ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
Procuradoria Federal – IFPI
Av. Jânio Quadros, 330– Bairro Santa Isabel
CEP 64.053-390 – Teresina / PI
Tel.: (86) 3131-1430

NOTA REFERENCIAL Nº 03 /2022/PROJUR/IFPI/PGF/AGU

Processo: 23179.000509/2022-30
Interessado: Campus Parnaíba
Assunto: Dúvida jurídica – reajuste da taxa de concessão - renegociação - alta do IGP-M - repercussões da pandemia da COVID nos contratos administrativos

Magnífico Reitor,

1. Chegam a este órgão de consultoria e assessoramento jurídicos, os autos do processo, acima epigrafado, que dão conta da dúvida suscitada pelo Campus Parnaíba, no que tange à possibilidade de renegociação do valor da taxa de concessão do espaço para lanchonete, em vista da alta extraordinária do índice que reajusta o contrato, o IGP-M.

2. A contratação foi daquelas onde a suspensão das atividades se fez necessária, em vista da paralisação das atividades nos Campi do IFPI, decorrentes do estado de calamidade por conta da pandemia de COVID-19.

3. Quanto à contagem dos prazos de vigência e suas respectivas prorrogações, o Campus referiu, corretamente, a Nota Referencial nº 01/2022, já expedida por este setor jurídico, no bojo da qual ficou asseverado que, havendo limitação temporal anual da vigência, com aplicabilidade do disposto no inciso II, do art.57, da Lei nº 8.666/93, os contratos estariam, de fato, adstritos aos 60 meses, prazo máximo das contratações de serviços continuados. Ao passo que, optando a administração por prazos de vigência superiores, as vigências poderiam prolongar-se no tempo, ultrapassando, desta feita, o prazo legal acima referido.

4. No caso dos autos, as prorrogações ocorreram normalmente, estando próxima a nova data, a qual já veio contemplada na minuta de Termo Aditivo juntada aos autos.

5. Assim, a dúvida a ser dirimida gira em torno, unicamente, das questões referentes aos reajustes da taxa de ocupação (concessão), a qual, a partir da aplicação do índice previsto em contrato, impactou sobremaneira nos custos da contratação, como se pode notar da análise das tabelas apresentadas no Relatório da equipe de gestão e fiscalização.

6. Pois bem. A matéria não é de difícil deslinde, no entanto, exigirá uma análise mais abrangente das repercussões/impactos das medidas sanitárias impostas após a decretação do estado de calamidade decorrente da pandemia de COVID-19.

7. Primeiramente, registra-se que a presente Nota haverá de ser adotada no âmbito do IFPI, como referência para casos idênticos, nos termos da autorização expressa na Orientação Normativa nº 55/2014, diante do fato de que a atividade consultiva, ora exercida, está adstrita à conferência dos termos aditivos das prorrogações e reajustes e da sua conformidade com o que aqui ficar asseverado, bem como pelo fato de que, certamente, a questão será replicada nos diversos campi do IFPI, dada a existência de várias concessões de espaços para instalação de lanchonetes e máquinas de reprografia, o que gerará maior agilidade e eficiência na tomada de decisão por parte dos gestores.

8. Doutrinariamente, o que se tem é que, os contratos administrativos, precedidos que são de um procedimento interno, ao qual se convencionou chamar LICITAÇÃO, já inauguram sua existência no mundo jurídico tendo expressamente delimitadas as regras que imporão às partes seus direitos e suas obrigações. Ademais, a presença em um dos pólos da relação, de uma entidade integrante do Poder Público, faz arrefecer os rigores da teoria geral dos contratos, mormente quanto à impossibilidade de alteração unilateral da avença, para permitir, por seu turno, a inclusão das chamadas CLÁUSULAS EXORBITANTES.

9. Em relação aos custos, também é sabido que vem estipulados em diversos documentos prévios à contratação, mormente nos documentos de formalização da demanda, estudos técnicos preliminares, projeto básico/termo de referência, sendo, ainda, obrigatória a realização da competente e abalizada pesquisa de preços, que indicará a real situação do mercado e por quanto a administração poderá adquirir tal bem ou realizar tal serviço.

10. Ainda que seja certo que os contratos administrativos não possam destoar em tudo dos regramentos gerais que norteiam as relações contratuais travadas no âmbito privado, como dito alhures, a presença de cláusulas extraordinárias, como a que permite a alteração unilateral do ajuste pelo ente público, imprime às contratações públicas um caráter todo especial.

11. Já no que concerne à estipulação dos termos da equação econômico-financeira do ajuste, tem-se que a mantença do seu equilíbrio é garantia constitucional, não podendo a Administração dispor, ao seu bel prazer, daquilo que ficou patenteado em licitação, como justa remuneração do contratado, nem tampouco este poderá exigir contrapartida remuneratória que extrapole as balizas determinadas no instante da aceitação da proposta em licitação.

12. Por outro lado, no caso dos autos, mesmo se tratando de concessão de espaço público, no bojo da qual a Administração, ao invés de despender recursos, angaria verbas, não se pode imaginar possa o Poder Público enriquecer-se ilicitamente, remunerando-se para além do que seria justo e razoável, mesmo se se tem em conta a aplicação automática de índice previsto em contrato, o qual, por conta de situações esdrúxulas, não atribuíveis às partes, deixou de corresponder ao que se entende por justa remuneração, neste caso em favor da administração concedente.

13. Neste sentido, é que, no seu art.65, II, “d”, a Lei nº 8.666/93, para as contratações públicas rotineiras da administração, prevê a possibilidade de reequilíbrio da equação econômico-financeira, em favor do contratado, diante de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequência incalculáveis, os quais repercutiram negativamente nos custos da contratação.

14. No âmbito privado, medida semelhante é autorizada, sendo de se transcrever os arts. 421, 478 e 479, todos do Código Civil Brasileiro:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

(...)
Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.
Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. (Destacamos).

15. Trata-se, portanto, da aplicação da Teoria da Imprevisão, comumente aceita pelo ordenamento pátrio, quer nas contratações de natureza eminentemente privadas, quer, também, no âmbito das contratações públicas, a exemplo da disposição inserta no art.65, II, "d", acima.

16. Notório reconhecer que o próprio Governo Federal abrandou a rigidez de algumas normas aplicáveis às contratações públicas, para permitir fossem os insumos utilizados nas ações sanitárias durante a pandemia, adquiridos mediante DISPENSA OU INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Vide as várias ON, IN e Decretos da época.

17. Mesmo aqui se tratando de caso de concessão, que conforme exposto, não traz dispêndio de verba pública, mas ganho para a administração concedente, poder-se-ia aplicar, por analogia, a norma acima referida, entendendo o estado de calamidade decorrente da pandemia de COVID-19 como um evento completamente atípico e imprevisível, capaz de impactar sobremaneira nas atuais relações contratuais do Poder Público, possibilitando tratativas acerca dos critérios de remuneração das partes, como, aliás, já se tem notícia nestes autos.

18. Os Tribunais pátrios, acionados durante o estado de calamidade, decorrente da pandemia de COVID-19, manifestaram-se favoravelmente às revisões contratuais, até mesmo em casos específicos de atualização dos valores das locações, como se lê adiante:

"29ª Câmara de Direito Privado Apelação nº 1123032-21.2020.8.26.0100 24ª Vara Cível Central da Capital de São Paulo Apelante: Sherwin-Willians do brasil Indústria e Comércio Ltda. Apelada: Prologis Brazil Logistics Venture Fundo de investimentos Imobiliário Juíza de 1ª Instância: Tamara Hochgreb Matos Voto n° 33190.
(...)
De fato, a correção monetária tem por escopo atualizar o valor do aluguel estabelecido pelas partes, em razão da inflação, não de elevar o valor muito acima do pretendido por ocasião da contratação, sem que haja pedido de revisão, o que acabaria acontecendo, com a aplicação do índice contratado, que, por razões econômicas, superou em muito o reajuste devido. A distorção, não prevista, determina que se reequilibre o contrato, para que ele permaneça nos termos objetivados pelas partes, quando da contratação, porque, não sendo assim,

haverá quebra objetiva da base do contrato e evidente desequilíbrio contratual. Não se trata, aqui, de saber se a autora obteve lucro, ou se seu setor sobreviveu satisfatoriamente aos efeitos da pandemia, porque, ainda que assim seja, não é a saúde financeira da autora que está em discussão, mas a manutenção do contrato nos termos em que foi firmado, mantendo-se o equilíbrio então pretendido. Não se perquire, também, se o valor de mercado do aluguel é compatível com o aluguel atual, obtido com o índice superiormente elevado, já que não houve pedido revisional e a correção tem como objetivo manter o valor da moeda, não revisar valor de aluguel, o que demanda discussão e apuração específicas. Como o indexador contratado não mais se presta a apurar tão somente a inflação, fim a que se destinava, gerando desequilíbrio, o pedido fica acolhido, para substituir o IGP-M pelo IPCA, mas com efeitos a partir do primeiro reajuste do aluguel posterior ao ajuizamento da demanda, sem retrocesso, portanto, porque, antes, a autora não se interessou em alterar o índice, cuja previsão, como dito, não era ilegal nem nula. Sendo assim, o pedido é parcialmente procedente, para revisar o contrato havido entre as partes, com determinação de aplicação do IPCA como índice de reajuste do aluguel, mas a partir da data base de reajuste seguinte à propositura da ação, não a anterior a ela, como se pretendeu na inicial."

19. O caso tratado nos autos do feito judicial, cujo trecho da decisão se transcreveu alhures, iguala-se, perfeitamente, ao que se tem aqui no IFPI, onde, por fatos alheios às partes, o índice que se convencionou para atualização das taxas de concessão de espaços tornou-se, reconhecidamente, inviável, diante da alta abrupta no período.

20. Razoável, portanto, que as partes acordem uma saída legal e justa para o impasse, sem comprometimento de nenhum interesse público, mas também sem impor uma sofrível condição ao contratado, caso pretenda continuar prestando os serviços decorrentes da concessão, o que, aliás é preferível, até por questões de economicidade com a abertura de novo certame.

21. Não é demais lembrar, que, a Teoria Geral dos Contratos é aplicável, ainda que subsidiariamente, às contratações públicas, sendo que, muitas das suas regras e princípios servem de base para a solução de conflitos surgidos na esfera pública, sem que isso comprometa a legal e legítima observância das regras gerais insertas na LLC/93.

22. Portanto, à luz do que se acha determinado no Código Civil, como medida excepcional para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da avença, acaso afetada por evento extraordinário e imprevisível, que tornou a execução, para uma das partes, excessivamente onerosa, tem-se os arts. 317, 478, 479 e 480. O fim perseguido é o de a avença continuar a ser vantajosa aos contratantes, notadamente para que se dê efetivo cumprimento à função social dos contratos, também prevista no Código Civil, mormente no seu art. 421, evitando-se, assim, que uma das partes valha-se, desproporcionalmente, dos critérios originalmente propostos de reajuste (art.187, CC), dando azo a um ganho indevido (art.884,CC), conduta essa, inclusive, atentatória ao princípio da boa-fé contratual objetiva, insculpida nos arts. 113, 187, e 422 do CC. Assim sendo, apesar do fato de que nas contratações levadas a efeito pela Administração com particulares sejam estes últimos impedidos de suspender unilateralmente a execução, dada a necessidade de expressa concordância da administração contratante, como decorrência lógica da presença de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, não se

pode deixar de reconhecer que, em certas condições, será preferível examinar se não há a possibilidade de um acerto nas regras contratuais, evitando-se correr o risco, de mesmo lhe sendo proibido, abandone o particular o contrato, deixando os usuários, no caso da presente concessão, sem os serviços de alimentação oferecidos nos diversos Campi do Instituto. Havendo espaço jurídico para a acomodação da situação, logicamente, dentro do escopo normativo e principiológico vigente e determinante para a Administração Pública, nada impediria que as partes cedessem parcela dos seus direitos, em favor de um bem maior, que seria a garantia de alimentação à coletividade que frequenta as várias unidades deste IFPI.

23. Isto Posto, a saída que se enxerga no presente caso seria a de se proceder à uma revisão do índice adotado, para substituir o atualmente previsto em contrato, parecendo ser o IPCA o que mais condiz com a sistemática de atualização neste pós pandemia, segundo os tribunais, já que as concessões, muito embora não sejam tecnicamente idênticas aos aluguéis, a estes se assemelham.

24. De fato, o IGP-M, em virtude da sistemática de obtenção dos seus indicadores, pautados nos custos das *comodities,* altamente impactadas durante a pandemia, inclusive pela alta volatividade cambial, fez disparar este índice, causando distorções graves nos contratos que o utilizavam como indexador, mormente nos de locação. Enquanto o IPCA, criado em 1999 pelo CMN - Conselho Monetário Nacional e medido pelo IBGE, além de refletir mais fidedignamente a evolução do poder de compra das classes atingidas pelo salário mínimo, serve como referência para a política monetária do Banco Central, responsável por definir a meta da taxa Selic.

25. Outra saída seria a isenção da taxa pelo período da suspensão das atividades acadêmicas, no entanto, talvez não fosse a melhor forma de solucionar o impasse, diante da possibilidade da permanência da distorção apontada, fato que reclama a adoção de medida mais perene, já que inviável isentar do pagamento da taxa durante toda a contratação, por razões óbvias.

26. Se bem entendida a proposta da administração, no subitem 1.1.2., da Cláusula Primeira, é a de que o índice seria aplicado pela média percentual, durante os períodos da atualização, o que não entende este órgão jurídico ser o melhor caminho.

27. Assim, duas saídas jurídicas poderiam ser vislumbradas; uma, a de possibilitar a isenção da cobrança da atualização pelos períodos de paralisação das atividades no Campus, outra, a alteração do próprio índice, a partir da constatação da sua inviabilidade técnica.

28. Frise-se, por oportuno, que a alteração das regras contratuais, em especial para a substituição do índice de atualização previsto em contrato, é medida excepcional, somente adotada à vista do surgimento de situações fático-jurídicas relevantes, como a que aqui se relatou, decorrentes da pandemia de COVID-19, a qual se pode entender adequada à consideração de que se trata de fato, além de imprevisível, de consequências incalculáveis.

29. Nada obsta, portanto, uma reanálise dos critérios de reajuste, caso detectada a incompatibilidade técnica do índice atualmente aplicado.

30. Quanto à minuta, na parte que refere a prorrogação de prazo, está aprovada, no entanto, em relação ao reajuste, a redação irá depender da decisão interna adotada, podendo ser no sentido de isentar a empresa do pagamento da atualização durante a paralisação, como dito acima, ou no sentido de excluir o IGP-M, para passar a adotar o IPCA, como índice de atualização da taxa da concessão. Consequentemente, o novo valor também irá depender da opção administrativa.

31. Estas as considerações.

Teresina, 10 de junho de 2022.

Ceilânia Maria Figueirêdo de Sousa Coêlho Alves
Procuradora Federal
Mat. SIAPE 1214023
OAB 2732/96