

TC 034.272/2016-0

Tipo: Consulta

Unidades jurisdicionadas: Ministério do Turismo (MTur) e Instituto Brasileiro de Turismo (Embratur)

Consulente: Ministério do Turismo, representado pelo Exmo. Sr. Ministro Marx Beltrão Lima Siqueira.

Advogados ou Procuradores: Maria do Perpétuo Socorro, CPF: 126.420.451-53 (peça 4), Eduardo Henrique Maia Bismarck, OAB-DF 23.889, e João Roberto Machado Neves de Oliveira, OAB/DF 50.673 (peça 2).

Interessado em Sustentação Oral: Não há.

Proposta: Mérito.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se do Ofício 63/2016/GM/MTur, de 21/11/2016, por meio do qual o Ministro do Estado do Turismo (MTur), Exmo. Sr. Marx Beltrão Lima Siqueira, consulta o Tribunal a respeito da possibilidade do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos em razão de variações cambiais. Especificamente, o propósito da consulta é, conforme consta à peça 1, p. 4:

A presente Consulta trata de dúvida suscitada no âmbito da EMBRATUR - INSTITUTO BRASILEIRO DE TURISMO acerca da aplicação e interpretação dos entendimentos desse Egrégio Tribunal de Contas da União manifestados nos Acórdãos nº 3282/2011-Plenário e nº 1568/2015-Plenário, a respeito da não aplicação da teoria da imprevisão e da possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas devido a oscilações naturais dos fatores de mercado.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2. A presente Consulta deve ser conhecida, uma vez que formulada por autoridade que possui legitimidade para tanto, acerca da aplicabilidade, em tese, de dispositivos legais concernentes à matéria de competência deste Tribunal, contém a indicação do seu objeto e encontra-se formulada articuladamente e instruída com base em parecer da Advocacia Geral da União - AGU (peça 1, p. 35-50), de modo que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, e §1º, do Regimento Interno.

3. Também se encontra satisfeito o requisito constante do §2º do art. 264 do RI/TCU, que exige que as autoridades consulentes demonstrem a pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições que representam.

4. No caso presente, como ressaltou o MTur, a pertinência temática está demonstrada na necessidade, pela Embratur, de contratação de serviços a serem executadas no exterior, em razão de suas atribuições (peça 1, p. 22), estabelecidas no art. 3º da Lei 8.181/1991. Em essência, cabem-lhe a promoção, a divulgação do turismo nacional e o fomento de programas considerados como de interesse para a indústria do turismo. Para a realização dos seus objetivos, cabe à entidade celebrar contratos, convênios, acordos e ajustes com organizações e entidades públicas ou privadas nacionais,

estrangeiras e internacionais, (art. 3º, incs. III, V, e XII da Lei 8.181/1991).

EXAME TÉCNICO

Argumentos do Consultante (peça 1)

5. Segundo o consultante, a presente Consulta trata de dúvida suscitada no âmbito da Embratur acerca da aplicação e interpretação dos entendimentos deste Tribunal manifestados nos Acórdãos 3.282/2011 e 1.568/2015, ambos do Plenário, a respeito da não aplicação da teoria da imprevisão e da possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas devido a oscilações dos fatores de mercado.

6. Cita que grande parte dos objetos dos contratos administrativos da Embratur são executados no exterior e devido à recente valorização do real, sobretudo nos dois últimos anos, foram frequentes os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro emanados pelas empresas contratadas no âmbito daquela Autarquia.

7. Com base em gráficos elaborados em função da variação da taxa de câmbio do dólar e do euro frente ao real, ocorridas entre 2014 e 2016, o consultante reporta que o dólar atingiu seu valor máximo em 21/1/2016, atingindo o pico de R\$ 4,16. Do início de 2014 ao final de 2016, a cotação da moeda americana teria seguido uma elevação de 50%. Já o euro teria sofrido uma variação menor, de 22% (peça 1, p. 4-6).

8. Tal fato teria motivado a apresentação à Embratur de pelo menos seis pedidos de recomposição do equilíbrio financeiro de contratos, dos quais três teriam sido atendidos.

9. Menciona o consultante que, apesar de o reequilíbrio ser uma das formas de revisão de contratos legalmente previstas, os últimos pleitos foram negados com base no teor dos Acórdãos 3.282/2011-TCU-Plenário e 1.568/2015-TCU-Plenário, que decidiram que variações cambiais não devem ensejar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

10. Esse entendimento decorreria do fato de que as oscilações cambiais não se enquadrariam no critério de imprevisibilidade, uma vez que se trata de movimentos naturais do regime cambial e representam um risco inerente às atividades das empresas que atuam no exterior, que poderiam ser mitigados mediante a adoção de mecanismos de proteção no mercado financeiro.

11. Com base nesses julgados, a Procuradoria Federal junto à Embratur, que em situações anteriores entendia ser cabível o acatamento de pleitos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos pelos mesmos motivos, em suas últimas manifestações opinou pela impossibilidade de reequilibrar os acordos contratuais daquela Autarquia em virtude exclusivamente de variações cambiais. Tal fato teria gerado um impasse no âmbito da Embratur que, segundo aponta, ao não acatar os pleitos de reequilíbrio, corre o risco de ter suas atividades-fim comprometidas.

12. O consultante argumenta que, em ambos os julgados retromencionados, as situações objeto de análise pelo TCU possuíam impropriedades importantes que foram determinantes para que a Corte de Contas considerasse irregulares as concessões de reequilíbrio econômico-financeiro deferidas pela Administração. Quanto ao Acórdão 3.282/2011-TCU-Plenário, no edital de licitação internacional da Petrobrás, bem como no termo do contrato, havia expressa vedação às revisões de preços em função de variações cambiais. Já com relação ao Acórdão 1.568/2015-TCU-Plenário, haveria um vício de legalidade ao se conceder, antes mesmo da celebração contratual, o reequilíbrio da proposta vencedora da licitação.

13. Ressalta, ainda, que esse mesmo Tribunal já havia expedido decisões anteriores favoráveis ao reequilíbrio dos contratos administrativos em razão de alterações na taxa de câmbio (Acórdão 1.595/2006-TCU-Plenário e Decisão 464/2000-TCU-Plenário), pressupondo que cada caso deve ser analisado dentro de suas particularidades.

14. Após tais preliminares, o consulente adentra no mérito da questão, alegando que a equação econômico-financeira do contrato administrativo é estabelecida quando da apresentação da proposta na licitação ou no processo de contratação direta, e deve manter-se equilibrada durante toda execução do contrato.

15. Segundo o MTur, o Código Civil Brasileiro prevê a possibilidade de reequilibrar a relação contratual, desde que fundamentada em dois requisitos: a imprevisibilidade do fato gerador do reequilíbrio e a onerosidade excessiva para uma das partes, conforme dispõem seus arts. 478 a 480.

16. Destaca que a Lei 8.666/1993, em seu art. 65, II, "d", previu que os contratos administrativos poderão ser alterados, entre outros motivos, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

17. Ressalta o Ministério que, embora não conste explícito nessa lei, a doutrina, sobretudo nas obras de Marçal Justen Filho, possui o entendimento de que a variação cambial extraordinária e imprevisível da moeda estrangeira enquadra-se nos critérios "imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis", podendo, portanto, impor a revisão do contrato.

18. Segundo o consulente, o referido autor afirma que as bruscas variações cambiais implicam maiores custos para os contratados e pode levar à impossibilidade de acesso da Administração Pública a bens que envolvam custos dessa ordem. Além disso, salienta que a tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria Administração, pois se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. Seria muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível, ou seja, aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Apesar disso, o próprio doutrinador teria alertado que esse não foi o entendimento do TCU no Acórdão 3.282/2011-TCU-Plenário.

19. Ademais, alerta o Mtur, a relação jurídica mantida entre a Autarquia e suas contratadas é bem diferente da mantida por uma sociedade de economia mista, como a Petrobrás e suas contratadas, na qual se pauta o Acórdão 3.282/2011-TCU-Plenário. A Embratur, apesar de ter como um de seus fins institucionais promover e divulgar o turismo nacional no exterior, não atua em um ambiente competitivo e dinâmico como a Petrobrás. Adicionalmente, as contratadas pela Embratur não são multinacionais a ponto de se esperar delas um comportamento de governança corporativa como o das multinacionais que transacionam com a Petrobrás.

20. O consulente aponta, ainda, que os contratos mantidos com a Embratur possuem execução em vários países e são, em grande parte, executados sob demanda, o que implicaria custos para as contratadas em variadas moedas e uma incerteza do total a ser executado (peça 1, p. 20-22).

21. O Mtur conclui sua peça solicitando, com base no art. 159 do RI/TCU, que o processo seja tramitado preferencialmente e com urgência, em razão de se evitar a limitação do campo de atuação e alcance dos objetivos institucionais da Embratur.

22. A Consulta encontra-se instruída com base nos subsídios jurídicos constantes do Parecer 8/2016/GABINETE/PF/EMBRATUR/PGF/AGU (peça 1, p. 28-34), da Nota Técnica 6/2016 (peça 1, p. 35-44) e do Parecer 259/2016/CONJUR-MTur/CGU/AGU (peça 1, 45-50).

23. O Parecer 8/2016, acima referido, ao seu final, apresentou os seguintes questionamentos adicionais (peça 1, p. 33):

a) a Administração já tendo realizado o reequilíbrio com a aplicação do reajuste previsto contratualmente poderia, ainda, presentes os requisitos da teoria da imprevisão, realizar a recomposição?

b) caso positivo, como poderia ser aferido o desequilíbrio da equação econômico-financeira

na conjugação dessas duas formas de reequilíbrio?

c) considerando a natureza da Embratur, de não atuar em ambiente competitivo, como poderia o gestor aferir com a desejável prudência e segurança, a aplicação da Teoria da Imprevisão?

Análise

24. O ponto central dos presentes autos consiste na possibilidade de se recompor o equilíbrio financeiro de contratos administrativos em razão de variações cambiais, especialmente aquelas ocorridas a partir de 2014. O MTur ressalta a natureza e as finalidades da Embratur, cujos principais contratos são executados no exterior.

25. Segundo o consultante, as últimas decisões do Tribunal, especialmente os Acórdãos 3.282/2011 e 1.568/2015, ambos do Plenário, não reconheceram a possibilidade de que as variações cambiais pudessem ensejar o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, pois não se enquadrariam no critério de imprevisibilidade, todavia, tais casos continham impropriedades importantes que impediam tais concessões.

26. Primeiramente, convém dispor, de forma geral, a respeito do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

27. Celso Antônio Bandeira De Mello, acerca desse conceito, preceitua o seguinte (*in* Curso de Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo – SP: Editora Malheiros, 2007, p. 625-626):

Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro, pela compensação econômica que lhe corresponderá.

28. O equilíbrio econômico-financeiro tem fundamento constitucional, na medida em que pode ser reconhecido no texto do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(grifos ausentes no original)

29. Em razão dessa proteção, quando algum dos lados da balança se altera, surge um desequilíbrio que pode ser resolvido de duas maneiras que visam à sua recomposição: o reajustamento de preços e o reequilíbrio econômico-financeiro.

30. O reajustamento é utilizado para remediar os efeitos da desvalorização da moeda (inflação) e pode ocorrer pela aplicação de índices previamente estabelecidos no edital e no contrato, no caso de obra, fornecimento de bens e prestação de serviços sem dedicação exclusiva de mão-de-obra (reajuste), ou pela análise da variação dos custos na planilha de preços, no caso de contratos que têm por objeto a prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra (reapactuação). Tanto o reajuste quanto a reapactuação somente podem ocorrer após o interregno mínimo de um ano, por força do disposto no art. 2º, §1º, da Lei 10.192/2001. O reajuste está previsto no art. 40, XI e 55, III, da Lei 8.666/1993, já a reapactuação encontra-se prevista nos arts. 4º e 5º do Decreto 2.271/1997.

31. O reequilíbrio econômico-financeiro (também chamado por revisão ou recomposição), por sua vez, tem fundamentos diferentes do reajustamento e não depende de previsão no edital, podendo ser concedida a qualquer tempo ao longo do contrato. Esse instituto encontra-se disciplinado no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, ao estabelecer que os contratos regidos por essa Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas:

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.

32. Tal inciso prevê a aplicação da **teoria da imprevisão** (*rebus sic stantibus*) aos contratos administrativos. Pertinente a definição de Fernanda Marinela a respeito desse princípio (*in* Direito Administrativo. 4ª edição. Niterói - RJ: Editora Impetus, 2010, pág. 429):

...consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevisíveis e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputados, alteram o equilíbrio econômico-financeiro refletindo na economia ou na execução do contrato, autorizam sua revisão para ajustá-lo à situação superveniente, equilibrando novamente a relação contratual. Portanto a ocorrência deve ser superveniente, imprevisível (porque as partes não imaginaram), imprevisível (porque ninguém no lugar delas conseguiria imaginar – algo impensável) e que onera demais o contrato para uma das partes, exigindo-se a recomposição.

33. Segundo a Lei 8.666/1993, estariam aptos a desequilibrar a balança econômico-financeira estabelecida na assinatura do contrato todos os fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, desde que retardadores ou impeditivos da execução do ajustado. A aludida lei segue ao especificar algumas das hipóteses, como força maior, caso fortuito e fato do príncipe. Em suma, por não importar tanto ao presente processo, a doutrina conceitua tais hipóteses da seguinte forma:

a) **caso fortuito e força maior: ato do homem ou fato da natureza.** São eventos que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, criam para o contratado a impossibilidade intransponível de execução normal do contrato. Nesses fatores incluem-se tempestades, inundações ou, por exemplo uma greve que paralise a fabricação de certos produtos indispensáveis à execução contratual;

b) **fato do príncipe:** toda a **determinação estatal**, positiva ou negativa, geral, imprevisível ou imprevisível que onera substancialmente a execução do contrato. Caracteriza-se por um ato geral do Poder Público, como a proibição de importar determinado produto e a indenização do expropriado por utilidade pública.

34. Em todos os casos, a teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevisíveis e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputados, refletindo sobre a economia ou na execução do contrato, autorizam sua revisão para ajustá-lo à sua situação superveniente.

35. Caio Tácito (*in* Boletim de Licitações e Contratos, Set./1993, p. 370-373) menciona que a teoria da imprevisão é uma ressalva extraordinária à regra do cumprimento obrigatório dos contratos. Segundo ele, a sua invocação pressupõe um estado de crise, uma transfiguração *inaudita* da matéria de fato, que submeta o empreiteiro, inesperadamente, a um prejuízo intolerável.

36. A teoria da imprevisão, portanto, prestigia a segurança contratual, a fim de impedir a atrocidade que poderia resultar da aplicação irrestrita do princípio da irretroatividade das convenções. Busca-se atenuar a responsabilidade do devedor, quando a superveniência de circunstância imprevisível que altere a base econômica objetiva do contrato gere, para uma das partes, uma onerosidade excessiva, e, para a outra, um benefício exagerado.

37. Nos autos do TC 007.615/2015-9, de onde se originou o Acórdão 1.604/2015-TCU-Plenário (Relator: Ministro Augusto Nardes), o Tribunal decidiu que não há óbice à concessão de reequilíbrio econômico-financeiro visando à revisão (ou recomposição) de preços de itens isolados, com fundamento no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/1993, desde que estejam presentes a imprevisibilidade ou a previsibilidade de efeitos incalculáveis e o impacto acentuado na relação contratual (teoria da imprevisão); e que haja análise demonstrativa acerca do comportamento dos demais insumos relevantes que possam impactar o valor do contrato.

38. À luz dessas considerações, resta adentrar nos argumentos colacionados pelo consulente. Inicialmente, cabe especificar que o Acórdão 3 282/2011-TCU-Plenário (TC 007 103/2007-7), citado

pelo MTur, tratou de Relatório de Levantamento de Auditoria realizada na Petróleo Brasileiro S.A (Petrobrás), tendo por objeto a fiscalização da construção de plataformas petrolíferas semissubmersíveis destinadas à exploração de petróleo na bacia de Campos.

39. Nos referidos autos, analisou-se, entre outras questões, a legalidade da concessão do reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos referentes à construção de duas plataformas. Trata-se de contratos internacionais firmados por partes estrangeiras e executados no Brasil. No Voto condutor do referido *decisum*, o Relator (Ministro Augusto Nardes) efetuou extensa análise acerca dos requisitos necessários à revisão de contratos administrativos. Na aplicação da teoria da imprevisão, a Administração deve restabelecer integralmente o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. De acordo com o Relator, com base na doutrina, faz-se necessário que os fatos ensejadores do reequilíbrio sejam:

- a) imprevisíveis, quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências;
- b) estranhos à vontade das partes;
- c) inevitáveis; e
- d) causa de desequilíbrio muito grande no contrato.

40. Nesse contexto, restou definido que acontecimento imprevisível deve ser entendido como não previsto pelo gestor médio quando da vinculação contratual. O Relator ressaltou, ainda, que naquele caso a apreciação do real frente ao dólar foi significativamente gradual, ao longo de quatro anos, desde um mês antes da data da primeira proposta de preços à licitação até a conclusão prevista do último contrato. Chegou-se à conclusão de que o reequilíbrio fora indevido, pois a trajetória da taxa cambial e dos índices de preços não eram imprevisíveis, e que a possibilidade de as contratadas incorrerem em prejuízo não autorizava, por si só, que fossem promovidas revisões nos contratos.

41. Diante desse cenário, como as contratadas não monitoraram as movimentações de câmbio nem tomaram providências para proteção do valor do contrato, tendo disposto de um longo período de observação do comportamento do mercado do dólar (aproximadamente quatro anos) para possível contratação, inclusive, de operações de *hedge*, as variações da moeda estrangeira não poderiam ser causa para reequilíbrio contratual. Além desses aspectos, havia previsão contratual de vedação à concessão de revisão e reajuste, o que permitiu concluir que a Petrobras não assumiria o risco decorrente de variação cambial e de inflação.

42. O outro Acórdão citado pelo consulente foi o 1.568/2015-TCU-Plenário - Relatora: Ministra Ana Arraes (TC 003.146/2015-4). Trata-se de representação formulada por licitante a respeito de pregão para Registro de Preço realizado pelo Ministério da Justiça, objetivando a aquisição de coletes balísticos de uso policial. Nos mencionados autos, discutiu-se a solicitação de reequilíbrio econômico da proposta comercial da empresa vencedora da licitação (antes da assinatura do contrato), que alegou que a alta da moeda americana teria causado um impacto de 16% nos custos da matéria-prima.

43. O reequilíbrio não chegou a ser concedido pelo Ministério da Justiça por considerar que a legislação previa que o reequilíbrio econômico-financeiro ocorreria após a contratação, ou seja, somente na fase de execução do contrato (arts. 65, inciso II, alínea “d”, e 48 da Lei nº 8.666/1993).

44. Ainda assim, este Tribunal recomendou à Secretaria Executiva do Ministério da Justiça que, ao analisar solicitação de reajuste de preço contratado motivado por variação cambial de moeda estrangeira, atentasse para o entendimento no sentido de não serem aplicáveis nem a teoria da imprevisão nem a possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas devido a oscilações naturais dos fatores de mercado, utilizando como referência o Acórdão 3.282/2011-TCU-Plenário, examinado anteriormente nesta instrução.

45. Diante das duas decisões expostas, conclui-se que o consulente tem razão ao afirmar que, em ambos os casos, havia peculiaridades subjacentes que tornaram o reequilíbrio indevido. No TC

007.103/2007-7 (Acórdão 3.282/2011-TCU-Plenário) observou-se que a trajetória da taxa cambial não era imprevisível, pois o dólar havia seguido uma trajetória ascendente durante um período de tempo razoável. Tampouco as contratadas haviam se precavido contra tal fato. Já no TC 003.146/2015-4 (Acórdão 1.568/2015-TCU-Plenário), o reequilíbrio não chegou sequer a ser concedido. O Tribunal apenas recomendou à jurisdicionada que observasse precedente no sentido de que a teoria da imprevisão não poderia ser utilizada para recompor o equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas **devido a oscilações naturais dos fatores de mercado**.

46. Situação diferente daquela verificada no âmbito do Acórdão 1.595/2006-TCU-Plenário, também citado pelo consulente. Referido acórdão foi proferido nos autos do TC 017.026/2005-3. Tratou-se de representação formulada por equipe de fiscalização deste Tribunal a respeito de contrato firmado entre uma subsidiária da Petrobrás e empresa, tendo por objeto a adaptação da planta de uma plataforma petrolífera às condições de produção de óleo e gás no campo de Jubarte, no sul do Estado do Espírito Santo. Discutiu-se, entre outras impropriedades, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em face de perda cambial no período de sua execução. No Voto que conduziu o referido *decisum*, o Relator (Ministro Guilherme Palmeira) concluiu que a revisão fora devida ante a expressiva valorização da moeda norte-americana, nos seguintes termos:

Como bem consignou, mostra-se evidente o desequilíbrio contratual ocorrido em desfavor da GDK, ante a expressiva valorização da moeda norte-americana, pois, ao tempo da celebração do contrato, a taxa de câmbio era de US\$ 1,00 = R\$ 2,90, enquanto nas datas de pagamento do contrato passou para US\$ 1,00 = R\$ 2,20. Ora, como boa parte dos pagamentos são feitos em real, é natural que haja um ônus não previsto inicialmente pela contratada e que não deve ser suportado exclusivamente por ela.

Lembro, ademais, que situação análoga já foi objeto de deliberação desta Corte, por meio da Decisão Plenária 464/2000, quando o Tribunal autorizou o realinhamento de preços, motivado pela desvalorização cambial em 1999, em contrato firmado pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU, sendo, assim, perfeitamente aplicável ao caso teoria da imprevisão.

47. Expostos tais precedentes, suscitados pelo consulente, cabe a análise da matéria frente a decisões dos tribunais superiores, à doutrina e a outras decisões desse Tribunal.

48. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) enfrentou essa questão em diversas ocasiões e rechaçou a tese de que a taxa de câmbio possa ser motivo para reequilíbrio contratual, a exemplo dos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DÓLAR AMERICANO. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL. [...]. TEORIAS DA IMPREVISÃO. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA BASE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE. [...] 3. A intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) e de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometa o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional específica. 4. O **histórico inflacionário** e as **sucessivas modificações no padrão monetário** experimentados pelo país **desde longa data** até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade **até a maxidesvalorização** do real em face do dólar americano, ocorrida **a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela imprevisibilidade desse fato** nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária. [...]. 7. Recurso especial não provido. (REsp 1321614/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 3/3/2015).

(Destacou-se)

[...]. PARIDADE CAMBIAL. INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO. [...]

1. A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts.

170 e 174, da CF. [...]. 4. Consoante escorreitamente assentado no aresto recorrido '[...] Ao contratar em moeda estrangeira, o empresário sabe e espera que sua obrigação seja quantificada segundo a variação cambial. O mercado de câmbio, por natureza, é variável. Tanto é assim que para livrar-se dos efeitos de uma valorização inesperada do dólar, existe a opção de contratação de operações de hedge. 2. Ainda que se pudesse considerar imprevisível a súbita liberação do mercado cambial, pelo BACEN, em 18/01/99, através do Comunicado 6565, e a correspondente máxidesvalorização do real, não é possível transferir ao Estado os prejuízos decorrentes da álea de negócio vinculado à variação futura do dólar norte-americano. [...]'. [...]. 9. A ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica revela a ausência de responsabilização do Estado. [...]. 11. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, desprovido. (REsp 614.048/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/3/2005, DJ 2/5/2005, p. 172). (Destacou-se)

49. Há, porém, uma decisão do STJ que contém um importante precedente a respeito desse tema. Trata-se do Acórdão, relatado pelo Ministro Luiz Fux, por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 15.154-PE (publicado no DJU de 2/12/2002). Nesse julgamento, o STJ entendeu que a máxidesvalorização do real em face do dólar norte-americano ocorrida em 1999, por decorrência de medidas adotadas pelo governo federal no intuito de conter a inflação, configuraram causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos. Reconheceu-se que a imprevisibilidade do evento era manifesta. Confira-se a ementa:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO VÍNCULO. DESVALORIZAÇÃO DO REAL. JANEIRO DE 1999.

ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA REFERENTE AO PREÇO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E FATO DO PRÍNCIPE.

1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, §§ 5º e 6º, da Lei 8.666/93).

Deveras, a Constituição Federal ao inculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula manter da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as 'condições efetivas da proposta'.

2. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes.

3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (*ad impossibilia memo tenetur*).

4. Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da *exceptio non adimplet contractus* imputável à administração, *a fortiori*, implica admitir sustar-se o 'início da execução', quando desde logo verificável a incidência da 'imprevisão' ocorrente no interregno em que a administração postergou os trabalhos. Sanção injustamente aplicável ao contratado, removida pelo provimento do recurso.

5. Recurso Ordinário provido.

50. Entretanto, nesse caso, a Corte judicial cuidou de situação envolta em característica peculiar, pois o objeto do contrato era totalmente vinculado à moeda estrangeira - fornecimento de *softwares* originários dos Estados Unidos.

51. A doutrina, não obstante, se posiciona quase que uniformemente no sentido de reconhecer que os efeitos de uma crise econômica, cuja consequência imediata seja a alta exacerbada da moeda estrangeira, podem ser causas para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

52. Alexandre Wagner Nester defende, tomando por base a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Caio Tácito e Marçal Justen Filho, que fenômenos de instabilidade econômica ou social (**desvalorização da moeda**, guerras, crises econômicas) podem ser causas do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências, conforme se observa no seguinte excerto (*in* Crise Econômica e Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato Administrativo, disponível em <http://www.portaldelicitacao.com.br/site/artigos/variacao-cambial-nos-contratos-de-licitacao>, acesso em 7/2/2017):

Conforme já exposto por este autor (A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 18, ago. 2008), o risco extraordinário pode ter natureza administrativa ou econômica (ver: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 264).

No primeiro caso (álea administrativa), estão abrangidas as modificações unilateralmente impostas pela Administração Pública: tanto as medidas governamentais gerais que repercutem indiretamente sobre o contrato (fato do príncipe) quanto as medidas administrativas diretamente dirigidas ao contrato, que venham a retardar, impedir ou agravar sua execução (fato da Administração).

No segundo (álea econômica), estão os eventos econômicos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis (conforme expressamente previsto na Lei), independentes da vontade das partes, que alteram a situação econômica em que se insere o contrato.

A álea e econômica não se confunde com os riscos ordinários inerentes à atuação do agente, eis que *"é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos de instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências. (...) A imprevisibilidade não se refere, necessariamente, ao elemento perturbador em si mesmo, mas aos seus efeitos que ultrapassam à razoável previsão humana."* (CAIO TÁCITO, "O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público". *Temas de Direito Público*. Vol. I, Renovar, 1997, p. 209).

Discute-se, diante dessas concepções, a possibilidade de uma grave crise econômica ensejar o reequilíbrio de contratos administrativos em curso. E, embora haja por parte da administrativa, a doutrina e os tribunais têm reconhecido a procedência do raciocínio. Ou seja, que a alteração drástica no cenário econômico, que afete a situação do particular contratado (aumentando custos e insumos, ou mesmo dificultando sua operação em condições normais) se enquadra na moldura legal para a álea econômica extraordinária, passível de justificar o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

É o que explica MARÇAL JUSTEN FILHO quando afirma que "o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro poderá decorrer de outros fatos, totalmente alheios à Administração. Assim, a crise econômica poderá produzir uma extraordinária elevação de preço de determinados insumos; uma greve poderá acarretar a impossibilidade de fabricação dos produtos; uma crise internacional poderá acarretar a impossibilidade de fabricação dos produtos; uma crise internacional poderá provocar elevação extraordinária dos preços dos combustíveis; etc." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 749).

(itálico e grifos presentes no original)

53. É pacífico o entendimento de que o risco extraordinário pode ser classificado em duas áleas, a administrativa e a econômica. A álea administrativa abrange as modificações unilateralmente impostas pela Administração Pública. Já na álea econômica estão os eventos econômicos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis. Nesta última, incluir-se-iam as grandes variações cambiais imprevisíveis. É importante ressaltar que não está incluída aí a variação cambial típica do regime flutuante, portanto previsível.

54. Apenas para exemplificar a grande variação do dólar nos últimos anos, observa-se que em 2/2/2015 a moeda estrangeira estava cotada a R\$ 2,71. Aproximadamente oito meses depois, em 23/9/2015, o dólar chegou a R\$ 4,14. Foi a primeira vez, em dez anos, que a moeda havia rompido a barreira dos R\$ 3,00. Um ano depois, em 2/2/2016, o dólar estava cotado a R\$ 3,95. Uma elevação de aproximadamente 45,75% (dados constantes do *site* <http://economia.uol.com.br/cotacoes/cambio/dolar-comercial-estados-unidos>). Um aumento desse patamar não pode ser considerado uma álea meramente ordinária.

55. Obviamente que se determinado objeto contratado nesse período envolvesse operacionalização de internalização de um bem ou de um serviço proveniente ou prestado no exterior, o particular contratado incorreria em um aumento significativo nos custos para o adimplemento do objeto.

56. Embora grande parte da doutrina reconheça a variação cambial como causa para o reequilíbrio econômico-financeiro, este Tribunal não a reconhece como fundamento autônomo apto a produzir uma mudança nos termos contratuais. Nos autos do TC 018.016/2005-1, no qual foi proferido o Acórdão 2.837/2010-TCU-Plenário (Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues), essa questão foi profundamente debatida.

57. No Voto que deu origem a esse *decisum*, o Relator ressaltou que a variação cambial é típica do regime flutuante e não ocasiona um rompimento abrupto no equilíbrio contratual. Nesse sentido, a variação regular, constante e usual não se constitui um fato imprevisível. De se notar, também, a importante ressalva de que o cerne da discussão não deve estar na questão cambial, mas na variação dos preços. Isso porque há situações em que a taxa de câmbio não influencia o custo dos produtos de maneira rápida. Em casos de importação de bens, o aumento da moeda e o aumento de preços são questões distintas, pois este não é consequência incondicional daquele. Vejam-se os termos:

De fato, uma a mera variação cambial, em regime de câmbio flutuante, não configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos. A variação diária dos índices não autoriza pleitos de recomposição de preços, dada a sua ampla previsibilidade. Caso contrário, no regime de câmbio flutuante, todos os processos em que houvesse variação positiva poderiam ensejar solicitações de recomposição de preços, o que não ocorre.

Ademais, não se verificou, no período de execução do contrato, rompimento abrupto da equação econômico-financeira, com mudanças reais de políticas governamentais. A variação cambial havida é usual e não se refletiu nos custos dos equipamentos de informática, objeto do contrato.

58. Nessa mesma linha, segue trecho do Voto condutor do Acórdão 1.085/2015-TCU-Plenário, no qual o Relator, Ministro Benjamin Zymler, destacou que a análise unicamente da variação cambial poderia justificar um reequilíbrio indevido:

27. Assim, o construtor seria beneficiado, pois teria sua remuneração majorada por índices que foram afetados ao menos parcialmente pelo câmbio, mas não incorreria em custos adicionais, haja vista que adquiriu os bens importados antes da depreciação do Real. Em outra circunstância, na qual o contratado ainda não tivesse incorrido nos gastos atrelados ao câmbio, certamente uma variação anômala da moeda poderia justificar o reequilíbrio.

59. Ou seja, é possível que o contratado, mesmo após a alta da moeda, possua em estoque os insumos necessários ao adimplemento do objeto e, assim, não tenha incorrido nos gastos atrelados ao câmbio. Tal situação, se não devidamente analisada, poderia fazer com que uma variação anômala da moeda justificasse o reequilíbrio.

60. De forma análoga, se os custos se reduzem, deve haver benefício ao contratante, não ao contratado. Tal situação poderia ocorrer caso o valor da moeda estrangeira sofresse sensível e excepcional redução ao longo do contrato, tornando a equação financeira do contrato em prejuízo marcante para a Administração, devendo ser repactuado, de modo a recompor a relação entre a

vantagem aferida pelo contratante e os montantes pagos a título de preço.

61. Nesse diapasão, embora tenha tratado do índice relativo aos Benefícios e Despesas Indiretas (BDI), observe-se os seguintes termos constantes do Voto que fundamentou o Acórdão 1.570/2009-TCU-Plenário (Relator: Ministro Benjamin Zymler):

Evidentemente que a situação ora tratada não constitui exemplo de álea econômica extraordinária, mas o dispositivo legal citado deixa clara a intenção do legislador de preservar o justo equilíbrio entre a remuneração do contratado e os encargos destes para a consecução de um ajuste firmado com a Administração. No presente caso, o desequilíbrio nos contratos de supervisão ocorre em benefício da Administração, na medida em que a quantia paga por ela, para que as empresas supervisoras executem os objetos firmados, estão acima dos efetivamente despendidos por estas, no que se refere aos salários de sua equipe de pessoal.

A permanecer a situação ora verificada, a Administração está dando ensejo a um enriquecimento sem causa das empresas contratadas, em detrimento do princípio da moralidade, da economicidade, e, mais especificamente, da vinculação aos termos da proposta e do contrato, estabelecidos nos arts. 3º e 54, § 1º, parte final, da Lei nº 8.666/93.

62. Logo, em termos gerais e de acordo com as decisões acima, a variação cambial não deve ser causa autossuficiente para a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro, a não ser que tenha ocorrido de forma inesperada, abrupta e **afete substancialmente o equilíbrio do contrato a ponto de frustrar a sua execução**.

63. O Enunciado do Acórdão 12.460/2016-TCU-2ª Câmara (Relator: Ministro Vital do Rêgo) evidencia que a revisão deve estar lastreada em documentação que comprove, de forma incontestável, que o aumento dos custos do contratado tenha sido de tal ordem que inviabilize a execução do contrato:

O *reequilíbrio econômico-financeiro* de contrato deve estar lastreado em documentação que comprove, de forma inequívoca, que a alteração dos custos dos insumos do contrato tenha sido de tal ordem que inviabilize sua execução. Além disso, deve a alteração ter sido causada pela ocorrência de uma das hipóteses previstas expressamente no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993.

64. O cerne da questão, então, deixa de ser a variação cambial para a alteração dos custos dos insumos. Observe-se, nesse sentido, o seguinte trecho do Voto condutor do Acórdão 1.800/2010-TCU-Plenário (Relator: Ministro José Jorge):

O que se afirma é a garantia constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Deve reputar-se que, ocorrendo elevação de custos não retratada pelo índice de atualização ou de reajuste adotado contratualmente, o particular tem direito à recomposição de preços. **Em termos práticos, isso significa dizer que o particular deverá produzir prova bastante complexa e muito mais detalhada.** Se houvesse reajuste, bastaria demonstrar a variação de índices gerais ou específicos (conforme previsto na lei ou contrato).
(grifou-se)

65. O TCU, porém, vai mais além, ao entender também que não basta a demonstração de que a variação cambial tenha causado a elevação de determinados insumos do contrato, sendo necessário uma reanálise de custos global da avença, haja vista que outros itens podem ter passado por diminuições de preço. Nesse sentido, segue trecho do Voto que deu suporte ao Acórdão 1.466/2013-TCU-Plenário (Relatora: Ministra Ana Arraes):

Importa destacar que eventual desequilíbrio econômico-financeiro não pode ser constatado a partir da variação de preços de apenas um serviço ou insumo. A avaliação da equidade do contrato deve ser resultado de um exame global da avença, haja vista que outros itens podem ter passado por diminuições de preço. Diferentemente do alegado pela empresa, em que pese as diversas modificações no objeto inicialmente licitado, não restou demonstrado desequilíbrio no contrato, especialmente em face das repactuações procedidas.

66. Todos os precedentes citados até agora nesta instrução, que constituem importantes fontes da jurisprudência deste Tribunal, referiam-se a contratos de obras ou envolviam a importação de bens. No entanto, a presente Consulta versa sobre uma situação mais específica - contratos firmados em real e executados no exterior -, que, de acordo com o consulente, é o caso da maior parte dos contratos da Embratur.

67. Nessas situações, não há como negar que um aumento brusco e relevante da moeda estrangeira possa ter impacto mais rápido no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Contudo, ainda que se considere a hipótese de contratos executados no exterior, há que se fazer a distinção entre as espécies contratuais, ou seja, entre os contratos que envolvam o fornecimento de bens e aqueles de prestação de serviços.

68. No primeiro caso, mesmo diante da situação analisada, as empresas já poderiam ter incorrido nos custos relativos à aquisição dos insumos necessários ao fornecimento dos bens antes da alta da moeda. Assim, como já mencionado, o aumento da taxa de câmbio não influenciaria o preço do produto a ser fornecido. Nesse caso, continua cabendo à contratada a demonstração de que a alteração dos custos dos insumos do contrato tenha sido de tal ordem que inviabilize sua execução.

69. Situação diferente é a do contrato de prestação de serviços (caracterizado pela contratação de um objeto principal qualificável com um fazer humano, uma atividade, um trabalho físico e/ou intelectual imputável a seres humanos) executado no exterior. Nesse caso, a própria formação dos custos do contratado compreende insumos cujos pagamentos são feitos exclusivamente em moeda estrangeira. Nesse caso, a variação cambial corresponderá necessariamente a um custo integrante do preço praticado pelo particular, desde que esse custo seja, de fato, executado no local da prestação dos serviços.

70. Apenas para argumentar, utilizando a cotação citada anteriormente (item 54 desta instrução), um contrato firmado no início de 2015 teria, no interregno oito meses, um desequilíbrio contratual de aproximadamente 45% em desfavor da contratada. Natural que esse ônus, não previsto inicialmente, não seja suportado total e exclusivamente por ela. Nesse caso, a variação extraordinária e imprevisível da moeda estrangeira pode se assemelhar a eventos similares relacionados com outros custos do contratado, caracterizando a álea econômica da teoria da imprevisão.

71. De toda forma, deve-se registrar que essa discussão poderia ser evitada se fosse realizada uma licitação internacional, ante a permissiva constante do art. 42, §2º, da Lei 8.666/1993, de se firmar a contratação em moeda estrangeira. O pagamento dar-se-ia em real, à taxa do câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento. Dessa forma, a alta elevada da moeda jamais se constituiria em um fato imprevisível. Observem-se os termos:

Art. 42 – Nas concorrências de âmbito internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

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

72. O consulente menciona que a Embratur vem enfrentando dificuldades com os procedimentos de execução no exterior dos contratos por ela firmados. Em virtude da negativa de concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, as empresas contratadas estariam alegando impossibilidade de execução dos serviços em determinados mercados internacionais, causando prejuízo a própria Embratur no que concerne ao seu objetivo institucional. Menciona também que a não concessão do reequilíbrio pode fazer com que as empresas façam constar os riscos envolvidos em tais contratações nos preços de suas propostas.

73. A esse respeito, Alexandre Wagner Nester, na obra já citada, assinala que o risco assumido pelos particulares seria de tal ordem que inviabilizaria a formulação de propostas condizentes com os preços correntes de mercado. Toda contratação administrativa abrangeria a *álea extraordinária*. Consequentemente, a busca da Administração pelo preço mais vantajoso restaria frustrada pela provável postura defensiva dos particulares, que formulariam propostas com preços tão elevados quanto necessários para evitar, além dos riscos normais às atividades empresariais e ao mercado (*álea ordinária*), os riscos extraordinários e imprevisíveis. Em suma, haveria um acréscimo automático e indesejado nos custos de transação.

74. A par de todos esses aspectos, é possível responder à pergunta central do presente processo no sentido de que, em termos gerais, a variação da taxa cambial (para mais ou para menos) não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma revisão nos contratos, ela deve:

- a) constituir-se em um fato imprevisível, ou seja, não possível de previsão pelo gestor médio quando da vinculação contratual (teoria da imprevisão);
- b) ocorrer de forma súbita, de forma a ocasionar um rompimento abrupto na equação econômico-financeira. A variação cambial havida deve fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante (Acórdãos 3.282/2011 e 2.387/2010, ambos do Plenário); e
- c) acarretar um considerável desequilíbrio no contrato. Nesse sentido, cabe ressaltar que não basta que o contrato se torne oneroso, a elevação nos custos deve retardar ou impedir a execução do ajustado, como prevê art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993.

75. Em todos os casos, o reequilíbrio deve estar lastreado em documentação que analise o seu custo global (Acórdão 1.466/2013-TCU-Plenário – Relatora: Ministra Ana Arraes). Entretanto, no caso de contratos que tenham por objeto principal a prestação de serviços, firmados em real e executados no exterior, a variação cambial imprevisível, súbita e significativa poderá ser suficiente para fundamentar a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, em relação, apenas, aos insumos humanos e materiais adquiridos na localidade de prestação dos serviços, constituindo um fato imprevisível, desde que frustre a execução contratual, o que deve ser devidamente demonstrado pelo contratado. É importante ressaltar que o reequilíbrio não deve incidir sobre índices da planilha de custos (a exemplo da taxa de administração) que incidam sobre os serviços executados e bens fornecidos no exterior.

76. Alternativamente, para que a Administração evite este tipo de problema, deverá proceder a uma licitação internacional com a celebração do contrato em moeda estrangeira, nos termos previstos no do art. 42, §2º, da Lei 8.666/1993.

77. Como informado no início desta instrução, a Consulta encontra-se instruída com base em pareceres jurídicos. No Parecer 8/2016/GABINETE/PF/EMBRATUR/PGF/AGU, a Advocacia Geral da União questiona supletivamente o seguinte (peça 1, p. 33-34):

- a) a Administração já tendo realizado o reequilíbrio com a aplicação do reajuste previsto contratualmente poderia, ainda, presentes os requisitos da teoria da imprevisão, realizar a recomposição?
- b) caso positivo, como poderia ser aferido o desequilíbrio da equação econômico-financeira na conjugação dessas duas formas de reequilíbrio?
- c) considerando a natureza da Embratur, de não atuar em ambiente competitivo, como poderia o gestor aferir, com a desejável prudência e segurança, a aplicação da teoria da imprevisão?

78. Com relação ao primeiro questionamento, pode-se responder que o reajuste e o reequilíbrio possuem fundamentos distintos. Como visto nesta instrução, o reajuste visa remediar os

efeitos da inflação, já o reequilíbrio econômico-financeiro tem como fim manter equilibrada a relação jurídica entre o particular e a Administração Pública quando houver desequilíbrio advindo de fato inesperado ou esperado com consequências imprevisíveis. Assim, ainda que a Administração tenha aplicado o reajuste previsto no contrato, justifica-se a aplicação do reequilíbrio sempre que se verificar a presença de seus pressupostos, mesmo após a concessão do reajuste, inexistindo limitação temporal.

79. Os critérios para reajuste encontram-se no contrato, portanto não se confundem com os fatos ensejadores do reequilíbrio. O reequilíbrio contratual decorrente da revisão deverá recompor o equilíbrio econômico-financeiro apenas aos fatos a ela relacionados. Caso o reajuste seja aplicado após ter sido concedida a revisão, a Administração deverá ter o cuidado de avaliar a necessidade, ou não, da aplicação dos índices inicialmente avençados, em virtude da possibilidade de a revisão já ter procedido, indiretamente, ao reajuste de determinados insumos. Ou seja, será preciso expurgar do reajuste a ser concedido o impacto causado pelos fatores que motivaram a concessão da revisão, para evitar a dupla concessão com o mesmo fundamento, o que causaria o desequilíbrio para a contratante.

80. Relativamente à última questão, caberia ao gestor, agindo com a desejável prudência e segurança, aplicar o reequilíbrio fazendo constar, dos autos do processo, análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a teoria da imprevisão, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a incidência da elevação da moeda estrangeira, de forma que reste comprovado que as alterações nos custos estejam acarretando o retardamento ou a inexecução do ajustado na avença.

CONCLUSÃO

81. O presente processo pode ser conhecido como Consulta, uma vez que formulada por autoridade que possui legitimidade para tanto, acerca da aplicabilidade, em tese, de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência deste Tribunal, de modo que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264 do Regimento Interno.

82. As questões suscitadas pairam, em suma, sobre a aplicação, em tese, do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, ante a possibilidade de se recompor o equilíbrio financeiro de contratos administrativos em razão de variações cambiais.

83. Em vista das questões que foram tratadas, conclui-se que:

a) a variação da taxa cambial (**para mais ou para menos**) não pode ser considerada suficiente para, **isoladamente**, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma revisão nos contratos, ela deve ser imprevisível (não ser possível de previsão pelo gestor médio quando da vinculação contratual), súbita (fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante) e, o mais importante, acarretar um considerável aumento nos custos do contratado a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993;

b) especificamente nos casos de contratos que tenham por objeto principal a prestação de serviços, firmados em real e executados no exterior, a variação cambial inesperada, súbita e significativa poderá ser suficiente para fundamentar a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, **em relação apenas aos insumos humanos e materiais adquiridos na localidade de prestação dos serviços**, constituindo um fato imprevisível, desde que possa retardar ou impedir a execução do contrato. O reequilíbrio não deve incidir sobre índices da planilha de custos da contratada (a exemplo da taxa de administração) que incidam sobre os insumos executados no exterior. Alternativamente, caberia à Administração, de forma a se evitar a ocorrência desse problema, promover licitação internacional com a celebração do contrato em moeda estrangeira, nos termos do art. 42, §2º, da Lei 8.666/1993;

- c) o reajuste e o reequilíbrio econômico-financeiro possuem fundamentos distintos. O reajuste, previsto no art. 40, XI, e 55, III, da Lei 8.666/1993, visa remediar os efeitos da inflação. O reequilíbrio econômico-financeiro, previsto no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, tem como fim manter equilibrada a relação jurídica entre o particular e a Administração Pública quando houver desequilíbrio advindo de fato inesperado ou esperado com consequências imprevisíveis. Assim, ainda que a Administração tenha aplicado o reajuste previsto no contrato, justifica-se a aplicação do reequilíbrio sempre que se verificar a presença de seus pressupostos, inexistindo limitação temporal;
- d) o reequilíbrio contratual decorrente da revisão deve levar em conta os fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, que não se confundem com os critérios de reajuste previstos contratualmente, portanto a revisão, concedida após o reajuste, deverá recompor o equilíbrio econômico-financeiro apenas aos fatos a ela relacionados. Caso o reajuste seja aplicado após ter sido concedida a revisão, a Administração deverá ter o cuidado de avaliar a necessidade, ou não, da aplicação dos índices inicialmente avençados em virtude da possibilidade de a revisão já ter procedido ao reajuste de determinados insumos, ou seja, será preciso expurgar do reajuste a ser concedido o impacto causado pelos fatores que motivaram a concessão da revisão, para evitar a dupla concessão com o mesmo fundamento, o que causaria o desequilíbrio em prejuízo da contratante; e
- e) cabe ao gestor, agindo com a desejável prudência e segurança, aplicar o reequilíbrio fazendo constar, dos autos do processo, análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a teoria da imprevisão, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a incidência da elevação da moeda estrangeira, de forma que reste comprovado que as alterações nos custos estejam acarretando o retardamento ou a inexecução do ajustado na avença.

OUTRAS INFORMAÇÕES

84. Em 7/2/2017, a empresa Bydisplay Projetos e Estandes Ltda. deu entrada neste Tribunal com pedido de vista do presente processo (peça 3). A empresa afirma que é parte no Contrato 12/2014, firmado com a Embratur, o qual tem como objeto “*a prestação de serviços de montagem e manutenção, sob demanda, de estandes para feiras, congressos e eventos, além do fornecimento de mobiliário específico, de acordo com as especificações da autarquia.*”
85. A empresa afirma, também, que solicitou o reequilíbrio econômico-financeiro desse contrato em razão da alta variação do dólar e que deseja verificar se as informações apresentadas pelo Ministério do Turismo correspondem à realidade do contrato, razão pela qual solicita a vista dos autos. Desta afirmação, denota-se, também, um pedido para ingresso nos autos como terceiro interessado.
86. De acordo com o art. 144, §2º, do Regimento Interno do TCU, interessado “é aquele que, em qualquer etapa do processo, tenha reconhecida, pelo relator ou pelo Tribunal, razão legítima para intervir no processo”.
87. O art. 2º, §2º, da Resolução - TCU 36/1995 (com a redação alterada pelo art. 1º da Resolução - TCU 213/2008), esclarece que um dos motivos legítimos para intervir no processo é a possibilidade de ter direito subjetivo próprio prejudicado pela decisão a ser exarada pelo Tribunal.
88. O TCU responde a consultas feitas sobre dúvidas na aplicação de leis e regulamentos de assuntos ligados às competências que possui. Assim, por ser “em tese”, a consulta formulada **não** pode tratar de caso concreto e fato específico (art. 264, RITCU). Como a empresa deseja obter vista para interpor elementos relativos ao seu caso, propõe-se que seu pedido seja indeferido, assim como seu ingresso nos autos como parte interessada.
89. De qualquer maneira, em obediência aos princípios da transparência e da racionalidade

processual e diante do interesse da empresa em acompanhar o deslinde da questão tratada nos presentes autos, propõe-se que lhe seja enviado cópia do Relatório, Voto e Acórdão que vierem a ser prolatados.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

90. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente Consulta, uma vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264 do Regimento Interno do TCU;

b) com base no art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, responder ao consulente que:

b.1) a variação da taxa cambial (**para mais ou para menos**) não pode ser considerada suficiente para, **isoladamente**, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma revisão nos contratos, ela deve ser imprevisível (não ser possível de previsão pelo gestor médio quando da vinculação contratual), súbita (fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante) e, o mais importante, acarretar um considerável desequilíbrio no contrato a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993;

b.2) especificamente nos casos de contratos que tenham por objeto principal a prestação de serviços, firmados em real e executados no exterior, a variação cambial inesperada, súbita e significativa poderá ser suficiente para fundamentar a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, em relação apenas aos insumos humanos e materiais adquiridos na localidade de prestação dos serviços, constituindo um fato imprevisível, desde que possa retardar ou impedir a execução do contrato. O reequilíbrio não deve incidir sobre índices da planilha de custos da contratada (a exemplo da taxa de administração) que incidam sobre os insumos executados no exterior. Alternativamente, caberia à Administração, de forma a evitar a ocorrência desse problema, promover licitação internacional com a celebração do contrato em moeda estrangeira, nos termos do art. 42, §2º, da Lei 8.666/1993;

b.3) o reajuste e o reequilíbrio econômico-financeiro possuem fundamentos distintos. O reajuste, previsto no art. 40, XI, e 55, III, da Lei 8.666/1993, visa remediar os efeitos da inflação. O reequilíbrio econômico-financeiro, previsto no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, tem como fim manter equilibrada a relação jurídica entre o particular e a Administração Pública quando houver desequilíbrio advindo de fato inesperado ou esperado com consequências imprevisíveis. Assim, ainda que a Administração tenha aplicado o reajuste previsto no contrato, justifica-se a aplicação do reequilíbrio sempre que se verificar a presença de seus pressupostos, inexistindo limitação temporal;

b.4) o reequilíbrio contratual decorrente da revisão deve levar em conta os fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, que não se confundem com os critérios de reajuste previstos contratualmente, portanto a revisão, concedida após o reajuste, deverá recompor o equilíbrio econômico-financeiro apenas aos fatos a elas relacionados. Caso o reajuste seja aplicado após ter sido concedida a revisão, a Administração deverá ter o cuidado de avaliar a necessidade, ou não, da aplicação dos índices inicialmente avençados em virtude da possibilidade de a revisão já ter procedido ao reajuste de determinados insumos, ou seja, será preciso expurgar do reajuste a ser concedido o impacto causado pelos fatores que motivaram a concessão da revisão, para evitar a dupla concessão com o mesmo fundamento, o que causaria o desequilíbrio em prejuízo da contratante;

b.5) cabe ao gestor, agindo com a desejável prudência e segurança, aplicar o reequilíbrio fazendo constar, dos autos do processo, análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a teoria da imprevisão, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a

incidência da elevação ou diminuição da moeda estrangeira, de forma que reste comprovado que as alterações nos custos estejam acarretando o retardamento (ou a inexecução) do ajustado na avença ou o enriquecimento ilícito da contratada, respectivamente;

- c) indeferir o pedido da empresa Bydisplay Projetos e Estandes Ltda de ser considerada como parte interessada;
- d) encaminhar cópia do Relatório, Voto e Acórdão que vierem a ser prolatados à autoridade consulente, ao Instituto Brasileiro de Turismo (Embratur) e à empresa Bydisplay Projetos e Estandes Ltda.;
- e) arquivar os presentes autos nos termos do art. 169, inciso II, do Regimento Interno/TCU.

Selog, 1ª Diretoria, 12/04/2017.

(Assinado eletronicamente)
Márcio Américo Leite Brito
AUFC – Mat. 5065-2