

Considerações sobre a Gestão dos Contratos Administrativos de Obras e Serviços

(Parte 3 de 3)

Antônio Carlos Cintra do Amaral

*1. Política de Contratações na Administração Pública –
2. O Processo de Contratação – 3. A Gestão do
Contrato – 4. Alterações Contratuais*

4. Alterações Contratuais

Como a etapa de execução do contrato corresponde, como vimos acima, à dinâmica do contrato, as alterações contratuais se revestem de particular importância.

Em princípio, essas alterações podem decorrer:

- a) de um novo acordo entre as partes, em que se **renegociam** determinadas cláusulas (alterações bilaterais);
- b) da vontade exclusiva da contratante (alterações unilaterais).

Em relação às alterações bilaterais, o gestor do contrato não enfrenta grandes problemas. Elas são sempre traduzidas em um aditivo contratual.

Já as alterações unilaterais podem ser expressas ou tácitas. Quando ocorrem alterações unilaterais tácitas, o gestor do contrato deve estar bem atento para percebê-las de imediato. Em qualquer hipótese, deve ele analisar as repercussões da alteração no contrato e tomar providências imediatas ou para promover a renegociação de cláusulas em que se verifique repercussão, ou para ressaltar direitos perante a outra parte.

Uma alteração no projeto ou na seqüência executiva pode, por exemplo, importar em novos serviços e aumento de quantidades ou de itens da planilha de preços (hipótese

esta última em que se tem de renegociar). Pode, ainda, interferir no cronograma físico, que tem de ser revisto. E assim por diante.

A Administração Pública pode alterar unilateralmente o contrato. Isso porque o interesse público se sobrepõe ao da empresa privada contratada. Mas esta tem direito, quando isso ocorre, a uma compensação, que, em regra, se traduz na revisão de preços ou, ainda, na revisão de prazos de execução. Excepcionalmente (por exemplo: redução de obra ou fornecimento, ou supressão de uma de suas partes), a contratada pode ter direito a uma **indenização**. De qualquer maneira, porém, o gestor do contrato deve estar atento para conceder ou pleitear a compensação ou indenização, que é devida pela contratante por força da aplicação da teoria do restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato, de que tratarei mais adiante.

Um outro tipo de problema é o decorrente do descumprimento, pela contratante, de obrigação contratual. Pagar em atraso é o caso típico. Se o cronograma financeiro não é cumprido, o cronograma físico tem que ser revisto. Aplica-se, neste ponto, a “*exceptio non adimpleti contractu*” (exceção do contrato não cumprido). Traduzindo: uma parte não pode, se não cumpriu sua obrigação, exigir da outra o cumprimento do que lhe incumbe (a Lei 8.666/93, em seu art. 78, inciso XV, somente autoriza a rescisão do contrato quando o atraso de pagamento for superior a 90 dias, mas não se refere à revisão do cronograma físico).

Há alterações, também, que decorrem de fatos alheios às partes contratantes. Esses fatos podem ser:

- a) fato do príncipe;
- b) força maior;
- c) caso fortuito.

Fato do príncipe é uma determinação **estatal** que se reflete no contrato. Exemplos: aumento ou redução de tributos, alteração da política econômico-financeira ou cambial do Governo, corte de verbas orçamentárias etc..

Força maior é um evento humano, imprevisível e inevitável, que interfere na execução contratual. Exemplos: greve, falta de insumos no mercado etc.

Caso fortuito é um evento da natureza, também imprevisível e inevitável, que interfere na execução contratual. Exemplos: inundação, incêndio de causas naturais etc.

Outras ocorrências materiais não cogitadas pelas partes contratantes na época da celebração do contrato podem surgir na execução contratual, dificultando e onerando o prosseguimento dos trabalhos. Exemplos: erros de projeto, falhas de sondagem etc.

Ocorrido qualquer desses fatos, pode aplicar-se a chamada “**teoria da imprevisão**”. Sua aplicação tem como requisitos, **cumulativamente**:

- a) ocorrência de fato superveniente (ou conhecido supervenientemente) à celebração do contrato e imprevisível naquela ocasião (não se confundem **imprevisibilidade**, ou seja, impossibilidade de prever, pelo menos em um contexto de normalidade, e **imprevisão**, que decorre de erro ou incompetência), ou, ainda, previsível mas de conseqüências incalculáveis (art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93);
- b) não ter a parte atingida contribuído para esse fato; e
- c) haver desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Reunidos esses requisitos, pode a parte atingida:

- a) rescindir o contrato, sob a alegação de impossibilidade do seu cumprimento ou de excessivo ônus para cumpri-lo; ou
- b) solicitar a revisão do contrato, inclusive no que se refira a preços.

Como o objetivo comum é o de realizar a obra ou executar o serviço, a regra é efetuar-se a revisão contratual. A rescisão, salvo casos excepcionais, não interessa a nenhuma das partes.

Quanto ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, há três posições que têm sido defendidas juridicamente:

- a) o desequilíbrio somente se verifica quando a empresa privada contratada passa a trabalhar com prejuízo, o que significa que trabalhar **sem** lucro é um risco do negócio; a absorção do lucro, decorrente do fato superveniente, mesmo que **total**, é suportável, compensando-se apenas o eventual **prejuízo**;
- b) o desequilíbrio somente se caracteriza quando ocorra absorção **substancial** do lucro, ou seja, quando o fato superveniente reduza de tal maneira o lucro que este passe a expressar-se em termos incompatíveis com as regras do mercado;
- c) desequilibra-se o contrato quando, por mínima que seja a alteração, é rompida sua equação econômico-financeira, computada nessa equação o lucro.

A primeira posição me parece insustentável. Querer que o empresário privado trabalhe sem lucro é incompatível com a realidade econômica e jurídica brasileira. A segunda posição parece-me conduzir a um grau demasiadamente elevado de subjetividade. Quando há redução **substancial** do lucro? 20%? 50%? 75%? Não sei. A terceira posição é mais objetiva e conduz a uma mais fácil quantificação do que se deva

compensar ou indenizar. Acrescente-se, aliás, que ela tem fundamento jurídico no art. 37, inciso XXI, da Constituição, que determina sejam “*mantidas as condições efetivas da proposta*”.

Esse dever de restabelecer-se **integralmente** a equação econômico-financeira inicial do contrato é mais evidente no caso de alteração unilateral do contrato pela Administração. Nessa hipótese – que vimos acima – parece-me mais inquestionável que as coisas devam ser repostas **exatamente** nos termos pactuados, **inclusive o lucro**. Porque nesta hipótese não foi um fato **externo** à relação contratual que influenciou no contrato, mas um ato da contratante, ou, como se diz na doutrina jurídica, um “*fato da Administração*”.

Um último tipo de alteração contratual é a extensão dos serviços, ou mediante a realização de serviços imprevistos - mas relacionados diretamente com o objeto do contrato - ou de serviços adicionais - indiretamente ligados ao objeto contratual.

Na hipótese de serviços imprevistos, a contratada tem a obrigação de realizá-los até o limite de 25% (art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93). Na hipótese de serviços adicionais, a contratada tem o direito de recusar-se a realizá-los. Se os realizar (e somente poderá fazê-lo se isso não importar alteração do objeto contratual), deverá negociar o preço e as condições de pagamento, salvo se o critério para essa fixação já estiver previsto no contrato.

Cabe uma última observação. Se bem que teoricamente os contratos devam ser cumpridos exatamente como foram pactuados (princípio “*pacta sunt servanda*”), na prática as alterações são inevitáveis, quer nos contratos de **duração** (obras e serviços), quer de **execução diferida** (compra e venda de bens para entrega futura). Isso ocorre ou porque interesse às partes, ou porque interesse à contratante, ou porque uma das partes tenha direito à revisão contratual. Daí, mais uma vez, a importância da gestão de contratos, função que não se resume - como muita gente ainda pensa - a simplesmente fiscalizar a execução do contrato, mas também saber fazer as alterações adequadas no momento certo, observadas, é claro, as normas constitucionais e legais.

(Comentário CELC nº 89 – 15.09.2003, divulgado no site www.celc.com.br)

Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.