



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA LEOPOLDINA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RECOMENDAÇÃO UCCI n° 003/2019	
Destinatário	Presidência da Câmara de Vereadores
Assunto:	Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos em que a Administração é Locatária.

Expedimos a presente Recomendação tendo em vista o cunho orientativo e preventivo da Unidade de Controle Interno e a previsão de atualização monetária no contrato em que a Câmara Municipal de Santa Leopoldina é locadora.

Assim como o particular, a Administração Pública também realiza atos bilaterais, como os contratos, visto que não é, em todos os aspectos, onipotente. Além disso, muitas vezes é mais viável para a Administração contratar com o particular a ter, ela própria, que suprir suas necessidades.

Por isso a preocupação de distinguir os contratos regidos pelo direito privado, dos contratos comuns, visto que as prerrogativas concedidas à Administração Pública, pelo regime jurídico de direito público, chocam-se com os princípios norteadores do direito privado, vez que aquele, em regra, leva a uma relação verticalizada, enquanto estes tratam as partes de forma horizontal, igualitária.

É diante dessa dicotomia que recai a presente Recomendação nos casos de se equilibrar a equação econômica-financeira nos contratos em que a Administração Pública figura como locatária, uma vez que esta, em algumas situações, necessita locar bens de particulares para poder melhor oferecer serviços à coletividade.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA LEOPOLDINA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

É clássica a diferença trazida pela maioria dos doutrinadores entre contratos da Administração e contratos administrativos, diante da possibilidade do Poder Público também celebrar contratos privados sem a verticalidade trazida por esses últimos.

Essa discussão se funda na anfibiologia presente na conceituação trazida pelo parágrafo único, do art. 2º, da Lei de Licitações e Contratos, por definir de maneira subjetiva e insuficiente os contratos celebrados pela Administração (ROCHA, 1995, p. 35).

Diante do que está disposto no inciso XII, do art. 55 do diploma jurídico *sub examine*, quando tratou como cláusula essencial o estabelecimento da “legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos”, entendemos que não quis, o legislador, definir um regime jurídico único para os contratos celebrados pela Administração Pública. Se assim fosse não teria qualquer função a cláusula exigida pela lei em estudo.

Isso se dá porque nem sempre será interessante à Administração Pública comparecer em uma relação contratual com seu poder de império, sendo mais conveniente e oportuno, sujeitar-se ao regime jurídico de direito privado. Outras vezes, será a própria natureza do contrato que levará ao administrador estabelecer o direito privado como legislação aplicável a sua execução, como já previa o legislador quando tratou desse tipo de contrato no inciso I, do §3º, do art. 62 da Lei nº 8.666/93 (ROCHA, 1995, p. 35, p. 159).

O art. 62, §3º, I, da Lei nº 8.666/93, determina que serão aplicados aos contratos de seguro, de financiamento, de locação (em que o Poder Público figure como locatário), e a outros tipos de contratos onde o conteúdo é regido, predominantemente, pelo direito privado, os art. 55 e 58 a 61 e demais normas gerais, no que couber. Deixa aqui de submeter ao art. 56 que se refere às garantias contratuais e ao art. 57, que trata da duração dos ajustes, como se, sobre esses assuntos, deveria ser observado o que dispõe o direito privado (BORGES, 1995, p. 75).



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA LEOPOLDINA ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Nem sempre a Administração Pública disporá de uma quantidade de bens suficientes para utilizar na satisfação do interesse público tendo que locar imóveis de particulares a fim de suprir esta necessidade.

Contudo, são diversas as dificuldades apresentadas para que ocorra essa relação jurídica: encontrar prédios em condições verdadeiramente adequadas que possibilitem uma escolha, a falta de renda sofrida por algumas Administrações (principalmente as municipais), o medo do particular em contratar com o Poder Público com receio de inadimplência ou por qualquer pretexto de convicção íntima de que sempre terá prejuízos em uma lide contra o Estado (BORGES, 1995, p. 77s). Dessa forma, torna-se penoso para a Administração encontrar prédios condizentes com o serviço público que se quer prestar e, concomitantemente, encontrar quem queira contratar com a Administração.

Outra dificuldade é quanto ao regime jurídico que irá reger esses contratos. Entendemos que esses contratos dar-se-ão, predominantemente, sob o regime jurídico privado, no entanto, aplicando-lhes as normas gerais de Direito Financeiro, previstas no art. 55 da Lei nº 8.666/93, bem como, as prerrogativas indisponíveis do Poder Público atinentes à proteção do interesse público específico.

Destarte não haverá uma necessidade absoluta de ser aplicado o regime jurídico público nessa relação, visto que, em princípio, não haverá interesse público a ser resguardado. Todavia, presente o fim público, é incontestável a obrigação de serem estabelecidas, de maneira razoável, cláusulas que protejam os poderes-deveres indisponível da Administração.

É nesse sentido que Marcos Juruena Villela Souto e Ana Beatriz Rutowitsch Bicalho (1995, p. 320) lembram que a Administração Pública quando locatária deverá ter conhecimento de que está submetida ao princípio da indisponibilidade, submetendo-se a certas determinações da Lei nº 8.666/93.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA LEOPOLDINA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Nesse sentido, os contratos de locação nos quais a Administração figure como locatária têm que procurar o equilíbrio entre os dois regimes, para que a aplicação demasiada de um ou de outro não venha a prejudicar os interesses dos contratantes. Ou seja, não se coloca obstáculos para que o particular queira contratar com a Administração Pública, nem tão pouco, o Poder Público deixa de estabelecer cláusulas que são imperativas a qualquer contrato celebrado por este.

É árdua esta tarefa, vez que as regras específicas de locação chocam-se com as prerrogativas da Administração Pública, trazendo ao particular inseguranças quanto a este tipo de contratação.

Diante desse fato, uma licitação (que em regra deverá ser realizada) para amoldar estas contratações ao regime de direito público, com a incidência de cláusulas como a da modificação e rescisão unilateral conforme o interesse público, poderia inviabilizar a contratação por dois motivos: ou por que haveria um aumento exorbitante dos preços dos aluguéis em virtude de um temor de inadimplência; ou por que não haveria concorrência por existir apenas um imóvel que se adequasse às necessidades da Administração. Nesse caso talvez sendo vantagem dispensar a licitação com subsídio normativo do inciso X, do art. 24, através do procedimento previsto nos incisos II e III do art. 26, ambos da Lei nº 8.666/93 (BORGES, 1995, p. 78; ROCHA, 1995, p. 140s).

Concernente ao inciso X, do art. 24, da Lei 8.666/93, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2000, p. 388), esclarece que “trata-se, em verdade, de hipótese de inexigibilidade de licitação, visto que, uma vez existindo apenas um imóvel que satisfaça ao interesse da Administração, estará caracterizada a inviabilidade jurídica de competição”.

Fica clara a inexigibilidade de licitação nesses casos, haja vista não haver como viabilizar uma competição onde apenas um imóvel com características específicas serve ao Poder Público.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA LEOPOLDINA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Entretanto, havendo viabilidade de competição e não estando presentes as hipóteses do art. 24 do Diploma em análise, a licitação deverá ser realizada, a fim de que não sejam violados os princípios da competitividade e da isonomia.

Alice Gonzales Borges (1995, p. 78), lembra que para a Administração Pública utilizar-se da possibilidade de não realizar a licitação, trazida pelo artigo supracitado, é imprescindível que se observe dois pressupostos: a justificação e comprovação objetiva de que o prédio, realmente, condiz com a necessidade de instalação e localização das atividades aspiradas pela Administração Pública; e que haja uma avaliação prévia no mercado quanto ao preço do aluguel para que esse não se encontre superfaturado.

Esses pressupostos são de suma importância para que não seja tão desvantajoso para Administração Pública, vez que não poderá utilizar amplamente das prerrogativas que lhe são conferidas pelo poder público, haja vista está submetida ao regime privado pelas consequências já expostas (ROCHA 1995, p. 142).

Assim, nos contratos de locação que faz parte a Administração Pública, esta se utiliza da via privada para sua celebração, porém sem ignorar as limitações trazidas pelo regime jurídico público.

A princípio as cláusulas dos contratos de locação em que o Poder Público figura como locatário, serão regidas pela Lei nº 8.245/91 (norma de direito privado), o que é possível conforme o art. 54 da Lei nº 8.666/93, ressaltando a sua compatibilização com as peculiaridades que exige este inquilino especial, uma vez que a Administração Pública não poderá abdicar de certas prerrogativas e sujeições que lhe confere o direito público.

Como notório, o equilíbrio econômico-financeiro deve sempre ser assegurado nas relações decorrentes dos contratos públicos.

Quando o licitante formula a sua proposta com base nos futuros encargos que será obrigado a assumir com a execução do contrato, se estabelece uma equivalência do ônus (obrigações a serem satisfeitas) e bônus (a justa remuneração pelos encargos a serem executados). E o que se convencionou denominar de equilíbrio ou equação econômico-financeira do contrato.

A matéria tem sede constitucional. Confira-se o teor do art. 37, XXI, da CF:



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA LEOPOLDINA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Art. 37-

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.

A proposta deve ser mantida em seu valor real durante toda a execução do contrato administrativo, não podendo as cláusulas afetas a economia do ajuste serem alteradas sem a concordância do contratado, a teor do disposto no art. 58, § 1º, da Lei n.º 8.666/9.

Sucedem com o decorrer do tempo este valor real da proposta é naturalmente modificado, fazendo-se necessário o manuseio de instrumentos que se destinam a preservar aquela relação de equivalência traduzida na noção de equilíbrio econômico-financeiro; daí as figuras jurídicas da revisão, do reajuste, da atualização monetária e da repactuação, que apesar de não se confundirem nos seus pressupostos e fundamentos tem o mesmo objetivo: preservar o valor real das propostas ofertadas em momento pretérito.

É preciso, então, delimitar o alcance de aplicabilidade destes quatro instrumentos.

O reajuste tem por objetivo recompor o valor proposto pelo licitante em função do regime inflacionário da economia. Faz-se, portanto, uma indexação dos preços, com a prévia definição no edital e no contrato do índice a ser utilizado (como regra setorial para avaliar a variação dos custos naquele específico segmento do mercado). É, pois, um instituto destinado a preservar o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, "mantendo as condições efetivas da proposta", nos termos do art. 37, XXI, da CF.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA LEOPOLDINA ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

A revisão implica na ocorrência de um fato extraordinário e superveniente que desequilibra excessivamente a relação de equivalência entre os encargos do contratado e a remuneração, impondo o restabelecimento da equação econômica posta no início da relação contratual. Independe, pois, de previsão expressa no edital e no contrato, podendo ocorrer a qualquer momento. Não é qualquer alteração que ocasiona a revisão das bases inicialmente ajustadas, mas tão-somente aqueles fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis que onerem excessivamente uma das partes, situando-se na álea econômica extraordinária e extracontratual, conforme disciplina o art. 65, d, da Lei nº 8.666/93. Assim, enquanto a revisão busca recompor a equação financeira do contrato, o reajuste tem por finalidade manter esta relação econômica nos mesmos parâmetros inicialmente ajustados.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹ ensina, com propriedade, que o reajuste atinge apenas o preço, com a finalidade de reequilibrá-lo. Já a revisão pode incidir sobre quaisquer cláusulas contratuais, como as que ajustem objeto, prazo e outras condições.

A atualização monetária, assim como o reajuste, também visa manter o valor nominal do contrato, compensando-se genericamente os efeitos da inflação; daí a utilização de índices gerais e não setoriais. Incide a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento, a teor do disposto no art. 40, XIV, c, da Lei n.º 8.666/93.

MARÇAL JUSTEN FILHO² estabelece a distinção entre reajuste e atualização monetária, esclarecendo a razão pela qual utilizam-se, respectivamente, índices setoriais e gerais. Confira-se o entendimento:

A diferenciação entre reajuste de preços e atualização financeira retratava a complexidade do fenômeno inflacionário, ou seja, não existia uma única inflação no Brasil. A desvalorização monetária produzia perdas variáveis e distintas nos diferentes segmentos da atividade econômica. A atividade de produção de um bem não podia ser tratada uniformemente com a situação do credor por valor monetário. Para executar

¹ Curso de Direito Administrativo. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. [71. 3 Reajuste de Preços e Garantias Constitucionais. Informativo de Licitações e Contratos n. 0 61 março de 1999, p. 170.

² Reajuste de Preços e Garantias Constitucionais. Informativo de Licitações e Contratos nº 61, março de 1999. p. 170.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA LEOPOLDINA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

um certo bem ou prestar um serviço determinado, o sujeito estaria sujeito a variação de custos das mais distintas. Portanto, admitiasse que o reajuste fosse produzido através de índices setoriais ou, mesmo, índices especiais produzidos pela conjugação de índices distintos. Mas, executada a prestação, as variações setoriais tornavam-se irrelevantes. O particular passava à condição de credor por prestação em dinheiro. Portanto, a atualização financeira seria calculada apenas em função dos índices gerais de inflação.

A repactuação, por sua vez, assim como no reajuste, visa a recompor as perdas inflacionárias que ocorrem no período de 12 (doze) meses. A diferença é que enquanto no reajuste adota-se um índice setorial, na repactuação deverá ser apresentada pelo contratado demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada. Caberá, então, à Administração contratante examinar se a variação dos custos apresentada está de acordo com o mercado, procedendo-se, então, a repactuação dos valores inicialmente ajustados.

Tem-se que, comumente, o instrumento utilizado nos contratos de locação é a atualização monetária, com a aplicação de índices gerais.

A estabilização monetária permitiu a introdução de regra que autoriza a concessão da atualização monetária mais usada após o período de doze meses; afinal, no cenário de estabilidade, a corrosão inflacionária que incide sobre a moeda não justifica mais a adequação dos preços a cada mês de execução contratual.

Atualmente, a matéria é tratada na Lei n.º 10.192, de 14.02.2001, com a sistemática adotada de proteger a proposta apresentada pelo licitante. Confira-se, sobre o tema, os artigos do referido diploma legal pertinentes para tal análise:

Art. 2º - É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou do



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA LEOPOLDINA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º - É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

Art. 3º - Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei n. 0 & 666, de 21.06.1993.

§ 1º - A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro encontra-se garantido e preservado, na medida em que o prazo inicial para o reajuste conta a partir da data da apresentação da proposta e não da assinatura do contrato, Neste sentido, a legislação citada encontra-se em estrita consonância com o comando constitucional - que determina sejam mantidas as condições efetivas da proposta - e com o próprio art. 40, XI, da Lei n.0 8,666/9, verbis:

XI — critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo da produção, admitida a adoção e índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para a apresentação da proposta ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela.

Destarte, a manutenção da equação econômico-financeira do contrato administrativo é uma garantia do particular contratado, da qual não pode a Administração Pública se eximir, limitando-a ou impedindo a sua proteção. Deve ela ser aplicada para manter o negócio jurídico sob a proporcionalidade que inicialmente havia se estabelecido de acordo com a proposta apresentada.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA LEOPOLDINA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Se não fosse assim, as relações contratuais dos particulares com o Poder Público se tornariam um caos em face de tantas prerrogativas que este possui.

Portanto, a equação econômico-financeira é uma garantia do particular existente em contraposição às inúmeras prerrogativas de que a Administração Pública é titular, com o objetivo de assegurar um mínimo de segurança e estabilidade na relação jurídica.

O Poder Público tem o dever, portanto, de manter a relação de proporcionalidade para obter um serviço/produto eficiente e para garantir a justa remuneração do contratado.

Assim, RESOLVE RECOMENDAR, com base na Instrução Normativa SCI nº 002/2013, de 11/10/2013, em seu Item V – Responsabilidades, subitem 2, I c/c com a Lei Municipal n.º 1445/13, de 27/08/2013, em seu art.5º, XIX:

Ao ser assegurado o equilíbrio econômico-financeiro, que seja OBSERVADA A APLICAÇÃO DO ÍNDICE PREVISTO EM CONTRATO/EDITAL, para os casos de atualização monetária nos contratos de locação em que a Câmara de Vereadores é locatária.

Santa Leopoldina/ES, 16 de Dezembro de 2019.

YARA DEPIANTI GOBBO

Auditor-Chefe da Unidade Central de Controle Interno