



PUC • SP
COGEAE
EDUCAÇÃO CONTINUADA
DESDE 1983



GUSTAVO ADOLFO PESCIALLLO

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Monografia de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Contratual

Orientador: Prof. Dr. Pedro Henrique Teruji Jerônimo Minamidani

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Faculdade de Direito

São Paulo

2016

Gustavo Adolfo Pesciallo

RA 00121206

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial da obtenção do título de especialista em Direito Contratual.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Henrique Teruji Jerônimo Minamidani

Coordenação Acadêmica: Prof. Dr. Nelson Nery Júnior

Coordenação Executiva: Prof^a. Dra. Clarissa Ferreira Macedo D'Isep

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Faculdade de Direito

São Paulo

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que devidamente citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

PESCIALLO, Gustavo Adolfo

O Equilíbrio Econômico Financeiro Nos Contratos Administrativos . – São Paulo, 2016.
67p.; 30cm

Monografia de Conclusão de Curso de Especialização, apresentado a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1. Licitação Pública. 2. Contrato Administrativo. 3. Direito Administrativo. 4. Cláusulas Exorbitantes.

Nome: PESCIALLO, Gustavo Adolfo

Registro Acadêmico nº: 00121206

Título: O Equilíbrio Econômico Financeiro Nos Contratos Administrativos

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial da obtenção do título de pós-graduação *lato sensu* no curso de Especialização em Direito Contratual.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Avaliação: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Avaliação: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Avaliação: _____

Assinatura: _____

Ao meu pai (*in memoriam*) e a minha mãe, que dedicaram suas vidas para que a minha vida fosse maravilhosa, e aos meus irmãos por todo apoio e carinho incondicional.

Agradeço ao meu professor e orientador, Pedro Minamidani, que me serve de exemplo e inspiração aos estudos do Direito, e a quem admiro como um grande acadêmico e profissional.

“De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.” - Rui Barbosa.

RESUMO

O equilíbrio econômico-financeiro é o tema da presente trabalho, que consistirá no estudo das teorias que autorizam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, a exemplo da teoria da imprevisão, seus pressupostos de aplicabilidade, o âmbito de proteção da equação contratual, bem como os institutos existentes para assegurar o comentado equilíbrio contratual, como reajuste, repactuação, revisão, atualização financeira. A manutenção do equilíbrio econômico do contrato administrativo, o qual deve ser justo e equilibrado, propicia interesse dos particulares na consecução do interesse público, em atenção aos princípios da equidade, boa-fé, vedação ao enriquecimento sem causa, entre outros, com a promoção do desenvolvimento nacional e o pleno atendimento às aspirações do corpo social.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato administrativo. Equilíbrio econômico-financeiro. Teorias. Institutos. Função social. Função econômica. Desenvolvimento.

ABSTRACT

The “economic-financial balance” is the subject of the present paper, the present study of the theories that authorize the economic-financial balance of contracts, as an example of the theory of the unpredictability, its elements of applicability, the scope of protection of the contractual equation, as well as the existing institutes to assure the commented contractual balance, as readjustment, repact, revision, financial update. The maintenance of the economic balance of the administrative contract, which must be just and balanced, promotes interest of the particular ones in the achievement of the public interest, in attention to the principles of the equity, good-faith, prohibition to the enrichment without cause, among others, with the promotion of the national development and the full attendance to the aspirations of the social body.

KEY WORDS: Administrative Contract. Economic-financial balance. Theories. Institutes. Social Functionp. Economic Function. Development.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DEFINIÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	14
2. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO ..	18
2.1. Conceito de Equilíbrio Econômico Financeiro	18
2.2. Os princípios ligados ao equilíbrio econômico-financeiro.....	20
2.2.1. Princípio da boa-fé	23
2.2.2. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.....	25
2.2.3. Princípio da isonomia	26
2.2.4. Princípio da moralidade.....	27
2.2.5. Princípio da vedação ao enriquecimento sem causa	27
3. FORMAS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO ..	29
3.1. Reajuste Contratual.....	32
3.2. Revisão de preços.....	36
3.3. Prorrogação do prazo contratual	40
3.4. Aporte de recursos públicos	43
3.5. Alteração de encargos contratuais	44
4. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	46
4.1. Causas e teorias permissivas para o reequilíbrio econômico financeiro	47
4.1.1. Alteração unilateral do contrato.....	49
4.1.2. Fato do príncipe	52
4.1.3. Fato da administração.....	53
4.1.4. Teoria da imprevisão.....	56
4.1.5. Sujeições imprevistas.....	58
4.1.6. Caso fortuito e força maior	59
5. CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIA	65

INTRODUÇÃO

A complexidade e a importância dos chamados contratos administrativos são reconhecidas por juristas consagrados no Brasil e Exterior, sendo, por conseguinte, natural que os julgados que versem a seu respeito despertem reflexões e ensejem controvérsias.

Em verdade, desde que a categoria dos contratos administrativos surgiu na linguagem jurídica, ela vem sendo questionada e, até mesmo, rejeitada por uma respeitável parcela dos doutrinadores que se dedicaram a seu estudo.

A concepção de contrato administrativo, como contrato autônomo, surgiu por ocasião da dualidade de jurisdição existente na Europa do século XIX, conforme explica o doutrinador Ramón Parada¹:

"El origen de esta singularidad está en que en Francia, primero, y España, después, por imitación, se sustrajo de la competencia de los tribunales civiles y se atribuyó a la Justicia administrativa la litigiosidad originada por los contratos más frecuentemente celebrados por la administración, es decir, los que tenían por finalidad obras o servicios públicos. A la competencia de la jurisdicción ordinaria se remitieron los que tenían relación con gestión del patrimonio privado de las Administraciones Públicas."

Nesse sentido, eis o entendimento do professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²:

"Inexiste contrato administrativo. Alguns atos administrativos são complementados por contratos sobre a equação econômico-financeira a eles pertencente. Alias, tal se dá tão somente com a concessão de obra ou de serviço público. Os outros pretensos contratos administrativos não passam de contratos de direito privado, com regime especial, porque a lei assim dispôs e os administrados, ao perfazerem o acordo de vontades, aderiram aos seus dispositivos, que se tomaram cláusulas contratuais, ou as próprias partes, no ajuste, aquiesceram em lhe dar regime especial".

¹ PARADA, Ramón. Derecho Administrativo: Parte General. 15ª edição. Marcial Pons, 2004. p. 252. Madrid.

² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 689-690.

Na tocante a proposta do presente trabalho, será analisada, na sequência, as questões que envolvem um conflito do interesse entre o ente público e o privado quando da possibilidade de sua alteração do contrato firmado com a administração pública, após sua assinatura, diante da ocorrência do chamado desequilíbrio econômico financeiro do contrato.

As alterações contratuais quantitativas, que modificam a dimensão do objeto, e as alterações unilaterais qualitativas, que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos no §1º e §2º do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no artigo 58, inciso I, da referida lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei.

Nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionais de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos: (a) não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; (b) não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico- financeira do contratado; (c) decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; (d) não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; (e) demonstrar-se na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados no primeiro item, que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido

pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência.

A justificativa para o reequilíbrio econômico-financeiro atualmente esta em pauta nos pareceres jurídicos à área técnico-administrativa do Tribunal de Contas da União, onde por inúmeras oportunidades houve o entendimento que em casos de recomposição de preços motivada por ocorrência de fato comprovadamente imprevisível ou quando a ocorrência de culpa foi ocasionada exclusivamente pelo ente público, faça constar do processo uma análise fundamentada e criteriosa sobre o ocorrido, a fim de ficar caracterizado como extraordinário e extracontratual quanto à sua ocorrência e/ou quanto aos seus efeitos.

No entanto, ainda temos uma forte crise de aplicação desse novo Direito Administrativo no Brasil, que, nesse espectro, não mais se contenta com a legalidade dos atos administrativos, senão anseia pelo respeito aos direitos fundamentais como matriz constitucional, e pilares das novas políticas públicas sociais.

Sendo assim, o presente estudo objetiva demonstrar os limites legais que a administração pública pode alcançar, sem extrapolar os direitos da pessoa privada, e por sua vez ferir inúmeras diretrizes constitucionais.

1. DEFINIÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

O presente trabalho não tem o objetivo de estudar a natureza jurídica do contrato administrativo, contudo faz-se necessário adentrar no conceito acerca da formação desse instrumento jurídico.

O Contrato administrativo é todo e qualquer ajuste entre a Administração Pública ou órgãos conexos e particulares, em que há um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, este instrumento jurídico é regido pela Lei Federal nº 8.666/1993, norma geral e abstrata, e de competência da União.

Subordinam-se ao regime do contrato administrativo imposto pela Lei nº 8.666/1993, além dos órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 1º, parágrafo único da referida lei).

Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

O contrato administrativo tem as seguintes características: formal, oneroso, comutativo e *intuitu personae*. É formal porque deve ser formulado por escrito e nos termos previstos em lei. Oneroso porque há remuneração relativa contraprestação do objeto do contrato. Comutativo porque são as partes do contrato compensadas reciprocamente. *Intuitu personae* consiste na exigência para execução do objeto pelo próprio contratado.

O conceito de contrato administrativo constitui tema com várias controvérsias e ausência de pleno consenso entre doutrinadores brasileiros. Desde o surgimento dessa categoria, os doutrinadores e estudiosos têm-se dedicado a buscar um critério que permita identificar a classe dos contratos administrativos, distinguindo-os dos demais

contratos celebrados pela Administração Pública, com o propósito de se lhe atribuir um regime jurídico específico e compatível com a sua essência.

Com efeito, no Estado Democrático de Direito, a essência da função administrativa consiste na realização, da melhor forma possível, do interesse público, sempre em conformidade com o que dispuserem a lei e a Constituição.

Para se desincumbir dessa missão, a Administração, sempre por meio de seus servidores, deverá executar atos materiais, além de veicular a norma jurídica por meio de atos administrativos. Há situações, no entanto, em que, para a realização do interesse público, a Administração haverá de se valer da atividade contratual. Nesse contexto que se inserem os contratos administrativos.

Os contratos administrativos, portanto, são aqueles firmados pela Administração com vistas à satisfação do interesse público; mais especificamente, consistem numa classe de contratos firmados pela Administração Pública que, em razão da finalidade de interesse público, constituem um vínculo de sujeição especial do contratante privado às prerrogativas de supremacia da Administração Pública.

A consideração do interesse público como critério de classe dos contratos administrativos também é defendida por Hector Jorge Escola³:

"Lo que concurre a perfilar el contrato administrativo, a darle específica caracterización, es la finalidad que con su concertación persigue la administración pública, el objeto del contrato, que no es otro que la satisfacción del interés público (...). El contrato administrativo es, pues, un contrato celebrado por la administración pública con una finalidad de interés público."

Portanto, deve-se exaltar que o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal⁴, por considerar o interesse público como pressuposto essencial do contrato administrativo. Com efeito, afirmar que o interesse público constitui pressuposto essencial do contrato administrativo equivale a considerá-lo como pressuposto de existência dessa classe de contratos. Ou seja, ausente o interesse público, não haveria

³ ESCOLA, Hector Jorge. Compendio de Derecho Administrativo. Vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 615.

⁴ RMS 24.286/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado em 18/02/2014. A notícia do julgamento foi veiculada pelo Informativo nº 736 do Supremo Tribunal Federal.

como verificar a validade do contrato administrativo, pois ele sequer estaria constituído. Segundo o STF *"ao contratar a Administração Pública com particulares conduz ela o interesse público e pode, unilateralmente, modificar cláusula contratual, desde que observados os termos da lei"*. Poder-se-ia imaginar, num primeiro momento, que, na visão do STF, todos os contratos firmados pela Administração pertenceriam à classe dos contratos administrativos. Se assim fosse, toda contratação feita pela Administração Pública envolveria interesse público, cabendo-lhe, portanto, a sua condução. Entrementes, não é essa a conclusão que se deve extrair do julgado em exame.

Da assertiva de que *"ao contratar a Administração Pública com particulares conduz ela o interesse público"* não se deduz a conclusão de que a todo contrato firmado pela Administração Pública com particulares envolva o interesse público. A Administração Pública somente conduzirá o interesse público nas contratações em que ele esteja presente. Portanto, o fato de a Administração Pública firmar contratos pelo regime próprio do Direito Privado⁵, quando não houver interesse público envolvido, não foi, em absoluto, obstado pelo acórdão. Em verdade, esse fato sequer chegou a ser suscitado.

Ainda a propósito do critério de classe dos contratos administrativos, convém observar que o interesse público apresenta-se como um critério com status constitucional; mais especificamente, ele decorre da própria ideia de Estado Democrático de Direito.

Por fim, esclareça-se, por oportuno, que a competência para qualificar um ou outro contrato como administrativo é do legislador, e não do administrador. Não é, portanto, a Administração Pública que define, em cada caso, se o contrato será ou não administrativo, portanto, a qual regime ele se submeterá. A competência é do legislador.

E ele que, ao estabelecer o regime jurídico de cada tipo contratual (empreitada, concessão de serviço público, arrendamento, etc.), acaba por definir a classe a que ele

⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012. P 264.

pertence-se à dos contratos administrativos ou se à dos contratos privados. Se, porventura, a classificação estiver em desacordo com o critério constitucional (ao submeter, por exemplo, um contrato que nitidamente envolva interesse público a regime privado), o Judiciário poderá invalidar a classificação, por vício de constitucionalidade.

2. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1. Conceito de Equilíbrio Econômico Financeiro

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é a relação formada, de um lado, pelo conjunto dos encargos impostos ao particular e, de outro lado, pela remuneração correspondente. Essa equação é formada quando da apresentação da proposta à Administração (na licitação ou no processo de contratação direta), sendo assegurada a sua manutenção no curso da execução contratual.

Segundo Marçal Justen Filho⁶ a equação econômico financeira apresenta-se a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então, está protegida e assegurada pelo Direito.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷, a equação se forma no momento da celebração do *contrato*. Na mesma linha desse atendimento, Allan Brewer-Carías⁸ entende que:

“ecuación económica o de equilibrio financiero en los contratos administrativos (...) viene a ser una relación que ha sido establecida entre las partes contratantes en el momento de la conclusión del contrato, entre un conjunto de derechos del co-contratante, y un conjunto de cargas y obligaciones contractuales del mismo, que han sido consideradas como equivalentes”.

Para Hely Lopes Meirelles⁹, o equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira é a relação que as partes estabelecem inicialmente no ajuste, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. Em última análise, é a correlação entre o objeto do

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 747.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 270 e 275.

⁸ BREWER-CARÍAS, Allan R. Contratos administrativos. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 202-203.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 160-161.

contrato e a sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel.

Ou seja, que o encargo é o conjunto de obrigações decorrentes do cumprimento do objeto e demais condições aptas ao atendimento dos termos do contrato e que impõe ônus financeiro para o contratado. Igualmente, ele cobra um preço, uma remuneração respectiva. Essa deve ser suficiente para proporcionar a perfeita execução do objeto, bem como viabilizar o cumprimento do encargo com obtenção legítima de lucro, compreendidas todas as obrigações impostas pela formação desse vínculo.

O preço não pode ser inferior ao custo de execução ou superior aos parâmetros comuns de mercado praticados para o objeto, sob a pena de caracterizar valor inexequível ou preço excessivo, ou até mesmo enriquecimento sem causa do contratado.

Ademais, vale destacar que o equilíbrio econômico-financeiro opera tanto em favor do particular, quanto da Administração, razão pela qual se fala em equação. Questão essa de grande importância e que será evidenciada no presente trabalho quanto a questão da manutenção do equilíbrio econômico financeiro.

Portanto, no presente estudo restarão demonstrado todas as situações que rompem o equilíbrio depois da formação da equação econômico financeira do Contrato se justificam o reequilíbrio. Com isso, há uma premissa de que a licitação ou o processo de contratação direta atendeu a todos os princípios devidos (artigo 37 da Constituição da República/88 e artigo 3º da Lei nº 8.666/93), classificando proposta apta para tanto, cujo objeto e preço mostraram-se em sintonia com o ato convocatório ou o processo de contratação direta, sendo aceitável¹⁰.

Dois aspectos são apontados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹ que merecem destaque, sendo o primeiro no sentido de que a remuneração é assegurada pela

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 747.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 280 e seguintes.

Administração e não necessariamente paga por ela, como é o caso da concessão de serviços públicos, contrato em relação ao qual nasceu a ideia de equilíbrio econômico-financeiro na jurisprudência do Conselho de Estado Francês.

O segundo aspecto aponta para o fato de que os riscos que envolvem os contratos administrativos decorrem de várias situações, bem como a não estabilidade do interesse público, autorizando alterações quantitativas e qualitativas.

Ainda, segundo Maria Sylvia Zanella, em razão de todos esses fatores de insegurança é que se elaborou a teoria do equilíbrio econômico financeiro, equilíbrio esse que é essencialmente dinâmico, passível de ser rompido com maior facilidade do que no contrato privado.

Cabe ressaltar que a manutenção do equilíbrio econômico financeiro ocorre no âmbito administrativo, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Contudo, não se descarta a possibilidade de eventual ação judicial para quando a Administração, se negue a proceder à recomposição da equação econômico financeira dentro dos permissivos legais.

2.2. Os princípios ligados ao equilíbrio econômico-financeiro

A teoria do equilíbrio econômico financeiro se baseia em diversos princípios, sejam eles princípios gerais do ordenamento jurídico ou ainda princípios relacionados ao direito administrativo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹² lembra que:

“A teoria do equilíbrio econômico baseia-se em princípios maiores, que independem de previsão no direito positivo: o princípio da equidade, que impede que uma das partes experimente locupletamento ilícito em detrimento da outra; o princípio da razoabilidade, que exige proporção entre o custo e o benefício; o princípio da continuidade do contrato administrativo, que determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro indispensável para assegurar a continuidade do contrato; o

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 98.

princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, se o contrato é necessário para atender a alguma necessidade imperiosa da Administração, a esta incumbe assegurar sua continuidade, recompondo o equilíbrio econômico- financeiro do contrato”.

A tutela à equação econômico-financeira deveria do princípio da isonomia. Nesse sentido caso não houvesse a tutela ao equilíbrio econômico- financeiro, toda a comunidade iria se apropriar de um benefício à custa de um particular específico, o que fere o princípio da isonomia.

O princípio da continuidade do serviço público também se relaciona com o equilíbrio econômico-financeiro. É o princípio da continuidade que justifica a aplicação das teorias pertinentes ao equilíbrio econômico financeiro do contrato (teoria da imprevisão, “fato do príncipe” e fato da Administração), que têm por objetivo permitir ao contratado a continuidade do serviço.

Vale ressaltar ainda a relação entre o equilíbrio econômico financeiro e o direito à propriedade e ao princípio do enriquecimento sem causa. Ora, não pode a Administração Pública se apropriar de patrimônio privado sem a prévia e justa indenização. Nesse sentido, é vedado à Administração Pública beneficiar-se do patrimônio do particular para a consecução de um interesse público, sem que exista a prévia e justa indenização.

Demais princípios relacionam-se com o equilíbrio econômico- financeiro, como o princípio da razoabilidade que garante a proporção entre o custo e o benefício na prestação do serviço, o princípio da eficácia administrativa que exige que a Administração Pública desembolse o menor valor possível nas suas contratações e ainda o princípio da adequação do serviço que garante a qualidade, a atualidade e a prestação do serviço adequado aos usuários.

Tecidas considerações, bem como fixado um conceito de equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo, necessário discorrer sobre alguns dos princípios de direito aplicáveis aos contratos administrativos que guardam estreita relação com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, os quais se mostram muito interligados

entre si, para, na sequência, tratar de seu fundamento constante do ordenamento jurídico.

Inclusive, destaca-se, ainda, que inexistisse legislação que assegurasse o direito ao contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (o que não é o caso no Brasil, haja vista existir previsão expressa, como veremos no próximo tópico deste capítulo), os princípios seriam suficientes para garantir referido direito.

Ademais, o contrato deve cumprir sua função social, nos moldes do que preconiza o artigo 421 do Código Civil brasileiro, tida como cláusula geral, o que exige trocas úteis e justas, em atenção aos princípios da probidade e boa-fé (artigo 422), por meio do comportamento leal dos contratantes.

Haverá desatendimento da função social do contrato quando a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; quando houver vantagem exagerada a uma das partes; bem como se mostrar nociva ao conjunto social, ao interesse público, razão da existência do contrato administrativo.

Verifica-se, portanto, que a manutenção do equilíbrio econômico dos contratos se faz imperiosa para dar cumprimento à sua função social.

Além de se voltar à base econômica, a manutenção da intangibilidade do equilíbrio contratual nos contratos administrativos, também se funda na realização, viabilização e continuidade do interesse público perseguido pela via do contrato⁶⁰.

A efetividade de todo esse panorama estimulará a atuação da iniciativa privada no exercício de atividade pública, visto o particular como colaborador do interesse público, cuja repulsa a toda forma de desequilíbrio na correlação econômica durante a vigência e a execução do ajuste prestigiará princípios do Estado Social e Democrático de Direito, como equidade, boa-fé, vedação ao enriquecimento sem causa, entre outros.

2.2.1. Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé contratual se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato. É, acima de tudo, uma condição de lealdade de agir.

Segundo Gustavo Tepedino¹³:

“A boa-fé como princípio contratual fora consagrada expressamente no CDC (arts. 4º, III, e art. 51, IV). Muito antes, porém, a boa-fé encontrava-se prevista no art. 131 do Código Civil como regra de interpretação contratual. A despeito da inexistência de preceito genérico que consagrasse o dever de agir com boa-fé no âmbito das relações contratuais em geral, a doutrina apontava a incidência da boa-fé em todo e qualquer contrato. Em obras dedicadas aos contratos, muitos autores definiam, mesmo no sistema do Código anterior, a boa-fé como princípio cardeal desta disciplina... A distinção entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva não suscita divergência. A boa-fé subjetiva relaciona-se com o estado de consciência do agente por ocasião de um dado comportamento... Já a boa-fé objetiva consiste em um dever de conduta. Obriga as partes a terem comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pela operação negocial. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato”.

Importante, pois, examinar o elemento subjetivo em cada contrato, ao lado da conduta objetiva das partes. A parte contratante pode estar já, de início, sem a intenção de cumprir o contrato, antes mesmo de sua elaboração. A vontade de descumprir pode ser surgir após o contrato. Pode ocorrer que a parte posteriormente, veja-se em situação de impossibilidade de cumprimento. Cabe ao juiz examinar, em cada caso, se o descumprimento decorre de boa ou má-fé. Ficam fora desse exame o caso fortuito e a força maior, que são examinados previamente, no raciocínio do julgador, e incidentalmente podem ter reflexos no descumprimento do contrato.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. São Paulo: Renovar, 2006, p. 15 e seguintes.

Na análise do princípio da boa-fé dos contratantes, devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico.

Ao reger o comportamento das partes amparado pelo princípio da boa-fé objetiva, o magistrado deverá ter em mente a função social que o contrato exerce na atual sociedade.

O estado, como garantidor do direito à igualdade e do progresso da sociedade, deve interferir nas relações contratuais definindo limites, diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente e formal, ficavam à margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem.

Um dos deveres das partes, decorrente do princípio da boa-fé é o de informar, ou seja, principalmente no contrato e adesão, a parte que redige o contrato tem a obrigação de informar à outra parte, de maneira clara e objetiva todo o conteúdo do contrato.

O novo Código Civil consagra como princípio da nova ordem contratual o dever da boa-fé objetiva, previsto no artigo 422, o qual dispõe: *“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade de boa-fé”*.

A boa-fé importa na conduta honesta, leal e correta, identificada como regra de comportamento. Não é princípio dedutivo, inexistindo norma constituída, razão pela qual dependerá da mediação concretizadora do intérprete-julgador, que analisará o comportamento dos contratantes antes, durante e após o contrato.

Há outros dispositivos no Código que se reportam à boa-fé. Assim dispõe o art.113: *“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”*.

Já o art.186 estabelece: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

Assim, tem-se que, com o advento do Código Civil de 2002, que traz a adoção expressa da função social e do princípio da boa-fé objetiva, maior proteção terão as pessoas consideradas hipossuficientes num contrato, para que não sejam, diante de sua inferioridade social, econômica ou cultural, submetidas a situações de desvantagem, exigindo ainda dos contratantes um comportamento transparente e digno, no qual não prepondere a injustiça, mas a dignidade das pessoas.

2.2.2. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é o princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade, e também condição de sua existência, ou seja, um dos principais fios condutores da conduta administrativa. Pois a própria existência do Estado somente tem sentido se o interesse a ser por ele perseguido e protegido for o interesse público, o interesse da coletividade.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular tem surgimento no século XIX, pois o direito deixa de ser apenas um instrumento de garantia dos direitos dos indivíduos e passa a objetivar a consecução da justiça social e do bem comum. Os interesses representados pela Administração Pública, está previsto no Artigo 37 da Constituição Federal Brasileira, e se aplica na atuação do princípio da supremacia do interesse público.

Por tal princípio entende-se, que sempre que houver conflito entre um particular e um interesse público coletivo, deve prevalecer o interesse público. Essa é uma das prerrogativas conferidas a administração pública, porque a mesma atua por conta de tal interesse, ou seja, o legislador na edição de leis ou normas deve orientar-se por esse princípio, levando em conta que a coletividade esta num nível superior ao do particular.

Porém a realidade é um pouco cruel, pois muitas vezes esse princípio não é respeitado e o que vemos são normas ou leis que prevalecem o particular apenas, ou aquele que tem mais acesso às informações, ou até melhores condições financeiras.

Portanto cabe à administração pública em um primeiro momento, interpretar o interesse público, para aplicar as hipóteses da realidade viva e dinâmica. E em um segundo momento cabe ao judiciário, em juízo de legalidade, examinar a predominância com as leis e a constituição.

2.2.3. Princípio da isonomia

Ele tem por escopo assegurar a repartição igualitária do ônus e do bônus da coisa pública, não podendo exigir do contratado que fatos posteriores ao estabelecimento da equação econômico-financeira inicial façam com que o particular arque desigualmente com encargos superiores à sua retribuição, encargos esses que, por se tratar de contrato administrativo, voltam-se à satisfação do interesse público, coletivo, de todos. O mesmo argumento conduz à vedação do resultado oposto, ou seja, ocorrendo fatos extraordinários que aumentem os benefícios do particular, não pode a Administração arcar com ônus mais elevados, devendo ser restabelecida a equação econômico financeira inicial.

Desse modo, para que as prestações continuem equivalentes à relação originária, operando a variação de uma, deverá haver variação proporcional da outra. Caso o encargo seja majorado, sem a correspondente e igualitária contraprestação pecuniária, o equilíbrio se rompe e as prestações de uma parte tornam-se gravosas e antieconômicas. Assim, imagine a elevação dos preços dos insumos aptos à fabricação do objeto contratual, a majoração do preço dos hortifrutigranjeiros em virtude de estiagem ou fortes chuvas, o advento de convenção coletiva de trabalho da categoria profissional envolvida na execução do contrato de limpeza, entre outros vários exemplos que podem advir durante a vigência contratual e que a Administração contratante se negue a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Para Renata Faria Silva¹⁴ caso o contratado seja obrigado a suportar, sozinho, o ônus necessário ao atendimento ao interesse público, sem a co-participação de toda a coletividade no custeio destes ônus, haveria manifesta violação ao princípio da isonomia. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro originário constitui, pois, essencialmente, manifestação específica do princípio maior da isonomia a impedir o enriquecimento sem causa da coletividade à custa do sacrifício individual do contratado.

2.2.4. Princípio da moralidade

O princípio da moralidade não é uma remissão à moral comum, mas está reportado aos valores morais albergados nas normas jurídicas.

Sendo o contrato administrativo a relação que comporta obrigações recíprocas e equivalentes, em que o particular contratado atua como colaborador da Administração Pública, não sem descurar de seu intento lucrativo, preservado pelo princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e orientado pelo princípio da boa-fé, o desatendimento à equação entre encargos e remuneração, impondo mais ônus a uma parte sem a contrapartida respectiva referente ao bônus, fere o princípio da moralidade administrativa. Ou seja, a moralidade proíbe que uma parte obtenha vantagens superiores às previstas em relação aos encargos comparativamente à relação inicial estabelecida.

Com isso, os valores morais subjacentes às previsões constitucional e legal que reclamam a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo restariam afrontados. Ter-se-ia a violação do que se mostra juridicamente protegido, a saber: a finalidade lícita lucrativa que o contrato proporciona ao particular contratado, podendo, ainda, colocar a perder a execução do objeto dos contratos administrativos.

2.2.5. Princípio da vedação ao enriquecimento sem causa

¹⁴ LIMA, Renata Faria Silva. Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 64.

O enriquecimento sem causa importa em locupletar-se com o dano alheio, sendo aplicável no Direito Privado quanto no Direito Público.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵, *“esse princípio é o incremento do patrimônio de alguém à custa do patrimônio de quem o produziu sem que, todavia, exista uma causa juridicamente idônea para supeditar esta consequência benéfica para um e gravosa para outro”*.

Desse modo, o não respeito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em que a Administração, exemplificativamente, acresce a quantidade inicial de canetas a serem entregues pelo particular contratado, sem fazer frente à contraprestação equivalente, em desrespeito à expressa previsão legal contida no artigo 65, inciso I, alínea “b” e § 6º, da Lei nº 8.666/93; ou o contratado que ciente de que seus custos financeiros estão aquém do previsto inicialmente em função da drástica redução do preço no mercado, extinção de tributos que compunham o custo, etc., afrontam o princípio do enriquecimento sem causa.

Constatou-se que a relação equitativa firmada quando da apresentação da proposta, tendo de um lado o conjunto dos encargos impostos ao particular e, de outro, a remuneração correspondente, deve ser mantida durante todo o contrato, em função dos princípios aqui tratados, a iniciar-se pelo próprio princípio da manutenção do equilíbrio econômico financeiro, passando pelo princípio da boa-fé (e seus deveres correlatos: confiança mútua, lealdade, equidade, justiça comutativa, transparência e cumprimento da palavra empenhada), isonomia, moralidade e enriquecimento sem causa que a ele estreitamente se ligam, sem exclusão de outros.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 654.

3. FORMAS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO

O equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos pode ser rompido em decorrência de diversos fatores, entre eles pela alteração unilateral do contrato, pelo fato da administração, pelo fato do príncipe e ainda por fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis. Uma vez rompido o equilíbrio econômico-financeiro, deve-se restabelecê-lo.

Reconhece-se, portanto, que em todo contrato de concessão, existe, implícita ou explicitamente o direito subjetivo de ambas as partes contratantes ao equilíbrio econômico-financeiro. Uma vez rompido esse equilíbrio inicial, em detrimento de uma das partes, esta possui direito ao restabelecimento deste reequilíbrio. Nesse sentido, abordaremos quais os mecanismos que podem ser utilizados para se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

As Leis nº 8.987/95 e n.º 8.666/93 não estabelecem a responsabilidade de cada uma das partes com relação ao restabelecimento do reequilíbrio contratual. Ou seja, o ordenamento jurídico confere o mesmo tratamento caso o contrato esteja desequilibrado em razão de uma alteração contratual imposta pela Administração ou pela ocorrência de fatos imprevisíveis. Esse silêncio da lei quanto à responsabilidade pelo reequilíbrio econômico-financeiro gera profundas discussões entre concedente e concessionária na ocorrência de eventos que rompem a equação econômica financeira inicial.

A Lei n.º 8.666/93 conferiu proteção máxima ao concessionário em relação à equação econômico-financeira dos contratos administrativos, impondo à Administração Pública a responsabilidade integral por todos os ônus que alterem a equação econômico financeira do acordo, advindos da álea econômica extraordinária, seja ela caso fortuito, força maior, “fato do príncipe” ou fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶, entende que, “muito embora o ordenamento jurídico não estabeleça a responsabilidade pelo restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro na ocorrência de cada uma das hipóteses de desequilíbrio contratual, há que se ponderar a responsabilidade da Administração Pública.

Para a autora supramencionada, nos casos de fato do príncipe e fato da Administração, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro exige que a Administração suporte sozinha os ônus daí decorrentes, compensando inteiramente o concessionário, já que em ambas as hipóteses as causas do desequilíbrio são imputáveis ao poder concedente. Entretanto, para os casos abrangidos pela teoria da imprevisão, não poderia a Administração Pública arcar integralmente pelos prejuízos do concessionário, uma vez que à ela não se pode imputar a responsabilidade por tal fato. Se o fato era imprevisível, o era para ambas as partes contratantes, razão pela qual, não se poderia, responsabilizar a Administração pelo reequilíbrio contratual.

No caso da teoria da imprevisão, em que o desequilíbrio não é imputável a nenhuma das partes, entendo possível que o prejuízo se reparta, tal como ocorre no direito francês, uma vez que na concessão de serviço público, pela própria natureza do contrato, o concessionário assume um empreendimento por sua conta e risco.

Em que pese o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷, entendemos que a Administração Pública deve suportar o ônus integral pela ocorrência de fatos imprevisíveis uma vez que, em primeiro lugar, o ordenamento jurídico assim não estabelece a repartição dos prejuízos, e em segundo lugar em razão da preservação do interesse público e a continuidade da prestação do serviço público.

Marçal Justen Filho¹⁸, afirma que não existem regras acerca do montante da indenização. Segundo o autor:

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 106.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 106.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 387.

“Quando caracterizados os pressupostos de aplicação da teoria, a solução preferencial consistirá numa indenização pelo poder concedente em favor do concessionário. Ou seja, a solução imediata não reside na modificação da tarifa. Mas, como as partes deverão encontrar uma solução amigável a propósito, poderá resultar a elevação da tarifa. No impasse entre as partes, a fixação da indenização será atribuída ao magistrado, a quem cabe realizar uma avaliação dos resultados já obtidos pelo particular anteriormente e repartir entre as partes os efeitos dos fatos imprevisíveis. Não existem regras precisas acerca do montante da indenização. Em princípio, é usual que a indenização corresponda a 90% ou 95% dos danos extraordinários”.

De toda maneira, como já ressaltamos, há que em primeiro lugar se verificar as condições efetivas da proposta, ou seja, avaliar se determinado evento encontra-se na álea ordinária ou extraordinária. Uma vez sendo verificado que determinado prejuízo encontra-se dentro dos riscos atribuíveis exclusivamente ao concessionário, não há que falar-se em reequilíbrio contratual. Caso o fato de desequilíbrio do contrato, encontre-se dentro da álea extraordinária, é necessário verificar todos os custos originariamente previstos na proposta pelo licitante, aceita pela Administração Pública.

Em segundo lugar, é preciso verificar o que de fato aquele determinado evento (seja ele alteração contratual, “fato do príncipe”, teoria da imprevisão), impactou na equação econômico-financeira inicial, destacando-se os custos que estão onerando o particular ou Administração Pública em decorrência única e exclusivamente daquele evento.

É necessário ainda, caracterizar a natureza do evento que está onerando o contrato de concessão. Nesse sentido, faz-se necessário comprovar que determinado evento surgiu após a apresentação da proposta e ainda não poderia ter sido previsto pelas partes no momento da apresentação da proposta.

Uma vez reconhecido o desequilíbrio econômico-financeiro, as partes precisam adotar as providências necessárias para assegurar o equilíbrio contratual estabelecido inicialmente. Daí surgem os mecanismos de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de administrativos, como veremos.

3.1. Reajuste Contratual

Trata-se de um instrumento de recomposição da equação econômica financeira em decorrência dos efeitos da inflação. Tal instrumento é consubstanciado nos contratos administrativos, através de cláusulas de reajustes contratuais, utilizando-se índices de mercado que exprimem o valor da inflação.

Marçal Justen Filho¹⁹ conceitua reajuste contratual de preços como:

“(...) uma modalidade de indexação dos preços contratuais, submetendo-os a variação periódica e automática correspondente à flutuação de índices predeterminados. A variação dos índices produz uma espécie de presunção absoluta de ofensa ao equilíbrio econômico-financeiro e acarreta a alteração dos valores contratuais proporcional à variação dos índices. (...) O reajuste é instituto jurídico cuja adoção e adequação se relacionam especialmente com a inflação”.

Caso não houvesse tal mecanismo, ou seja, os valores descritos no contrato, que remuneram determinado particular, iriam ficar defasados com relação aos valores dos custos e insumos necessários para a prestação dos serviços públicos estabelecidos no contrato. Tal fato impactaria na equação econômica financeira do contrato, causando desequilíbrio ao mesmo.

Para Marçal Justen Filho²⁰, em outra obra, diz que:

“O reajuste de preços é uma solução desenvolvida na experiência estrangeira, mas que recebeu aplicação muito intensa na prática contratual brasileira. Convivendo em regime de permanente inflação, verificou-se a impossibilidade e a inconveniência da prática de preços nominais fixos. Com o passar do tempo, generalizou-se a prática da indexação em todos os campos. A indexação foi encampada também nas contratações administrativas. A Administração passou a prever, desde longo, a variação dos preços contratuais segundo a variação de índices (predeterminados ou não). Essa prática é identificada como ‘reajuste’ de preços. Trata-se da alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias. Usualmente, reputa-se que o reajuste somente poderá ser admitido se previsto no ato convocatório e no instrumento contratual”.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 403.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 791.

Assim, de antemão, o ordenamento jurídico prevê que as variações dos preços dos insumos impactam no equilíbrio econômico-financeiro do contrato e que é necessário estabelecer mecanismos prévios para manter o equilíbrio contratual durante a avença.

De acordo com a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello²¹:

“O reajuste configura hipótese em que a tarifa substancialmente não muda; altera-se, apenas, o preço que a exprime. Como persistem os mesmos fatores inicialmente levados em conta, a tarifa é apenas atualizada, a fim de acompanhar a variação normal do preço dos insumos, sem que se lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela”.

Vê-se, portanto, que no reajustamento contratual, os valores do Contrato não se alteram. Ou seja, trata-se apenas de atualização monetária do mesmo em razão da inflação monetária do Brasil, com escopo de recompor o seu valor nominal, em decorrência disso.

O professor Arnold Wald²² afirma que:

“Os Tribunais do país são unânimes na orientação de que a correção não é pena nem acréscimo. É mera reformulação da dívida para que permaneça verdadeira em data futura. É a mesma moeda atualizada para que não sofra os efeitos nefastos da inflação. Sendo simples mecanismos de recuperação do valor de moeda, não eleva o débito ou crédito. Não é um plus em relação ao principal, mas o próprio débito ou crédito, com seu valor preservado em relação ao poder aquisitivo”.

O reajuste periódico dos valores dentro de um contrato administrativo, não se trata, portanto, de uma benesse da Administração aos particulares contratados ou ainda uma pena aos usuários de serviços públicos concedidos. Trata-se de um mecanismo contratual, estabelecido previamente, e conhecido pelas partes no momento da contratação para manter o mesmo valor da tarifa ao longo do tempo. Ora, se os preços dos insumos sofrem variações de preços permanentes em decorrência da própria dinâmica do mercado, é necessário que haja um ajuste para que os particulares

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 752.

²² MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Arnold; WALD, Alexandre de M. O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis n. 8.987/95 e legislação subsequente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 195.

contratados possam prestar o serviço público utilizando-se os insumos necessários, sem haver o rompimento do equilíbrio contratual.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello²³:

“Como a equação estabelecida entre as partes é uma relação de equivalência entre prestações recíprocas, fica entendido que ao custo de uma prestação (X) – que se compõe dos encargos econômicos por ela implicados e a margem de lucro remuneratório ali embutida – correspondem os pagamentos (y) que a acobertam. Esta relação de igualdade ideal, convencionada, deve ser mantida. Assim, se os custos dos insumos necessários à prestação (X) sofrem elevações constantes – como é rotineiro entre nós – os pagamentos (Y) têm de incrementar-se na mesma proporção, sem que a igualdade denominada “equação econômico-financeira” deixa de existir, decompõe-se”.

O reajustamento contratual se efetiva através da aplicação direta de índice referente à variação dos preços no setor econômico em que se desenvolve o projeto contratado ou através do emprego de fórmulas paramétricas, que igualmente se valem de índice apurado por instituições oficiais. Cada contrato deverá prever o seu índice de reajuste ou as fórmulas que devem ser utilizadas para a atualização dos valores descritos no contrato.

De toda maneira, o índice estabelecido deve refletir a variação monetária dos insumos necessários para a prestação daquele serviço. Isso porque, cada atividade econômica recebe a influência de determinados fatores, cujos valores, oscilam no mercado. Em razão disso, existem vários índices de inflação no Brasil que se destinam a mensurar os efeitos inflacionários decorrentes de determinados setores da economia.

De acordo com Marçal Justen Filho²⁴:

“[...] os índices refletem a variação de preços e a inflação, sua variação produz a presunção absoluta de quebra do equilíbrio econômico-financeiro e acarreta a alteração dos valores contratuais proporcional à variação dos índices.”

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 648.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 436.

As cláusulas de reajuste contratual são atreladas a índices oficiais de inflação no Brasil. Em muitos contratos firmados com a Administração Pública, se aplica ao valor do Contrato os índices como o Índice Geral de Preços do Mercado (IGMP), Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), entre outros.

Portanto, o reajuste trata-se da alteração dos preços para compensar exclusivamente os efeitos das variações inflacionárias. Isso significa que a tarifa que foi reajustada é exatamente a mesma tarifa anterior, com a aplicação dos índices que refletem os efeitos inflacionários do mercado.

A finalidade do reajustamento contratual é evitar que os concessionários apresentem de tempos em tempos pedidos de reequilíbrio contratual em decorrência dos efeitos de inflação. Dessa maneira, o concessionário não precisará demonstrar que houve aumento dos seus custos em razão dos efeitos inflacionários. O reequilíbrio contratual decorrente destes eventos está previamente inserido no escopo dos contratos firmados com a Administração Pública.

Por exemplo, a Lei n.º 8.987/95 estabelece em seu art. 23, inc. IV, que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas “[...] ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas.” E ainda em seu art. 18, inc. VIII, que o edital de licitação deverá conter especialmente os “[...] os critérios de reajuste e revisão da tarifa.”

Nesse sentido, todo contrato administrativo deve prever cláusulas referentes ao reajustamento das tarifas, além dos critérios a serem utilizados pelo poder público e o particular contratado a aplicação do referido reajuste.

Uma vez estabelecidos os critérios a serem utilizados para aplicação do reajuste dos valores, estejam eles estipulados no próprio contrato, ou ainda através de norma legal ou regulamentar do Poder Concedente, o particular faz jus ao reajuste dos valores contratados.

O ato de homologação, na concepção de Carlos Ari Sundfeld²⁵ é vinculado não podendo a Administração Pública realizar qualquer apreciação subjetiva em relação ao reajuste. A homologação não é condição para o reajuste, mas simples reconhecimento de um direito existente.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶, afirma que:

“A obrigatoriedade de reajustes não depende de cláusula editalícia ou contratual. É consequência implícita do aludido princípio do equilíbrio econômico-financeiro, ou, mesmo que assim não entenda, de todo modo, no Brasil constitui-se em inarredável características do contrato administrativo, como resulta do supramencionado art. 37, XXI, da Constituição Federal do país. Logo, é inoperante disposição legal que os proíba e é prescindindo que o edital ou o contrato lhe façam explícita referência. Se os previrem, entretanto, é da mais esplendorosa obviedade que efetuar os reajustes constituir-se-á em ato inquestionável de simples aplicação do que estava expressamente estatuído. Por isso, também, nada importa que a previsão de reajustes houvesse sido feita (em época na qual estavam vedados) clausulando-se sua utilização para quando a legislação lhe permitisse operatividade, já que esta, consoante dito, existiria sempre: com ou sem autorização legal, com ou sem previsão editalícia ou contratual. Toda vez que efetivamente ocorresse discrepância entre as condições de preço real dos insumos vigentes à época da proposta e as vigorantes na ou nas épocas de pagamento da prestação.”

3.2. Revisão de preços

A recomposição de preços se dá naqueles casos em que a manutenção do equilíbrio econômico financeiro não pode ser efetuada simplesmente pelos reajustes previamente estabelecidos, pois se trata de considerar situações novas insuscetíveis de serem abrangidas pelo simples reajustamento contratual.

Para Marçal Justen Filho²⁷ a revisão, ou recomposição de preços

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari apud MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 110.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Pareceres de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 125.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 559.

“[...] consiste no exame dos custos e vantagens diretos e indiretos, contemplados nas propostas do particular, visando verificar sua alteração substancial e restabelecer, se necessário, a relação originariamente existente.”

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸ 20 considera que:

“A recomposição de preços não se confunde de modo algum com o reajustamento contratual de preços, pois este surge do consenso inicial das partes, para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato durante sua execução normal, ao passo que aquela, a recomposição, destina-se a restaurar esse mesmo equilíbrio, desfeito por eventos supervenientes e extraordinários, não previstos e imprevisíveis pelos contratantes, que acarretam modificação anormal na situação fática existente na época da celebração do ajuste”.

De fato, se a alteração provoca ônus para uma das partes contratantes, a equação econômica financeira do contratado sofre maior ou menor rompimento na medida em que maior ou menor seja o encargo oriundo da alteração. E o mecanismo próprio para restaurar o equilíbrio rompido é a revisão de preços, de modo a que este passe a refletir agora a relação de adequação que consubstancia a garantia da equação.

A revisão de preços está prevista na Lei 8.666/93 e Lei 8.987/95. De acordo com o art. 65, II, d, da Lei 8.666/93, os contratos administrativos poderão ser alterados mediante acordo entre as partes 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.

Trata-se, portanto, do restabelecimento da relação que as partes estabeleceram entre encargos versus remuneração. Nesse sentido, qualquer evento que altere essa relação, dará ensejo à revisão dos preços ajustados.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 651.

O art. 65, II, d, da Lei 8.666/93, é claro em afirmar as hipóteses em que há a quebra do equilíbrio econômico financeiro. Além disso, o art. 9º, § 2º da Lei 8.987/95 estabelece que “[...] os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.” E ainda o art. 10º da mesma lei, disciplina que “[...] sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

Reajustamento contratual e revisão de preços possuem naturezas diferentes. Enquanto o primeiro se destina a atualizar o valor da tarifa no tempo, o segundo destina-se a recompor eventuais desequilíbrios contratuais em decorrência de fatos supervenientes.

De acordo com Hely Lopes Meirelles²⁹:

“A revisão do contrato, ou seja, a modificação das condições de sua execução pode ocorrer por interesse da própria Administração ou pela superveniência de fatos novos que tornem inexecutível o ajuste inicial. A primeira hipótese surge quando o interesse público exige a alteração do projeto ou dos processos técnicos de sua execução, com aumento dos encargos ajustados; a segunda, quando sobrevêm atos do Governo ou fatos materiais imprevistos e imprevisíveis pelas partes que dificultam ou agravam, de modo excepcional, o prosseguimento e a conclusão do objeto do contrato, por obstáculos intransponíveis em condições normais de trabalho ou por encarecimento extraordinário das obras e serviços a cargo do particular contratado, que impõem uma recomposição dos preços ajustados, além do reajuste prefixado”.

Para Marçal Justen Filho³⁰, o autor entende que:

“[...] nada impede que se cumulem revisão e reajustes. Podem ocorrer variações extraordinárias elevadas em certos casos concretos, que ultrapassem largamente a variação dos medidores da inflação. Nesse caso, o particular poderia pleitear, além do reajuste, a revisão de preços. A concessão do reajuste não exaure o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação”.

A revisão é mecanismo essencial à manutenção da equação econômico-financeira, sendo obrigatória a sua realização nos contratos administrativos. Isso

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 259.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 795.

porque, quando o equilíbrio contratual se rompe, certamente as obrigações de uma das partes podem se tornar mais onerosa, prejudicando a relação inicialmente estabelecida. Dessa forma, faz-se necessário recompor os preços inicialmente estabelecidos, ou ainda, recompor essa relação entre encargos e remuneração para a preservação da própria continuidade do serviço público concedido.

Como vimos, entre as causas que ensejam a revisão de preços encontram-se aquelas decorrentes da alteração unilateral do contrato pela Administração Pública. Tal hipótese encontra-se prevista no art. 9º, § 4º da Lei n.º 8.987/95 que estabelece que *“[...] em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”* Trata-se, portanto, de uma das hipóteses de desequilíbrio contratual que enseja a revisão de preços.

A segunda hipótese de desequilíbrio contratual que enseja a revisão de preços é a superveniência de medidas de alcance geral expedidas pelo Poder Público que agravam a equação inicialmente estabelecida entre os contratantes, também conhecida de fato do príncipe. A elevação de tributos é exemplo típico dessa modalidade de desequilíbrio contratual.

Além disso, a ocorrência de eventos imprevisíveis que afetem a equação econômico-financeira do contrato também enseja a revisão de preços.

No caso da revisão de preços, não há que se falar em homologação de novos valores do Contrato. Tal procedimento é complexo e demorado, e culmina em aditivo contratual em que se pactuam as novas condições contratuais diante do desequilíbrio então verificado.

Nas palavras de Marçal Justen Filho³¹:

“A revisão de preços é figura complexa e demorada, inclusive pela dificuldade de determinar a formação do preço particular. Envolve a necessidade de produção de prova sobre a composição de custos, as variações ocorridas, as causas de desequilíbrio. Isso demanda tempo e

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 559.

exige, algumas vezes, a participação de profissionais altamente especializados, o que torna essa solução pouco desejável para ambas as partes”.

A revisão de preços independente de previsão contratual específica. Basta a comprovação da existência do fato superveniente que tenha causado o rompimento do equilíbrio econômico financeiro do ajuste.

Para José dos Santos Carvalho Filho³², são dois os fundamentos para tal conclusão:

“Primeiramente, cuida-se de direito oriundo diretamente do texto legal, que, obviamente, se situa acima do contrato; ademais, torna-se impossível qualquer previsão sobre fatos futuros que possam influir na relação contratual. Importante, pois, é a ocorrência do fato, e não sua formalização no contrato”.

Várias são as maneiras de se recompor o equilíbrio econômico-financeiro através do mecanismo de revisão de preços. Essas possibilidades podem estar descritas no próprio contrato administrativo ou ainda podem estar previstas em normas legais e regulamentares que disciplinam as regras aplicáveis aos contratos firmados com a administração em determinado setor específico da execução do objeto contratual.

A alteração dos valores dos preços descritos no contrato é apenas uma das formas de se equilibrar o contrato então afetado por um evento posterior e imprevisível que altere substancialmente o conteúdo ou a extensão das prestações impostas ao contratado.

3.3. Prorrogação do prazo contratual

O prazo do contrato é elemento essencial nas contratações de serviços públicos, sendo imprescindível a sua determinação tanto no edital como no contrato. Os prazos máximos dos contratos podem ser fixados através de normas legais e regulamentares da Administração Pública responsável pela contratação de determinado serviço público.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 199.

A definição do prazo é de fundamental importância nas contratações de serviço público, uma vez que, é a partir daí que se estabelecem os cálculos necessários para a amortização dos investimentos que serão realizados pelo concessionário.

Uma vez estabelecendo-se o montante de investimentos que será necessário para aquela determinada prestação de serviço ou concessão e o prazo do contrato, é possível se estabelecer, grosso modo, os valores que serão praticados durante a execução do objeto do contrato pelo particular.

Portanto, o prazo do contrato ou de execução de seu objeto é um dos elementos necessários para se estabelecer a equação econômico-financeira do contrato. Celso Antônio Bandeira de Mello³³ assevera que o prazo é um dos elementos que concorrem para determinação do valor da equação econômico-financeira, uma vez que em função dele se estimam a amortização do capital investido pelo concessionário e as possibilidades de lucro que terá.

Verifica-se, portanto, que a fixação do prazo não é feita aleatoriamente, mas em função do tempo necessário para garantir ao concessionário o equilíbrio econômico financeiro do contrato, para a amortização integral dos investimentos a serem efetuados pelo concessionário³⁴.

Desta maneira, uma vez se mantendo as condições efetivas da proposta, e efetuando-se todos os investimentos necessários para determinada prestação de serviço ou concessão, o prazo estabelecido no contrato deve exprimir exatamente o tempo necessário para que o contratado tenha o retorno de seu capital investido com a devida amortização de seus investimentos.

Mas, como vimos, os contratos administrativos podem ter sua equação econômica financeira rompida por diversos eventos. Tais situações geram a necessidade de revisão de preços para se restabelecer a equação inicialmente

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 743.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. (Org). Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

estabelecida. A prorrogação do prazo é uma das formas de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O grande propósito de se prorrogar o contrato de prestação de serviço ou concessão de serviço público, para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é garantir o princípio da modicidade tarifária, evitando-se a elevação dos preços ou tarifas aos usuários dos serviços públicos, e ainda desonerar o Poder Público de eventuais ônus que lhe serão atribuídos.

Portanto, o montante devido ao particular contratado em razão do desequilíbrio econômico financeiro provocado por um dos elementos que romperam a equação financeira, será diluído pelo período de tempo em que o contrato for prorrogado, com a finalidade de amortização dos custos decorrentes de tal desequilíbrio.

Assim, a prorrogação dos contratos administrativos deve se constituir única e exclusivamente como medida assecuratória do equilíbrio econômico financeiro, direito do concessionário ao qual a Administração não teria como se evadir.

Conforme afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵ “[...] a prorrogação somente se justifica em situações excepcionais, para atender ao interesse público devidamente justificado ou mesmo na hipótese em que o prazo originalmente estabelecido se revele insuficiente para amortização dos investimentos.” Caso contrário, a execução dos serviços concedidos permanecerá sempre sendo executada pela mesma empresa contratada, burlando assim, o princípio de licitação.

Dessa forma, a prorrogação dos contratos de prestação ou concessão de serviços públicos deve ser uma medida excepcional, não podendo ser a regra, mas sim a exceção, para o reequilíbrio econômico financeiro dos contratos, desde que haja razões técnicas e jurídicas que fundamentam tal mecanismo.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 351.

3.4. Aporte de recursos públicos

Para se restabelecer o equilíbrio econômico financeiro, as partes contratantes podem recorrer a mecanismos internos ao próprio contrato, que não oneram diretamente a Administração Pública, tais como: aumento do valor da tarifa, redução dos encargos do concessionário, prorrogação do prazo, entre outras medidas.

Há ainda mecanismos externos ao contrato que pode se valer a Administração Pública para reequilibrar o contrato. Entre elas, encontra-se o aporte de recursos públicos para o restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro.

José Anacleto Abudch Santos³⁶, afirma que *“(...) a recomposição direta da equação violada pode ser dar por meio de subvenção ou aportes financeiros da atividade concedida, de modo a compensar o dano haurido pelo concessionário”*.

A utilização de recursos públicos para o restabelecimento da equação econômico-financeira trata-se, portanto, de uma recomposição direta e externa ao contrato. Entende-se que para haver o subsídio direto do Poder Público para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve haver previsão legal e recursos orçamentários para tanto.

Marçal Justen Filho³⁷ critica tal possibilidade afirmando que:

“Essa solução configura-se altamente indesejável, frustrando as finalidades da concessão. Tal como apontado ao início deste capítulo, o Estado não realizará o motivo fundamental que conduziu à outorga, relacionado com a eliminação dos encargos necessários à manutenção do serviço. Aliás, as teorias econômicas costumam apontar esses subsídios como causa fundamental de males muitos graves, gerando mais problemas que benefícios sociais”.

³⁶ SANTOS, José Anacleto Abudch. Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro. Curitiba: Juruá, 2010. p. 189.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 407.

3.5. Alteração de encargos contratuais

O equilíbrio econômico financeiro é a equação resultante da relação entre os encargos contratuais assumidos pelo particular e a sua remuneração ao longo do período contratual estipulado no contrato. Nesse sentido, os encargos contratuais correspondem aos investimentos necessários a serem realizados pelo particular nas datas e prazos estipulados pelo Poder Público.

Assim, por exemplo, em um contrato de concessão de serviços públicos envolvendo rodovias, há um caderno de encargos, previamente estabelecido pelo edital de licitação, refletidos em um cronograma físico-financeiro em que se estipulam todas as obras necessárias àquela concessão. Além disso, há os serviços a serem prestados aos usuários, a manutenção das instalações, entre outras obrigações que compõe os encargos assumidos pelo concessionário.

Os valores decorrentes desses encargos compõe a equação econômico-financeira. Assim, uma vez acrescidos encargos não previstos no contrato de concessão ou ainda suprimidos determinados encargos, altera-se a equação econômico financeira.

Uma vez desequilibrado o contrato, o Poder Público pode valer-se da alteração dos encargos contratuais de responsabilidade do particular para o restabelecimento do equilíbrio contratual.

A alteração de encargos contratuais é um mecanismo de reequilíbrio contratual utilizando-se recursos internos da própria concessão.

Conforme preceitua José Anacleto Abduch Santos³⁸:

“Poderá o concedente, mediante juízo de oportunidade e conveniência, optar por realizar a supressão de encargos do concessionário desde que, por evidente, não configure esta supressão a descaracterização do objeto do contrato e que não produza prejuízo ao interesse público que se pretende atender pela execução do serviço concedido no

³⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro. Curitiba: Juruá, 2010. p. 190.

montante equivalente ao dos novos encargos impostos pela modificação unilateral promovida”.

A readequação de cronogramas físico-financeiros consiste em modificar os prazos inicialmente estabelecidos no contrato em que se antecipam ou postergam determinadas obras. Além disso, a Administração Pública pode suprimir determinada obrigação do concessionário.

Assim, a alteração de encargos contratuais, pode ser uma maneira eficaz de recomposição do equilíbrio contratual.

4. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A intangibilidade da equação econômico-financeira mostra-se como uma das características essenciais do contrato administrativo e funciona como contrapartida das prerrogativas da Administração. Como comenta Jean Rivero³⁹:

“Esta desigualdade fundamental tem um limite em matéria financeira: neste terreno o contraente beneficia de garantias que o direito privado ignora e que tendem a assegurar-lhe em todos os casos, e seja qual for o uso que a Administração faça das suas prerrogativas, uma remuneração conforme as previsões iniciais”.

Assim sendo, a relação estabelecida inicialmente entre encargos e retribuição no atendimento da justa remuneração do objeto do contrato ser mantida durante a execução do contrato, garantindo assim o interesse financeiro ao particular. Ademais, a caso o particular tivesse que suportar as alterações promovidas pela Administração para o adequado funcionamento do serviço público, agravaria a sua situação econômica, e assim seria quase que impossível que particulares tivessem interesse em trabalhar para Administração Pública.

Cabe reiterar que o equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo se origina dos muitos riscos decorrentes de várias circunstâncias decorrentes da execução do objeto contratual, sendo as alterações unilaterais promovidas pela Administração uma delas, adicionada por variações significativas de preço no mercado, advento de novo documento coletivo de trabalho da categoria envolvida na prestação do serviço contratado, criação de novos tributos ou elevação das alíquotas dos já existentes, etc., que aparecem devido à duração dos contratos administrativos, à natureza da execução, aos serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, entre outros exemplos possíveis.

Para tratar do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que no âmbito dos contratos administrativos, na Constituição de 1988 prevê a manutenção da equação econômico financeira nos contratos firmados com os entes públicos.

³⁹ RIVERO, Jean. Direito administrativo. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 144.

A Lei federal nº 8.666/1993, que dispõem das Licitações e Contratos Administrativos, assegura a manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos em seu artigo 40, incisos XI e XIV, artigo 55, inciso III, artigo 58, §1º e §2º, e por fim o artigo 65, inciso II, alínea “d” e § 5º e §6º.

A Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, contempla em seu art. 9º, a revisão das tarifas, a fim de manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato, alertando que a tarifa será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação. Prevê, ainda, que entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão, à referente ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas (artigo 23, inciso IV), vindo a estabelecer que quando atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico financeiro.

A Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, que também disciplina as concessões e permissões de serviços públicos, prevê em seu art. 35: *“A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário”*.

4.1. Causas e teorias permissivas para o reequilíbrio econômico financeiro

É indispensável, no presente trabalho, avaliar as situações que ensejam desequilíbrio depois da formação da equação econômico financeira. Com isso, se fixa a premissa de que a licitação ou processo de contratação direta atendeu a todos os princípios devidos, tendo a Administração classificado proposta apta e consonante a tais princípios, cujo objeto e preço mostraram-se em sintonia com o ato convocatório ou processo de contratação direta, sendo aceitável.

O equilíbrio econômico financeiro ocorre no âmbito administrativo, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Contudo, não se descarta a possibilidade de pleitear o reequilíbrio ou revisão contratual junto ao judiciário. Dito isso,

temos que, o particular ao firmar um contrato com a Administração Pública, além da força maior e do caso fortuito, também se depara com três áleas: ordinária, administrativa e econômica.

A álea ordinária deve ser suportada pelo contratado, uma vez que inerente a todo negócio e previsível. Assim, havendo alterações previsíveis que integram a denominada álea (risco) ordinária, inerente a qualquer negócio, a qualquer atividade empresarial, não se falará em recomposição do equilíbrio econômico financeiro. Em tais situações, o particular responde integralmente por eventuais reduções de ganho ou até mesmo prejuízos que ocorram durante a execução contratual, colocando sua “conta em risco”.

As outras duas áleas, a administrativa e a econômica, são tidas como extraordinárias e ensejam o reequilíbrio econômico contratual. A álea administrativa é aquela caracterizada pela prática de um ato estatal, seja ele da própria Administração contratante (ex.: alteração unilateral ou fato da administração), seja de uma conduta de autoridade pública estranha ao contrato, mas que nele repercute, inviabilizando a execução nos moldes originariamente previstos (exemplo: fato do príncipe).

Há entendimentos doutrinários diversos quanto ao fato do príncipe ser oriundo da Administração contratante ou não. Grande parte da doutrina entende que pouco importa se a medida geral provém ou não da Administração contratante, já que em ambos os casos configura álea administrativa, tornando aplicáveis os princípios concernentes à responsabilidade extracontratual do Estado.

Em relação à álea econômica, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁰ comenta que: *“corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão”*.

Necessário destacar que a álea econômica é distinta dos riscos ordinários inerentes ao mundo dos negócios, a todo e qualquer contrato. A álea econômica é extraordinária, excede aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 277.

Verifica-se, portanto, que o equilíbrio contratual pode ser rompido em decorrência de várias situações fáticas. Em função disso, por influência da doutrina francesa, frente aos diversos eventos que provocam a quebra da equação econômico-financeira, diferentes são as teorias existentes, os pressupostos para aplicação de cada qual, a integralidade ou parcialidade da recomposição.

Ainda que se passe adiante a tratar das causas e teorias que provocam a quebra da equação econômico-financeira do contrato, não se pode deixar de destacar que a diferenciação entre os eventos e as teorias mostra-se importante na França, em que, exemplificativamente, enquanto frente ao fato do príncipe, operar-se-á indenização integral ao particular contratado; na teoria da imprevisão, o ônus é dividido entre as partes. No Brasil, a ocorrência de diferentes eventos aptos a desequilibrar a equação econômico-financeira gera efeitos equivalentes, haja vista que estão compreendidos na teoria da intangibilidade da equação econômico-financeira⁴¹.

4.1.1. Alteração unilateral do contrato

Para Hely Lopes Meirelles⁴²:

“O contrato administrativo existe para satisfazer o interesse público, as necessidades coletivas, tendo o seu objeto sido moldado como solução para atender a necessidade. A necessidade pública é o motivo do contrato. Desse modo, se em decorrência de fato superveniente, impuserem-se modificações a essa necessidade pública, as cláusulas regulamentares ou de serviço do contrato, ou seja, àquelas —que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução, serão alteradas de modo a fazer frente à satisfação do interesse público”.

Isso porque uma das características dos contratos administrativos reside na possibilidade de a Administração realizar, de forma unilateral, alterações em suas cláusulas. O artigo 58, inciso I, da Lei nº 8.666/93, inclusive, é bem claro a esse respeito.

⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo (coleção curso & concurso. Coordenador Edilson Mougenot Bonfim). 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 126.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 7 ed. São Paulo: RT, 1987, p. 157.

É evidente que, por ser uma imposição, esse tipo de alteração contratual está sujeita a certos condicionamentos ditados pelo princípio da legalidade. Assim, as alterações unilaterais, aquelas impostas pela Administração, somente poderão ser realizadas nos termos do artigo 65, inciso I, da Lei de Licitações.

Nota-se, então, que a Lei de Licitações possibilita alterações qualitativas, quando houver necessidade de adequação do projeto ou das especificações, e quantitativas, quando se fizer necessário o acréscimo ou a supressão da quantidade do objeto contratado. É importante ressaltar que, em qualquer situação, as alterações unilaterais (qualitativas e quantitativas) irão demandar:

- a) Justificativa da existência de um fato posterior à licitação que tenha mudado as condições contratuais (razão pela qual se faz a alteração unilateral); e
- b) O respeito aos direitos do contratado, sintetizados na manutenção da equação econômico-financeira.

Além desses, há requisitos específicos para cada tipo de alteração unilateral. Em relação à alteração quantitativa, não poderá haver a inclusão de objeto novo e deve ser respeitado o limite máximo de 25% ou 50% do valor inicial atualizado do contrato.

Quanto à alteração qualitativa, deve ser respeitada a essência do objeto, não podendo haver sua desnaturação, bem como comprovação de que a nova concepção (relativamente à eleita originalmente) possui melhor adequação técnica.

O percentual de 50% do valor inicial atualizado do contrato somente se aplica à reforma de edifício ou de equipamento, sendo o percentual geral o de 25% para obras, serviços e compras. É o que consta do § 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93.

Observe-se que o que deve ser respeitado é o limite máximo de 25% ou 50% sobre o valor inicial atualizado do contrato ou do item, conforme o caso. Ou seja, o objeto é acrescido na proporção do valor.

Com a alteração unilateral das cláusulas regulamentares ou de serviço, nos moldes do que autoriza o artigo 58 e artigo 65 da Lei de Licitações, as cláusulas econômicas, que fixam a remuneração e o direito do contratado à manutenção da equação financeira durante toda a execução contratual, deverão ser alteradas, de forma integral, seguindo a mesma sorte.

Para Marcello Caetano⁴³:

“Temos insistido na importância que reveste na execução do contrato o seu objeto. O objeto individualiza o contrato de tal forma que a sua substituição corresponderia à extinção de uma relação contratual e à formação de outra nova. Mas, desde que se respeite o objeto do contrato, é juridicamente possível modificar as prestações estipuladas(...)”.

Portanto, no contrato administrativo, o equilíbrio pode ser representado pela equação $a/b=a'/b'$. Caso a Administração altere a obrigação (a) do contrato para (a'), e a remuneração por ela devida passará de (b) para (b')⁴⁴.

O professor Marçal Justen Filho⁴⁵ comenta que:

“O particular constrói uma relação entre encargos e remuneração ao formular sua proposta, relação essa que é denominada de equilíbrio econômico-financeiro. Ainda que a Administração possa alterar unilateralmente as cláusulas contratuais, não pode modificar ou afetar dito equilíbrio. Caso isso ocorra por evento inimputável ao particular, tal como uma alteração unilateral do contrato, deverá restaurá-lo. Nessa situação comentada, ao mesmo tempo que se modifica unilateralmente o contrato, também deve ser promovida a modificação das cláusulas econômico-financeiras do contrato, afetas à remuneração do contratado”.

Cabe destacar que as alterações unilaterais têm seus efeitos imediatos sem a necessidade de qualquer atuação ou deferimento judicial. Ou seja, o particular deve acatar e imediatamente colocá-las em execução. Igualmente, o restabelecimento da equação econômico financeira deve ocorrer *ex officio*, concomitantemente à alteração,

⁴³ CAETANO, Marcello. Princípios fundamentais do direito administrativo. Coimbra: Almedina, 2003, p. 196.

⁴⁴ PÉQUIGNOT, Georges. *Théorie générale du contrat administratif*. Paris: Éditions A. Pédone, 1945, p. 451.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 679.

também no seio da Administração, não sendo imperioso recorrer-se ao Judiciário, salvo se a Administração se opuser, por exemplo, e o particular pleitear em juízo.

4.1.2. Fato do príncipe

No campo da álea administrativa, o fato do príncipe compreende a determinação geral praticada pelo Poder Público, mas não como parte contratual, que afeta o contrato de modo especial, reflexamente, razão pela qual enseja o restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Quanto a se referir a ato geral praticado pela autoridade contratante, pertencente à mesma esfera ou não, assinala-se que a doutrina francesa majoritária defende que o fato do príncipe ocorre por medida proveniente da autoridade pública contratante, no exercício de poder em campo de competência estranha ao contrato, onerando-o.

Caso se trate de pessoa pública diversa da que é parte no contrato, por exemplo, governo central editando ato geral que onere os encargos relativos a contrato municipal, a situação se resolve pela teoria da imprevisão. Ou seja, na França, as consequências são diversas em se tratando da teoria da imprevisão ou fato do príncipe, sendo os direitos do particular mais intensos nesse último caso, com indenização integral, enquanto naquela (teoria da imprevisão) há a partilha dos prejuízos.

Entretanto, ainda que indispensável tecer tal consideração sobre se tratar de autoridade pública contratante ou não, pertencente ou não à mesma esfera, assim não se processa no Brasil, haja vista que a Lei nº 8.666/93 (artigo 65, inciso II, alínea —dII e § 5º) não fez essa distinção quanto à autoridade da qual emanou o ato. Inclusive, Marçal Justen Filho⁴⁶ destaca que o § 5º do artigo 65 traz previsão genérica, reconhecendo o cabimento da recomposição da equação econômico- financeira sem estabelecer qualquer distinção relativamente à identidade do sujeito responsável.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 753.

Para Hely Lopes Meirelles⁴⁷ destaca que o fato do príncipe constitui álea administrativa, tida como extraordinária e extracontratual, devendo haver a compensação integral dos prejuízos sofridos pela outra parte, de modo a viabilizar a continuidade da execução, sob pena de rescisão com indenizações cabíveis.

Nesse aspecto, vale destacar que os efeitos do fato do príncipe repercutem na execução das obrigações contratuais, onerando-a ou barateando-a, razão pela qual, ainda que ao tratar do fato do príncipe, fale-se comumente em anormal onerosidade, onerosidade excessiva, cabe destacar que, mesmo menos corriqueiro, se em função da alteração da alíquota de um tributo incidente no custo de um serviço ou até mesmo sua extinção houver uma redução de seu preço, isso deve ser trazido para o contrato, reduzindo seu preço. É o que, segundo a doutrina a mais clássica hipótese de fato do príncipe, prevê expressamente o artigo 65, § 5º, da Lei nº 8.666/93.

Os professores Eros Roberto Grau e Paula Forgioni⁴⁸ comentam que esse se enquadra como ato da administração de caráter geral que influi na equação econômica estabelecida pelo contrato, enquanto aquela se mostra como prerrogativa da Administração Pública para melhor atender ao interesse público.

Vale destacar entendimento do professor Romeu Felipe Bacellar Filho⁴⁹, para quem a Teoria do Fato do Príncipe apoia-se em atos e não em fatos, razão pela qual não está abrangida pelo artigo 65, inciso II, alínea “d”, nem mesmo por seu § 5º (imponibilidade de tributos ou encargos legais), porque não há imprevisibilidade exigida pela teoria, sendo possível ter ampla ciência dos projetos de lei em trâmite.

4.1.3. Fato da administração

O fato da administração envolve comportamento da Administração contratante que provoca atraso ou até mesmo impede a execução do contrato, enquadrando-se

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 7. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 210.

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula. O estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116.

⁴⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 129-130.

como álea administrativa. Caso tais atitudes agravem os encargos do contratado, ensejará o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato de modo integral.

Figuram como exemplos: a Administração contratante deixa de entregar ao contratado a matéria-prima do equipamento a ser fabricado, a não liberação do imóvel para execução do objeto, a não expedição da ordem de serviço, a falta dos pagamentos contratualmente estabelecidos ou qualquer outro ato que impeça os trabalhos da outra parte.

Dos exemplos, verifica-se que o fato da administração envolve omissão ou execução inadequada (descumprimento) por parte da Administração contratante, de ato imprescindível para que o contratado execute o objeto contratual. Enquanto inadimplência da Administração contratante enseja a recomposição do equilíbrio econômico financeiro ou rescisão do ajuste, sendo defensável a consequente indenização por perdas e danos.

A discussão fica por conta da possibilidade do particular contratado, frente à ocorrência do fato da administração, paralisar a execução do contrato, aventando a *exceptio non adimpleti contractus*.

O Código Civil brasileiro admite, por meio dos seus artigos 476 e 477.

“Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

“Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

No Direito Administrativo, como regra, não se aplica essa cláusula em favor do particular em razão dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o privado.

Contudo, alguns dispositivos constantes da Lei nº 8.666/93 admitem a invocação do preceito pelo particular, conforme se verifica do contido nos incisos XIV, XV e XVI do artigo 78.

Para Marçal Justen Filho⁵⁰ a inaplicabilidade da exceção do contrato não cumprido ocorre em virtude do Estado Democrático de Direito, dos princípios constitucionais e dos interesses fundamentais. Ressalta que as hipóteses previstas na Lei de licitações conferem ao particular o exercício de prerrogativas assemelhadas à exceção de contrato não cumprido. E afirma: *“portanto, o particular pode opor-se à conduta abusiva da Administração e pretender suspender a execução de suas prestações. No caso, haverá não a invocação da exceptio non adimpleti contractus, mas a imputação do desvio de finalidade”*.

Mostra-se de todo recomendável a prévia comunicação à Administração quanto à suspensão do cumprimento das obrigações nas hipóteses mencionadas (art. 78, incs. XIV, XV e XVI, da Lei nº 8.666/93). Destaca-se a impossibilidade de rescisão unilateral da avença por parte do contratado. Comumente deverá obter a rescisão pelas vias judiciais.

Indiretamente consagrando o princípio da *exceptio non adimpleti contractus* tem-se a hipótese de inadimplemento da Administração constante do artigo 57, § 1º, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, a qual estabelece que a —omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, autorizará a ampliação do prazo estipulado, além de revisão de cláusulas contratuais, entre elas a do equilíbrio econômico- financeiro, bem como sanções legais aos responsáveis.

Já Celso Antônio Bandeira⁵¹ de Mello critica a conceituação que os autores atribuem ao fato da administração, apontando que eles não mencionam o que dá identidade à figura, a saber, que o fato da administração é comportamento irregular, violador do contrato, apontando ainda, que ele nem sempre impede ou retarda a execução contratual. Conclui apresentando o seguinte conceito: *“comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos*

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 827-828).

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 641.

do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado”.

O fato da administração mostra-se diverso da alteração unilateral promovida pela Administração ao contrato. Aquele envolve omissão ou execução inadequada (descumprimento) por parte da Administração, enquanto esta envolve o exercício de prerrogativa da Administração Pública quando indispensável à satisfação do interesse público envolto no contrato.

Igualmente, mostra-se diverso o fato da administração da força maior, conforme comenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵², porque em que pese ambos serem imprevisíveis, inevitáveis, na força maior, o fato é estranho à vontade das partes, enquanto o fato da administração é a ela imputável. Ademais, a força maior torna impossível o cumprimento da obrigação, isentando as partes de seus deveres, sem responsabilidade por inadimplemento (artigo 393 do Código Civil brasileiro de 2002); enquanto o fato da administração pode determinar a paralisação temporária ou definitiva, arcando a Administração com os prejuízos sofridos.

Ainda no campo da diferenciação das teorias, o fato da administração difere do fato do príncipe, pois o primeiro relaciona-se direta e especificamente com o contrato, e o segundo decorre de ato geral do Poder Público que, reflexamente, nele repercute.

4.1.4. Teoria da imprevisão

A ideia de que as obrigações devem considerar o tempo em que se contratou, ou seja, devem ser vistas em correlação com o estado de coisas ao tempo em que se contratou, remonta à Idade Média, quando os romanos já previam possibilidade de alteração nas estipulações por fatores estranhos à relação contratual, por meio da cláusula contratual *rebus sic stantibus*. Em verdade, ela surgiu como regra moral do

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. In: TELLES, Antonio A. Queiroz e ARAÚJO, Edmir Netto de (Org.). Direito administrativo na década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao professor J. Cretella Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 118.

cristianismo, exigindo-se equivalência das prestações relativamente a um ato a título oneroso.

Após se tornou regra jurídica, em contraposição às durezas do *pacta sunt servanda* do direito romano, sendo muito empregada entre os séculos XIV e meados do século XVIII. No século XX, a cláusula *rebus sic stantibus* ressurgiu vigorosa sob as vestes da teoria da imprevisão, sendo tida como implícita nos contratos administrativos.

A teoria da imprevisão defende o equilíbrio contratual frente a agravos econômicos decorrentes de fatos imprevisíveis e inevitáveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, produzidos por forças alheias às pessoas contratantes, não imputáveis a elas e que provocam graves modificações nas condições do contrato, tornando a sua execução excessivamente onerosa para uma das partes.

Ao comentar os requisitos para aplicação da teoria da imprevisão, Marçal Justen Filho⁵³ destaca que o art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93 admite o restabelecimento da equação mesmo quando o fato seja previsível, desde que haja impossibilidade de calcular os seus efeitos.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁴, com o qual comungo do entendimento, defende que de acordo com a teoria da imprevisão, o contratado faz jus à plena restauração do equilíbrio contratual caso ocorra superveniência de eventos imprevisos de ordem econômica ou que surtem efeitos de natureza econômica, alheios à ação das partes, que repercutam de maneira seriamente gravosa sobre o equilíbrio do contrato.

O mesmo autor relata que a teoria da imprevisão instaurada na França sob feição circunscrita, com partilha de prejuízos entre Administração e particular,¹⁶⁶ assumiu novo caráter porque os casos a serem por ela atendidos não correspondiam a fenômenos esporádicos, presos a situações transitórias. A instabilidade adquirira foros de normalidadell, razão pela qual deve ser garantido integralmente o equilíbrio econômico financeiro avençado no tempo da constituição do vínculoll.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 748.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 632.

E cita Francis-Paul B  noit⁵⁵, afirmando que a indeniza  o de imprevisão transmutou-se de ajuda parcial temporária em meio de garantia do equilíbrio econômico financeiro estipulado por ocasião do contrato, nele incluído o lucro.

A revisão dos preços contratuais pela aplica  o da teoria da imprevisão não se confunde com o reajustamento contratual de preços que se faz em atendimento    condi  o do próprio contrato e se prende    álea ordinária. Somente as áleas econ  mica e administrativa, tidas como extraordinárias e extracontratuais, excedentes aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio, que desequilibram significativamente a equa  o econômico-financeira inicial, autorizam a revisão contratual sob a invoca  o da teoria da imprevisão.

Destaca Hely Lopes Meirelles⁵⁶ que não    a simples eleva  o de preços em propor  o suportável, como álea própria do contrato, que rende ensejo ao reajuste da remunera  o contratual avençada inicialmente entre o particular e a Administra  o; s   a álea econ  mica extraordinária e extracontratual    que autoriza a revisão do contrato.

Assim, como no bojo da teoria da imprevisão não dava para atender    álea ordinária, as varia  es de preços que se tornaram comuns e previsíveis na economia moderna e que afetam cotidianamente o contrato administrativo, justificaram a previsão de cláusulas de reajuste e de corre  o monetária, nos moldes do artigo 55, inciso III, da Lei n   8.666/93, que afastam ou mitigam os efeitos da álea econ  mica no contrato.

4.1.5. Sujei  es imprevistas

Alguns autores destacam como variante no plano das consequências da álea econ  mica, enquanto causa apartada da teoria da imprevisão, as sujei  es imprevistas, tidas como dificuldades de ordem material que as partes não podiam prever e que

⁵⁵ B  NO  T, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Dalloz, 1968, p. 632 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 647-648.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Licita  o e contrato administrativo. 7. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 207.

fazem pesar uma carga grave e anormal para o empreendedor (p. ex., encontro de um lençol d'água insuspeitado na escavação de um túnel)⁵⁷.

Referidos fatos/incidentes técnicos são distintos da teoria da imprevisão porque são problemas afetos à execução material do contrato, envolvendo fatos anteriores à contratação, porém somente revelados durante a execução (descoberta de rocha subterrânea durante escavações para execução de obra, por exemplo); enquanto as situações protegidas pela teoria da imprevisão são incidentes de natureza econômica que sobrevêm ao contrato, como a variação desmedida no preço dos insumos usados na execução da obra, variação no câmbio do dólar, etc.

As sujeições imprevistas não se confundem com o fato imprevisto, que se caracteriza pela concretização supervenientell, haja vista que não se trata de um fato novo, mas de um fato pretérito desconhecido, apto a impossibilitar a execução contratual tal como originalmente concebida.

A ocorrência das sujeições imprevistas não costuma impedir a execução do contrato e em que pese não conter previsão expressa na Lei nº 8.666/93, a solução jurídica assenta-se na adequação dos preços (tal qual ocorre frente ao fato superveniente ou de consequências incalculáveis) e dos prazos à realidade concreta.

4.1.6. Caso fortuito e força maior

Entende-se por força maior aquele evento irresistível, o qual pode ser previsível, sendo inevitáveis os danos, porque impossível resistir aos acontecimentos, haja vista se tratar de força sobranceira, superior. Possível citar como exemplos tempestade, terremoto, doença grave.

⁵⁷ VEDEL, Georges. Droit administratif. 3 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1964, p. 634 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 639.

Para Hely Lopes Meirelles⁵⁸ diferencia as interferências imprevistas de outras eventuais superveniências (caso fortuito, força maior, fato do príncipe, fato da Administração), porque estas sobrevêm ao contrato, ao passo que aquelas o antecedem, mas se mantêm desconhecidas até serem reveladas através das obras e serviços em andamento, dada a sua omissão nas sondagens ou sua imprevisibilidade para o local, em circunstâncias comuns de trabalho. Enquanto o caso fortuito mostra-se como o evento dotado de imprevisibilidade, não se pode esperar. Caso fosse possível prever, poderia eventualmente ser evitado.

Referidos eventos (força maior e caso fortuito), que devem ocorrer após a apresentação da proposta, sem culpa do contratado, são causa de desequilíbrio da equação econômico-financeira, tendo o legislador admitido a revisão com fundamento no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93, bem como a rescisão no artigo 78, inciso XVII da mesma lei.

Marçal Justen Filho⁵⁹ afirma que a alínea “d” do inciso II do artigo 65 admitiu expressamente o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro mesmo quando a ruptura derivar de eventos previsíveis, cuja previsibilidade configure-se após formulada a proposta, desde que sejam imprevisíveis suas decorrências, ou seja, sem possibilidade de evitar a ocorrência do fato e suas consequências. Para ele, a amplitude da redação abrange as diversas manifestações de caso fortuito e força maior.

Em sentido contrário, Hely Lopes Meirelles⁶⁰ comenta que além da imprevisibilidade e da inevitabilidade, necessário o impedimento absoluto que veda a regular execução do contrato para que o evento seja caracterizado como caso fortuito ou força maior, os quais se mostram como desdobramentos da cláusula rebus sic stantibus. Desse modo, frente à sua ocorrência, não se exige o cumprimento da obrigação.

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 243.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 748 e 750.

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 240-241.

Alcançando a mesma conclusão do professor Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶¹, ao diferenciar a álea econômica da força maior diz que naquela se opera desequilíbrio econômico, aplicando-se a teoria da imprevisão com continuidade do contrato, enquanto na força maior verifica-se a impossibilidade absoluta do prosseguimento da execução, sendo as partes liberadas, sem qualquer responsabilidade por inadimplemento, nos moldes do art. 393 do Código Civil.

Ainda nessa linha de entendimento, Orlando Gomes⁶² ao tratar da teoria dos riscos, comenta que a impossibilidade superveniente da prestação, proveniente de causa não imputável ao devedor, extingue o vínculo obrigacional. Tem-se o inadimplemento fortuito. Exonera-se o devedor de cumpri-la e como não atuou com culpa (razão pela qual se pode falar em risco, haja vista que onde há culpa, risco não existe), não tem responsabilidade pela inexecução, não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, a menos que se tenha obrigado ou que estivesse em mora quando se verificaram, tal como prevê o artigo 393 do Código Civil.

⁶¹ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 284.

⁶² GOMES, Orlando. Obrigações. 15 ed. revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 187.

5. CONCLUSÃO

Nos contratos administrativos, a Administração Pública deseja obter a execução da obra, o produto propriamente dito, a prestação do serviço, entre outros objetos, enquanto o particular, ainda que em colaboração para a consecução das finalidades públicas, tem como interesse, além do retorno do investimento, o ganho econômico (lucro).

O contrato contempla o encargo definido pela Administração Pública e a remuneração a ser percebida pelo particular para tanto, devendo ser justo para ambas as partes. Às obrigações decorrentes do cumprimento do contrato deve corresponder uma remuneração respectiva, apta para proporcionar a perfeita execução do objeto, além do lucro almejado.

A essa relação de equivalência entre encargos e remuneração convencionou-se denominar equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Essa equação se forma quando da apresentação da proposta na licitação ou no processo de contratação direta, sendo assegurada a sua manutenção no curso da execução contratual, retratando uma balança em nível.

Portanto, caso o equilíbrio econômico financeiro seja afetado em virtude de diversos motivos, como modificação do encargo, a exemplo da alteração quantitativa em que o objeto do contrato é acrescido ou suprimido na proporção do valor (art. 65, inciso I, alínea “b” e §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93); ou ainda do advento de novo documento coletivo de trabalho da categoria envolvida na prestação do serviço contratado; de variações significativas de preço no mercado ou novos tributos e/ou novas alíquotas desses, com origem em fatos supervenientes à apresentação da proposta e relacionados diretamente com os custos do contrato, entre outras ocorrências, assegura-se a recomposição da equação econômico-financeira do contrato, a qual se mostra intangível.

Ademais, o contrato deve cumprir sua função social, nos moldes do que preconiza o artigo 421 do Código Civil brasileiro, tida como cláusula geral, o que exige trocas úteis e justas, em atenção aos princípios da probidade e boa-fé (artigo 422), por

meio do comportamento leal dos contratantes, sem que se constate enriquecimento sem causa, conforme se viu no estudo dos princípios de direito aplicáveis aos contratos administrativos, que guardam estreita relação com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Deve também o contrato cumprir a sua função econômica, de modo a garantir a remuneração correspondente, em atenção ao espírito lucrativo inerente aos contratos administrativos, bem como, pelo lado da Administração contratante, com o pagamento do que é justo para o cumprimento dos encargos assumidos pelo particular.

É falsa a impressão de que o equilíbrio econômico financeiro defende tão somente os interesses do particular, esse princípio atende sobremaneira aos interesses públicos. Isso porque, cientes os particulares de que resta assegurada a intangibilidade da equação econômico-financeira, não precisam inserir gordura em suas propostas como meio de prevenirem-se contra situações supervenientes.

Com isso, a Administração contratante arcará apenas com o efetivo custo do contrato, sendo um benefício para ela pagar apenas pelas consequências geradas pelas ocorrências que efetivamente advierem e se mostrarem comprovadas.

Desse modo, além do necessário estudo referente às causas e teorias autorizadas do equilíbrio dos contratos administrativos, como alteração unilateral do contrato, fato do príncipe, fato da administração, teoria da imprevisão, sujeições imprevistas, caso fortuito e força maior, mostrou-se imprescindível a consideração de que o contrato envolve as áleas ordinária e extraordinária.

A álea ordinária deve ser suportada pelo contratado, uma vez que inerente a todo negócio e previsível. Neste caso, não há que se falar em recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, respondendo o particular integralmente por eventuais reduções de ganho ou até mesmo prejuízos que ocorram durante a execução contratual.

As outras duas áleas (administrativa e econômica) são tidas como extraordinárias e, como tal, ensejam o reequilíbrio econômico contratual.

Conforme vimos, os institutos existentes no Direito brasileiro para fazer frente à álea ordinária são o reajuste e a atualização financeira, havendo o reajuste em sentido estrito e a repactuação. Já a revisão incide nas hipóteses de álea extraordinária.

Ao tratar da inexistência de previsão contratual de reajuste ou repactuação, a repactuação cindida ou não, a oscilação de moeda estrangeira, a revisão em virtude de fato do príncipe, o presente estudo buscou auxiliar na solução de problemas concretos, vivenciados quanto à equação econômica financeira dos contratos administrativos, ainda que existam inúmeros outros casos. Isso porque não bastam as previsões constitucional e legal da manutenção da equação econômico-financeira, a defesa dos doutrinadores e do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas, caso o assunto não seja conhecido e incorporado pela Administração Pública e pelos particulares contratados, a ponto de torná-lo efetivo.

A efetividade de todo esse panorama estimulará a atuação da iniciativa privada no exercício de atividade pública, visto o particular como colaborador do interesse público, sendo certo que a repulsa a toda forma de desequilíbrio na correlação econômica durante a vigência e a execução do ajuste prestigiará princípios do Estado Social e Democrático de Direito, como equidade, boa-fé, vedação ao enriquecimento sem causa, entre outros.

A intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo exterioriza o entrelaçamento entre o econômico e o social, em que o contratado, vendo satisfeitas as condições originárias do contrato celebrado, executará o objeto do melhor modo possível, atendendo às aspirações do corpo social, o qual retrata o interesse público que motivou sua celebração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIA

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo - Coleção curso & concurso - Coordenador Edilson Mougenot Bonfim. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

BÉNOÎT, Francis-Paul. Le droit administratif français. Dalloz, 1968, p. 632 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Contratos administrativos. Caracas: Ediorial Jurídica Venezolana, 1992.

CAETANO, Marcello. Princípios fundamentais do direito administrativo. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria da Silva Zanella. Direito administrativo. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. In: TELLES, Antonio A. Queiroz e ARAÚJO, Edmir Netto de (Org.). Direito administrativo na década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao professor J. Cretella Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. (Org). Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ESCOLA, Hector Jorge. Compendio de Derecho Administrativo. Vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1990.

GOMES, Orlando. Obrigações. 15 ed. revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula. O estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003.

LIMA, Renata Faria Silva. Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 7. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

PARADA, Ramón. Derecho Administrativo: Parte General. 15ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PÉQUIGNOT, Georges. Théorie générale du contrat administratif. Paris: Éditions A. Pédone, 1945.

RIVERO, Jean. Direito administrativo. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RMS 24.286/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado em 18/02/2014. veiculada pelo Informativo nº 736 do Supremo Tribunal Federal.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro. Curitiba: Juruá, 2010. p. 189.

TEPEDINO, Gustavo. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. São Paulo: Renovar, 2006.

VEDEL, Georges. Droit administratif. 3 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1964, p. 634 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis n. 8.987/95 e legislação subsequente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.