da referida lei federal.
d) A aplicação desse critério vale ainda para a hipótese de fornecimento por preço global pois nesse caso a lei determina que a ausência de preços unitários no contrato será solucionado através de acordo entre as partes (Lei 8666/93, art.

[6] Lei 8666/93, art. 65, § 1º:
"O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos (...) que se fizerem nas (...) compras, até 25% do valor inicial atualizado do contrato (...)"
No mesmo sentido, Contrato de Fornecimento vinculado à Ata de Registro de Preços, Cláusula Primeira, § 1º. Também, Edital, Cláusula Terceira, § 2º.

65, § 3º).

e) Por outro lado, em que pese não indagado, por tudo quanto aqui exposto, nossa conclusão é no sentido de que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em razão de fatos imprevistos e imprevisíveis obriga a administração não apenas no tocante ao acréscimo de 25%, mas também a todo o saldo contratual (2660 máquinas restantes previstas na Ata de Registro de Preços). E não vale o argumento de que eventualmente os insumos para essa quantidade restante de máquinas já haviam sido adquiridos. Ora, ninguém desconhece que os custos são determinados pela necessidade de reposição dos estoques (custo de reposição), de modo que devem ser medidos pelo quanto custaria, hoje, para serem adquiridos no mercado internacional ou nacional, pois esse é o custo com os quais a Consulente arcará para repô-los para atender ao cliente (Banco, no caso) ou outros clientes quaisquer.

Essas são nossas considerações, fruto de nosso entendimento, amparado na legislação e na doutrina aplicáveis.

Atenciosamente,

ADONILSON FRANCO

Assinado de forma digital por ADONILSON FRANCO
DN: CN = ADONILSON FRANCO, C = BR, L = SÃO PAULO, S = SP, O = Advogado, OU = OAB-SP 87066
Motivo: Sou o autor deste documento
Dados: 2009.02.06 11:40:08 -02'00'

São Paulo, 6 de fevereiro de 2009.

Franco Advogados Associados
OAB-SP 87066