

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO
DIREITO

Jorge Alfredo da Rosa Missaggia

TEORIA DA IMPREVISÃO:
a onerosidade excessiva como pressuposto para o reequilíbrio
econômico-financeiro dos contratos administrativos

Porto Alegre
2017

JORGE ALFREDO DA ROSA MISSAGGIA

TEORIA DA IMPREVISÃO:
a onerosidade excessiva como pressuposto para o reequilíbrio
econômico-financeiro dos contratos administrativos

Monografia ao Departamento de Direito
Público e Filosofia do Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Porto Alegre

2017

JORGE ALFREDO DA ROSA MISSAGGIA

TEORIA DA IMPREVISÃO:

a onerosidade excessiva como pressuposto para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos

Monografia ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 18 de julho de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Prof. Dr. Juliano Heinen

Doutorando Gustavo Fontana Pedrollo

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, e sempre, aos meus pais, Jorge e Wilma, por apontarem o caminho, mais com exemplos do que com palavras.

Aos meus filhos Luana, Ariel e Vítor, por existirem, por serem o que são, por serem o combustível que me faz conseguir ir adiante.

À minha irmã Rita e ao meu primo André, meus grandes amigos de qualquer hora.

Aos colegas que se tornaram amigos: Brayner, Cassiano e Gabriela, pela parceria.

Aos meus “bros” Telmo e Arnaldo, pelas discussões proveitosas.

E, por fim, àquele seletto grupo de professores da Faculdade de Direito da UFRGS que efetivamente honram essa difícil tarefa de ensinar, na pessoa do meu orientador e grande professor Rafael Maffini.

RESUMO

Esse estudo pretendeu comprovar a validade do pressuposto de onerosidade excessiva para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua importância para o interesse público. A técnica de pesquisa foi predominantemente a bibliográfica, com a exposição da doutrina pertinente. O estudo se estrutura em quatro partes: na primeira, abordam-se os conceitos legal e doutrinário de Administração Pública, bem como os princípios a ela inerentes; na segunda, examina-se o conceito de contrato administrativo, com ênfase nas suas características e peculiaridades; na terceira parte, discorre-se sobre o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, seu embasamento legal e o momento de sua definição; e, na última parte, analisa-se o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, suas causas, as formas pelas quais podem ser recompostos, bem como, e principalmente, as divergências doutrinárias sobre o tema.

Palavras-chave: Administração Pública. Direito Administrativo. Contrato Administrativo. Equilíbrio Econômico-Financeiro. Teoria da Imprevisão. Onerosidade Excessiva.

ABSTRACT

The aim of this study is to verify the validity of the principle of excessive onerosness for the economic and financial rebalancing of the administrative contracts in the Brazilian legal system, as well as its importance for the public interest. The research technique used here was predominantly bibliographical, with the exposition of relevant doctrine. This study is divided into four parts: The first part addresses the doctrinal and legal concepts of Public Administration, as well as the principles inherent to that; The second part discusses the concept of contract within the administrative legal regime, its characteristics and peculiarities; The third part deals with the principle of economic-financial balance of administrative contracts, its legal basis and the moment of its definition; The last part analyzes the economic-financial imbalance of administrative contracts, their causes, the ways in which they can be recovered, and the the doctrinal divergences of this subject.

Keywords: Public Administration. Administrative Law. Administrative Contratcts. Balance of Administrative Contracts. Theory of Imprevision. Excessive Onerousnes

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	15
2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	17
2.1 CONCEITO	17
2.2 REGIME JURÍDICO DA ADMINSTRAÇÃO PÚBLICA	19
2.3 PRINCÍPIOS DA ADMINSTRAÇÃO PÚBLICA	21
3 O CONTRATO ADMINISTRATIVO	24
3.1 CONCEITO	24
3.2 CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES DOS CONTRATOS ADMINSTRATIVOS.....	27
4 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS.....	31
4.1 ORIGEM: A TEORIA DA IMPREVISÃO	31
4.1.1 A Teoria da Imprevisão no Direito positivo brasileiro.....	32
4.2 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINSTRATIVOS.....	39
4.2.1 Considerações preliminares	39
4.2.2 Conceito.....	39
4.2.3 Momento da definição do equilíbrio econômico-financeiro.....	41
5 O DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINSTRATIVOS.....	43
5.1 FATORES QUE DESEQUILIBRAM O CONTRATO ADMINISTRATIVO	43
5.1.1 Caso fortuito e força maior	44
5.1.2 Álea administrativa.....	45
5.1.3 Álea econômica	51
5.2 A QUESTÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA COMO REQUISITO PARA O REEQUILÍBRIO DO CONTRATO ADMINSTRATIVO	54
5.2.1 Considerações iniciais	54
5.2.2 Posicionamento do Tribunal de Contas da União – TCU.....	55
5.2.3 Divergências doutrinárias	57
5.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS	66
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS.....	73

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, para levar a bom termo o seu principal papel dentro do Estado, que é a satisfação do interesse público, necessita, muitas vezes, dos serviços dos particulares, os quais devem ser contratados mediante processo de licitação, conforme determinado na Constituição Federal.

Tais contratos, por terem a Administração como parte e o interesse público como finalidade, são chamados de “contratos administrativos” e são dotados de certas características e peculiaridades que os distinguem dos contratos privados. Tais características decorrem do fato de a Administração poder alterar o contrato, em nome do interesse público. Nos casos em que essa intervenção acarrete algum desequilíbrio nas cláusulas econômico-financeiras do contrato, ele deve ser recomposto pela Administração. Uma das formas de recomposição desses contratos administrativos se dá através da chamada “teoria da imprevisão”, a qual só pode ser invocada se, entre outros motivos, o contrato sofreu abalo substancial a ponto de ter sua execução retardada ou impedida.

Tal teoria, por alguns autores de “teoria da onerosidade excessiva”, é aceita por grande parcela da doutrina pátria como condição necessária para que o contrato administrativo possa ser reequilibrado pela Administração Pública, em acordo com o particular.

No entanto, há uma corrente doutrinária que, em sentido diverso, entende que nosso ordenamento jurídico não acolhe a tese de que a onerosidade excessiva seja requisito necessário para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Vale dizer, para esta corrente, qualquer abalo no contrato, que não tenha sido provocado pelo particular, já é motivo suficiente para ensejar o seu reequilíbrio, dispensadas quaisquer avaliações quanto à dimensão desse abalo.

Para bem entender as razões dessa divergência, é necessário investigar as origens da teoria da imprevisão, sua incorporação pelo direito positivo brasileiro e como ela é tratada pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive a do Tribunal de Contas da União. Essa é a proposta do presente trabalho.

O estudo se estrutura em quatro partes: na primeira, abordam-se os conceitos legal e doutrinário de Administração Pública, bem como os princípios a ela inerentes; na segunda, examina-se o conceito de contrato administrativo, com ênfase nas suas características e peculiaridades; na terceira parte, discorre-se sobre o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, seu embasamento legal e o momento de sua definição; e, na última parte, analisa-se o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, suas causas, as formas pelas quais podem ser recompostos, bem como, e principalmente, as divergências doutrinárias sobre o tema.

Somos cientes dos limites que um trabalho dessa natureza impõe ao seu autor quanto à manifestação de opiniões pessoais; tais limites pretendem resguardar os trabalhos de pesquisa daquilo que é talvez o maior problema desse nosso tempo de redes sociais: a manifestação de opiniões sem embasamento teórico e sem a construção de um pensamento estruturado. Em resumo, o popular “achismo”.

No entanto, entendemos que um trabalho que tem por objeto investigar divergências, sendo que essas perpassam o campo teórico e manifestam-se na realidade concreta, não poderia ser furtar de propor alguma solução, mesmo correndo os riscos acima apontados, os quais obviamente tenta-se minimizar com apoio na sólida bagagem dos doutrinadores. Assim, com antecipadas escusas pela ousadia, naqueles pontos que consideramos oportuno, apresentamos nosso posicionamento e alinhamento com a corrente que, a nosso ver, tem o entendimento mais adequado para a divergência analisada.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 CONCEITO

É voz corrente entre os doutrinadores que conceituar Administração Pública não é tarefa das mais fáceis, tanto pelos diversos sentidos que pode adquirir o vocábulo, quanto pelos diversos campos em que se desenvolve a atividade administrativa (MEIRELLES, 2007, p. 83).

Aludindo a essa dificuldade, Odete Medauar diz que: “a Administração se deixa descrever, mas não se deixa definir, sobretudo ante sua complexidade e o caráter multiforme de suas atuações”. Para a autora, a Administração Pública como objeto precípua do direito administrativo encontra-se inserida no Poder Executivo e pode ser considerada sob dois aspectos:

No aspecto funcional, Administração Pública significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções do governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo. Sob o ângulo organizacional, Administração Pública representa [...] o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de Governo. (2011, p. 50-51).

Hely Lopes Meirelles (2007, p. 64), ao fazer a distinção necessária entre Governo e Administração, assim define Administração Pública:

Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização dos serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

De se ressaltar que tal autor, quando escreve *Administração Pública*, com maiúsculas, está-se referindo a pessoas e órgãos administrativos, e com minúsculas – *administração pública* – alude à atividade administrativa em si mesma. Nesse sentido, assim se manifesta:

No Direito Público – do qual o Direito Administrativo é um dos ramos – a locução *Administração Pública* tanto designa pessoas e órgãos governamentais como a atividade administrativa em si mesma. Assim, pode-se falar de *administração pública* aludindo-se aos instrumentos de governo como à gestão mesma dos interesses da coletividade (MEIRELLES, 2007, p. 84).

Para corroborar o entendimento acima exposto, cita Alessi (1949, pp. 37 e ss, apud MEIRELLES, 2007, p. 84) para quem Administração Pública, no sentido subjetivo, é o conjunto de órgãos e serviços do Estado e, no objetivo, é o Estado agindo concretamente em cumprimento de sua missão.

Na mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 82), para quem são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão, a saber:

- a) em sentido **subjetivo, formal** ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende **pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos** incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
- b) em sentido **objetivo, material** ou **funcional**, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido a Administração Pública é a própria **função administrativa** que incumbe, **predominantemente**, ao Poder Executivo.

Também Diógenes Gasparini leciona a favor de que a expressão, pelo critério formal, é sinônimo de Estado (Administração Pública) e, pelo material, equivale à atividade administrativa (administração pública). Alude aos ensinamentos de José Antônio da Silva (2001, p. 635, apud GASPARINI, 2007, p. 45), para quem a Constituição Federal, em seu art. 37, usa a locução “Administração Pública” nos dois sentidos:

Como conjunto orgânico, ao falar em Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Como atividade administrativa, quando determina sua submissão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência da licitação e os de organização do pessoal administrativo.

Rafael Maffini (2016, p. 24) acrescenta que esses dois significados que se atribuem à expressão Administração Pública não são excludentes entre si, tendo em vista que, normalmente, quem executa as funções inerentes à Administração Pública já faz parte da estrutura de Administração Pública. Mas ressalta que tal coincidência não é necessária, uma vez que existem casos em que a função de Administração Pública é exercida por quem não é integrante da estrutura de Administração Pública,

bem como às vezes ocorre de entidades da estrutura da Administração Pública não serem diretamente designadas para exercer a função estatal de Administração Pública.

Por fim, a Lei 8.666/93, em seu art. 6º, assim define Administração e Administração Pública:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente.

Sobre a definição legal, Marçal Justen Filho ensina que a expressão **Administração Pública** é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com “Poder Executivo”, já que indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando essa contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo. Já a expressão **Administração, isolada**, é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. (2008, p. 129).

2.2 REGIME JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para Maria Sylvia Di Pietro “[...] a expressão **regime jurídico da Administração Pública** é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública”, ao passo que **regime jurídico administrativo** abarca um “[...] conjunto de traços, de conotações, que tipificam o direito administrativo colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa”. Pode-se dizer, na opinião da autora, que o regime administrativo resume-se a duas palavras, apenas: **prerrogativas** e **sujeições**. (2016, p. 92).

As particularidades do Direito Administrativo decorrem dessas duas ideias opostas: de um lado, normas legais que conferem à Administração prerrogativas em

relações aos particulares e, de outro, a que, em função do princípio da legalidade, lhe impõe sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares. (2016, p. 92, apud RIVERO, 1973, p. 35). Em outras palavras, por mais que as prerrogativas coloquem a Administração em posição de superioridade perante o particular, sob a justificativa do interesse público, esse privilégio fica limitado por determinados fins e princípios, os quais, se não observados, implicam desvio de poder e, conseqüentemente nulidade dos atos da Administração. Para a autora, é esse conjunto de prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração - e que não se encontram nas relações entre particulares - que constitui o regime jurídico administrativo. (2016, p. 94).

Esse regime jurídico, para Celso Antônio Bandeira de Mello assenta-se em dois princípios, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. (2016, p. 55-56). Para o autor, todo o sistema de Direito Administrativo se constrói sobre esses princípios, onde estão expressos os elementos do binômio “prerrogativas da Administração-direitos dos administrados” (2016, p. 57, *apud* FALLA, 1958).

A supremacia do interesse público sobre o privado, também chamada simplesmente de princípio do interesse público ou da finalidade pública, significa, segundo Mello, que os interesses da coletividade se sobrepõem aos individuais, razão pela qual a Administração, como guardiã daqueles, recebe da lei poderes especiais não extensivos aos particulares. Diz o autor:

“Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”. (2016, p. 70).

Já a indisponibilidade do interesse público enuncia que os agentes públicos não são donos do interesse por eles defendido. Assim, no exercício da função administrativa, estão obrigados a atuar nos estreitos limites definidos pela lei, conforme leciona Bandeira de Mello:

[...] uma vez que são interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*. (2016, p. 76)

Os dois princípios acima referidos são considerados pela doutrina como “supraprincípios”, por se entender que são eles os princípios centrais de onde se originam todos os demais.

No entanto, recentemente surgiram novas reflexões sobre essa alegada supremacia do interesse público sobre os interesses privados, sendo que as discussões giram, inclusive, sobre sua validade como princípio e sobre sua aplicabilidade no Direito Administrativo. (MAFFINI, 2016, p. 34).

Adentrar nessa discussão foge ao escopo do presente trabalho. Basta, para o que aqui se pretende, referirmos à pacificação da controvérsia proposta por Rafael Maffini, para quem, de um lado, não se deve desconsiderar que o interesse público é inerente a toda e qualquer espécie de conduta estatal; e, de outro, merece efetivamente ser revista essa noção de “supremacia”, que tem servido muitas vezes como instrumento legitimador de arbitrariedades. Uma vez que a ordem constitucional vigente coloca o indivíduo em posição de destaque de proteção constitucional, somente o que deve justificar alguma supremacia do interesse público são as prerrogativas que se encontram positivadas pelo ordenamento jurídico (2007, p. 40).

2.3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios, no Direito contemporâneo, adquiriram *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. (BARROSO e BARCELOS, 2003, p. 32).

Para Rafael Maffini (2016, p. 31), “Vive-se, sim, num *Estado de Direito* que, mais do que um Estado de Leis, tal como em sua feição original, revela-se um

Estado dos Princípios”. O autor enumera o que considera algumas características inafastáveis dos princípios, quais sejam:

- a) não se hierarquizam no plano teórico, senão no caso concreto;
- b) não se classificam, senão para fins didáticos;
- c) não estão condicionados à positivação;
- d) não se esgotam. (2016, p. 33).

Na conceituação de Miguel Reale, princípios “[...] consistem em enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.” (2005, p. 304).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz a lume o conceito de José Cretella Júnior, segundo o qual “Princípios de uma ciência são as **proposições básicas**, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”. (2016, p. 95, apud. CRETELLA JÚNIOR, Revista de Informação Legislativa, v.97:7)

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 97), referindo-se especificamente aos princípios do Direito Administrativo, eles “desempenham o papel de guia; norte que orienta a compreensão desta disciplina e radical que unifica e lhe dá organicidade e coesão”.

O Capítulo VII do Título III da Constituição de 1988 é dedicado à Administração Pública e, em seu art. 37, traz expressos os princípios a serem observados por todas as pessoas administrativas de qualquer dos entes federativos, quais sejam, *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*.

Conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 19), tais princípios “revelam as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles”.

Hely Lopes Meirelles refere que “os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em doze regras de observância obrigatória para o

bom administrador”, que são, além dos expressos na Carta Magna, também os da *razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público*, os quais, embora não mencionados, decorrem do nosso ordenamento jurídico. Tais princípios estão textualmente enumerados no art. 2º da Lei federal 9.784/99, também de observância obrigatória pela Administração Pública, porque, segundo o autor “tal norma, pelo que nela se contém, muito embora de natureza federal, tem verdadeiro conteúdo de normas gerais da atividade administrativa não só da União, mas também dos Estados e Municípios”. (2007, p. 87). O autor ressalva a importância da vinculação obrigatória da atuação da Administração aos Princípios jurídicos em geral e aos Administrativos, em particular, aduzindo que é por esses padrões que se hão de pautar todos os administrativos, pois que são os sustentáculos da atividade pública (2007, p. 87).

3 O CONTRATO ADMINISTRATIVO

3.1 CONCEITO

Maria Sylvia Di Pietro (2016, pp. 297-298), aponta que, em relação aos contratos administrativos, existem no mínimo três correntes, a saber: a que nega a sua existência, por entender que não estão presentes a observância de princípios que os caracterizam; a que entende que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos e, portanto, regidos pelo direito público; e a que entende que o contrato administrativo é espécie do gênero contrato da Administração, com regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Para esta autora, que se alinha com a última corrente, a expressão **contratos da Administração** abarcaria todos os contratos celebrados pela Administração Pública, quer seja em regime de direito público, quer seja de direito privado, enquanto que **contrato administrativo** designa tão somente **os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.** (2016, P. 299).

Renegando as ideias que comparam o contrato administrativo a ato unilateral e a verdadeiras normas jurídicas, Di Pietro entende que ele pode ser enquadrado como contrato, “considerado este em suas características básicas, presentes em qualquer tipo de contrato, público ou privado”, citando Meirelles Teixeira (Parecer sobre permissão e concessão de serviço público *in* RDP 6/115-1160):

- a) um acordo voluntário de vontades, indissolavelmente ligadas uma à outra, reciprocamente condicionante e condicionada, coexistentes no tempo, formando uma vontade contratual unitária;
- b) os interesses e finalidades visados pelas partes apresentam-se contraditórios e opostos, condicionando-se reciprocamente, uns como causa dos outros;
- c) produção de efeitos jurídicos para ambas as partes, ou seja, criação de direitos e obrigações recíprocos para os contratantes; daí a afirmação de que faz lei entre as partes. (2016, P. 301).

Di Pietro aduz que, quanto ao regime jurídico, os contratos celebrados pela Administração compreendem duas modalidades, quais sejam:

1. os **contratos de direito privado**, como a compra e venda, a doação, o comodato, regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas publicistas;
2. os **contratos administrativos**, dentre os quais incluem-se:
 - a. os **tipicamente administrativos**, sem paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviços públicos, de obra pública e de uso de bem público;
 - b. **os que têm paralelo no direito privado**, mas são também regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada. (2016, p. 302).

Rafael Maffini faz uma sistematização do que denomina de *negócios jurídicos da Administração Pública*, categorizando-os em *Contratos da Administração Pública*, *Consórcios públicos*, *Convênios e Contratos de gestão*. No que concerne aos Contratos da Administração Pública, refere que é gênero no qual se inserem duas principais espécies, cujas características estão resumidamente delineadas abaixo:

- a. **Contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública**, que são aqueles cujos objetos satisfazem de forma indireta ou mediata ao interesse público, sendo regidos, por tal motivo, predominantemente pelo direito privado. Nesse tipo de contrato, a Administração Pública é tratada como se fosse um particular, sem prerrogativas especiais; e
- b. **Contratos administrativos**, que são aqueles cujos objetos satisfazem de modo direto ou imediato ao interesse público, razão pela qual, a Administração Pública recebe do ordenamento jurídico uma série de prerrogativas (cláusulas exorbitantes) que a colocam numa posição de supremacia em relação aos que com ela contratam. (2016, P. 194).

Meirelles, por seu turno, faz a distinção entre contrato administrativo atípico, de natureza semipública, que são aqueles onde a Administração realiza contratos sob normas predominantes do Direito Privado, e contrato administrativo propriamente dito, ou contrato administrativo típico, os quais são regidos, obviamente, pelo Direito Público, conceituando esse último como sendo “[...] o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com

outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela Administração” (2007, p. 212).

José Cretella Júnior (1985, pp. 15-16), por sua vez, entende que o contrato administrativo é espécie do gênero contrato de Direito Público, e o conceitua como “[...] todo acordo oposto de vontades de que participa a Administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesses públicos, está submetido a regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum”.

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que, segundo a doutrina corrente, os contratos que a Administração celebra distinguem-se em: a) contratos de Direito Privado da Administração; e b) “contratos administrativos”, os quais são regimes pelo Direito Privado e pelo Direito Administrativo, respectivamente, mas que estão, pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, parificados pelo Direito Administrativo, bem por isso ambos são examinados, quanto à sua legalidade, pelo Tribunal de Contas. (2016, p. 637). Assim, embora fazendo a ressalva de que a doutrina pátria utiliza de maneira imprópria a expressão, conceitua contrato administrativo como:

[...] um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”. (2016, p. 643).

Impende salientar que, pela definição legal – art. 2º, parágrafo único da Lei 8.666/93, pelo menos no que tange ao reequilíbrio dos contratos, a distinção não se mostra relevante. Esse é o entendimento de Renata Faria Silva Lima.

[...] ressaltamos que o art. 37, XXI, da CF/88 garante o equilíbrio contratual ao contratante particular, indistintamente, abrangendo todos os contratos administrativos por ela regidos, quais sejam, aqueles pertinentes a obras, serviços (até mesmo publicidade), compras, alienações e locações, conforme estabelece seu art. 1º.

Cabe lembrar que os exemplos clássicos dos contratos privados da Administração Pública dados pela doutrina são os de compra e venda, e os de locação. O primeiro é expressamente referenciado pela Constituição Federal e o segundo, pela Lei nº 8.666/93, permitindo-nos concluir que nem o constituinte, nem o legislador diferenciam os contratos privados da Administração dos contratos administrativos, para fins de aplicação do princípio do equilíbrio econômico-financeiro (nosso tema). (2007, p. 55).

Com efeito, no que tange especificamente ao reequilíbrio econômico-financeiro, um dos temas que orbita esse trabalho, estão ambos, conforme alude Bandeira de Mello, parificados pelo Direito Administrativo. Nessa linha é o entendimento de Alice Gonzales Borges, para quem mesmo nos contratos de locação a Administração Pública deve prover o reequilíbrio econômico-financeiro (1995, p. 82).

3.2 CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O elemento mais marcante que distingue o contrato administrativo dos demais contratos, entre outros, é a possibilidade de a Administração instabilizar o vínculo, seja alterando unilateralmente o que foi ajustado como obrigação do contratante, seja extinguindo unilateralmente o vínculo (BANDEIRA DE MELLO, 2016, P. 637). Essas formas de instabilização constituem um direito da Administração, limitado, obviamente, pelo respeito aos interesses patrimoniais da outra parte, bem como pela identidade do objeto do contrato (2016, p. 638).

Para a doutrina francesa, seguida pela nossa, esse prerrogativa da Administração advém da prevalência do interesse público sobre o interesse privado, Para aquela doutrina, para qualificar um contrato como administrativo, ele deve atender a três requisitos: a) receber tal qualificação por lei; b) ter por objeto a própria execução de um serviço público; e conter cláusulas “exorbitantes”. (2016, p. 639).

Para Hely Lopes Meirelles o que realmente tipifica o contrato administrativo “é a participação da Administração na relação jurídica com *supremacia de poder* para fixar as condições iniciais do ajuste”, e é em função dessa supremacia que lhe advém a prerrogativa de impor as chamadas *cláusulas exorbitantes do Direito Comum*. (2007, p. 213). Para o autor, tais cláusulas estão explícitas ou implícitas em todo contrato e são “as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado”. (2007, p. 214).

Conforme referido, outros doutrinadores não fazem referência a esse elemento de restrição à atuação da Administração como inerente ao conceito de cláusulas exorbitantes, a exemplo de Carvalho Filho, para quem as cláusulas exorbitantes são “as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada”. (2015, p. 195).

Alguns autores consideram inapropriada a locução “cláusulas exorbitantes” para designar a prerrogativa legal da Administração de modificar os contratos, se assim o determinar o interesse público. Nesse sentido, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho comenta que “[...] a Administração não exercita faculdades ou prerrogativas exorbitantes, porque tais faculdades ou prerrogativas, dispensando cláusulas, se impõem virtualmente na prestação dos serviços públicos”. (1981, p. 51)

Na mesma linha, Fernando Vernalha Guimarães pontua:

A noção de cláusula exorbitante como elemento constitutivo do contrato administrativo é a de algo implícito ao pacto e que mesmo que não externado há de ser assumido pelas partes como norma. Não é a causa do contrato administrativo, mas um de seus efeitos. Todo contrato administrativo está regulado por um regime jurídico exorbitante, o qual contempla determinadas cláusulas exorbitantes, que nada mais são do que efeito da imposição de normas jurídico-públicas injuntivas. Jamais cláusulas contratuais, no sentido que lhe empresta o Direito. Constituem, em suma, poderes jurídico-públicos. (2003, p. 104-105).

Para Maffini, “tais prerrogativas são denominadas cláusulas exorbitantes porque exorbitam da vontade manifestada pelas partes [...]”; não são convencionais e sim decorrentes do Direito Posto (2016, pp. 202-20303). Segue o autor lecionando que, por força dessa legalidade, decorrem duas conclusões inafastáveis: a) as cláusulas exorbitantes obrigam as partes mesmo que não estejam expressas no contrato; e b) são inválidas disposições que disponham sobre inaplicabilidade total ou parcial das cláusulas exorbitantes. (2016, p. 203).

Impende ressaltar que o referido poder-dever conferido à Administração de modificar os contratos, não implica inobservância do *pacta sunt servanda*. Todo contrato – privado ou público – é dominado por dois princípios: o da lei entre as partes e o da observância do pactuado (MEIRELLES, 2007, p. 211).

Os chamados “privilégios” da Administração, como talvez a expressão equivocadamente possa dar a entender, não se traduzem em qualquer espécie de vantagens à Administração Pública que não tenha contrapartida para a outra parte contratante. O contrato administrativo, embora possa ser modificado pela Administração, deve ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas da Lei 8.666/93, respondendo cada qual pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial – art. 66 da Lei 8.666/93.

Além do quê, qualquer modificação que implique desvantagem para o particular acarreta a obrigatoriedade, por parte da Administração, de promover o reequilíbrio contratual, tal como bem assevera Caio Tácito: “Essa garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo [...] preserva a sua natureza *comutativa* (equivalência intrínseca entre as prestações) e sinalagmática (reciprocidade das obrigações)”. (MELLO, 2016, p. 642, *apud* TÁCITO, 1975, p. 293).

No mesmo sentido, os comentários de Marçal Justen Filho sobre as prerrogativas da Administração consubstanciadas no art. 58 da Lei 8.666/93:

Uma das características do regime jurídico dos contratos administrativos reside, tal como exposto, na atribuição à Administração Pública de competências peculiares, consistentes no dever-poder de inovar, unilateralmente, as condições originalmente pactuadas. Por tradição, essas competências são denominadas de “prerrogativas especiais”, mas isso não deve induzir o aplicador a uma interpretação literal. Não existe, num Estado Democrático de Direito, prerrogativas nem privilégios, na acepção medieval dos termos. Trata-se de competências subordinadas ao Direito e cuja atribuição deriva da concepção instrumental da Administração Pública. Incumbe a ela promover a realização de interesses de valor superior. Dever tão severo e subordinado a regime muito rigoroso não poderia ser satisfeito por via dos instrumentos jurídicos normais. Nem se poderia obter resultado satisfatório se a atuação estatal ficasse a depender, em todas as hipóteses, à concordância dos particulares. Portanto, o Direito atribui competências anômalas à Administração Pública. Por meio delas, o Estado pode cumprir os deveres a si impostos. (2008, p. 677-678).

Ainda sobre essa questão, Celso Antônio Bandeira de Mello faz pertinente comentário:

No mesmo sentido é o comentário de Bénôit advertindo contra o equívoco de se supor que as prerrogativas da Administração implicam inculcar ao contraente particular uma posição desfavorável em relação aos contratos privados. Faz notar que, bem ao contrário, sob o ângulo das garantias de

ordem financeira, pode resultar o oposto. Daí sua lição, que vem a preceito: “O regime de contrato de Direito Público pode, bem ao contrário, revelar-se muito mais favorável aos particulares contratantes com a Administração do que o é o regime do contrato de Direito Privado, na medida em que surge como necessário defender o interesse geral através do interesse do particular: a jurisprudência sobre imprevisão ilustra este fato de maneira marcante. (2016, p. 645).

As cláusulas exorbitantes estão elencadas no art. 58 da Lei 8.666/93, mas também se encontram em diversos outros artigos, os quais dispõem sobre modificações unilaterais qualitativas e quantitativas do contrato, rescisão unilateral, fiscalização da execução, aplicação de sanções ao contratado por descumprimento contratual, ocupação provisória de bens particulares, exigência de garantia contratual, exceção de contrato não cumprido, dentre outras.

Alguns doutrinadores tratam o reequilíbrio contratual como cláusula exorbitante. Pelos conceitos aqui expostos, não nos parece que assim seja, uma vez que, embora todo ato da Administração traga embutido um interesse público, a alteração do contrato no reequilíbrio é justificada pelo abalo que este sofreu e pela obrigação constitucional de fazê-lo; o interesse público não é o motivador direto, como ocorre no uso de cláusula exorbitante; além disso, o reequilíbrio do contrato não é exatamente uma alteração nele promovida, mas uma recomposição ao seu estado original; também pode-se dizer que o reequilíbrio não é, como nas cláusulas exorbitantes, nem um privilégio, nem um ato unilateral, mas um poder-dever da Administração que tem de ser promovido por acordo com o particular.

4 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS

4.1 ORIGEM: A TEORIA DA IMPREVISÃO

A teoria do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, e a possibilidade de sua recomposição, quando tal equilíbrio for rompido, tem sua gênese na cláusula *rebus sic stantibus*. Tal cláusula é uma forma sintética da fórmula latina: “*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*”, que, na tradução de Otávio Luis Rodrigues Júnior (2006, p. 35-36-37), quer dizer: “Os contratos que têm trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas”, ou seja, os contratos serão cumpridos da maneira como avençado, se as coisas permanecerem como estavam ao tempo de sua celebração.

A origem da cláusula, pelo menos a que não apresenta tanto dissenso doutrinário, remonta ao Direito canônico, mas, para o presente estudo, importa-nos referenciar o seu ressurgimento a partir do final do séc. XIX, após um longo período de esquecimento, motivado pelo Liberalismo e pelas Revoluções burguesas, conforme relata Adriano Pereira de Castro:

A História é cíclica e a exaltação burguesa à autonomia da vontade e à inviolabilidade das convenções aproximava o Direito da época ao romano e ao império do aforismo “*ab initio sunt voluntatis ex posto facto sunt necessitatis*” (MAIA, 1959, p. 66). O ápice da repulsa ao princípio do *rebus sic stantibus* está no Código Napoleônico, art. 1134: “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui lês ont faites*”. Em português, “o contrato faz lei entre as partes”.

O Direito reflete a época e, no caso, a intervenção estatal era entendida como intervenção autocrática aos assuntos burgueses — até então, os juízes eram nobres nomeados pelo Rei da França. O individualismo revolucionário deve ser entendido antes uma negação da “sapiência” e da “bondade” dos nobres “divinamente iluminados” do que, em primeiro plano, elogio à autonomia da vontade e à liberdade negocial. (2010, p. 5).

Dois eventos marcaram o ressurgimento da prestigiada cláusula: o terremoto que devastou as cidades de Messina e Régio, em 1906, e a recessão causada pela Primeira Guerra Mundial. No primeiro caso, as cortes italianas desobrigaram as empresas de seguro a pagarem os prêmios em decorrência dos incêndios provocados pelo terremoto; no segundo, em função de reclames das companhias concessionárias de gás, que não poderiam prosseguir na exploração de carvão, sob

risco de falência, visto que a guerra de 1914 tinha provocado repentino aumento no preço do carvão. (BITTAR FILHO, 1992, pp. 267-268).

No entanto, a Corte de Cassação francesa insistia na tese de que os contratos deveriam ser cumpridos, exaltando a cláusula *pacta sunt servanda*; ao passo que o Conselho de Estado, diante da gravidade da situação, firmou entendimento que podem ser considerados os precursores da teoria da imprevisão, qual seja: as empresas poderiam deixar de cumprir o contrato, dada a excessiva onerosidade a ele imposta, motivada por fatos alheios à vontade das partes, e que eles não puderem prever quando da celebração do contrato¹.

Para harmonizar as decisões, editou-se a famosa Lei Failliot, de 21 de maio de 1918, a qual consagrou o princípio da revisão para contratos mercantis estipulados antes de 1º de agosto de 1914, cuja execução se prolongasse no tempo. De acordo com a Lei, os contratos poderiam ser revistos se, em virtude da guerra, o cumprimento das obrigações por qualquer dos contratantes acarretasse prejuízo que excedesse em muito a previsão que razoavelmente pudesse ter sido quando de sua celebração. (PEREIRA DE CASTRO, 2010, p. 6).

A Lei Failliot, segundo Pereira de Castro (2010, p. 6), “[...] tem como principal mérito ser termo final de vigência da concepção liberal que vigorara no pensamento europeu de então”.

4.1.1 A Teoria da Imprevisão no Direito positivo brasileiro

4.1.1.1 No direito privado

O Código Civil de 1916 não assimilou, explicitamente, o princípio segundo o qual o contrato faz lei entre as partes, apenas dizia – art. 928, que a obrigação opera entre as partes, ou seja, que a obrigação tem efeitos entre os contratantes,

¹ Os dois julgadores históricos que originaram toda a doutrina referente ao equilíbrio econômico-financeiro na França e em diversos outros países foram o caso da Cie. Générale Française des Tramways (1910) e o caso da Compagnie Générale D’Éclairage de Bordeaux (1916). (LIMA, 2007, p.62)

sujeitando-os, reciprocamente. Isso não quer dizer, no entanto, que o Código não abrigou o *pacta sunt servanda* (BITTAR FILHO, 1992, pp. 272-273). Citando obra pioneira e erudita de Arnaldo Medeiros da Fonseca, o autor informa que somente a partir de 1930, diante de novas disposições legislativas, foi que esse estudioso reconheceu que a legislação brasileira admitia o princípio da imprevisão.

Renata Faria Silva Lima cita julgados da época, que demonstram o acolhimento, pela jurisprudência, da referida teoria:

Nelson Hungria, em 1930, então juiz, admitiu, em primeira instância, que uma promessa de compra e venda de imóveis firmada há 18 anos fosse resolvida: 'Cláusula rebus sic stantibus – Resolubilidade dos contractos bilateraes de execução futura, quando sobrevém um fato imprevisto e imprevisível, alterando radicalmente a equação entre as prestações recíprocas'. Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal. Rio de Janeiro: Livraria Jacynto, v. 100, p. 177-9, abr/1931.

Em 1938, o STF manifestou-se pela primeira vez sobre a questão. 'Inexecução das obrigações – Dos contratos – Cláusula rebus sic stantibus – Da sua existência em nosso direito – Do seu renascimento no direito estrangeiro em consequência da grande guerra – Aplicação dos arts. 954, I, 1.058 e 1.091 do Código Civil', Revista dos Tribunais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, v. 116, p. 224, Nov/1938. (1931, P. 177-179 apud LIMA, 2007, p. 12).

A autora ressalta que a referida cláusula adquiriu uma nova roupagem que lhe deu a teoria da imprevisão, citando lições de Jorge Americano e de Pontes de Miranda, para quem a cláusula *rebus sic stantibus* não inclui em seus pressupostos de aplicação a onerosidade excessiva ou a imprevisibilidade (LIMA, 2007, p. 13).

No direito privado brasileiro contemporâneo, a teoria da imprevisão encontra-se consagrada no Código do Consumidor – CDC, Lei 8078/90, em seu art. 6º, inc. V, e no Código Civil de 2002, nos artigos 317 e 477 a 480.

4.1.1.2 No direito administrativo

Em relação às concessões de serviços públicos, já a partir da Constituição Federal de 1934 havia a preocupação do constituinte em evitar que a remuneração dos concessionários não excedesse a justa remuneração do capital investido, garantindo-se o equilíbrio do ajuste:

Constituição de 1934:

Art 137 - A Lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.

Constituição de 1937:

Art 147 - A Lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços.

A Lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.¹⁰⁰

Constituição de 1946:

Art 151 - A Lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a Lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.

Constituição de 1967, com a EC de 1969:

Art 167 - A Lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

Em relação à evolução no tempo da normatização atinente ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, o seu marco histórico, segundo LIMA (2007, p. 47), é o Decreto nº 309/61, que em seus arts. 1º ao 5º assim dispunham:

Art. 1º Os contratos de obras ou serviços por empreitada poderão conter cláusula de reajustamento de processos desde que estipulada previamente nos editais, cartas-convites ou respectivas especificações das concorrências públicas ou administrativas.

Art. 2º Os contratos com prazos de execução até 6 (seis) meses serão inatualizáveis, salvo motivo de força maior ou caso fortuito.

Art. 3º A revisão dos preços só será admitida nos casos fortuitos e de força maior (art. 1.038, do Código Civil), ou quando ocorrer qualquer das seguintes circunstâncias:

a) alteração apreciável das condições econômicas existentes no tempo da concorrência em razão de fatos supervenientes e imprevisíveis;

b) ônus supervenientes excessivo, decorrente de ato do Estado;

Parágrafo único. Na verificação da circunstância enumerada no item b, deste artigo, serão levados em conta os atos do Poder Público que alterem sensivelmente a situação cambial e alfandegária, os níveis salariais e os encargos sociais e trabalhistas.

Art. 4º A simples diminuição de lucro ou ocorrência de prejuízo, conexos ao risco comercial comum, não serão objeto de reajustamento.

Art. 5º Os cálculos de revisão serão efetuados, mediante iniciativa da parte interessada, decorrido o prazo inicial de 6 (seis) meses da data da concorrência e por iguais períodos subseqüentes à primeira revisão.

§ 1º O reajustamento só será devido quando a variação dos preços unitários fôr superior, para mais ou para menos, a 10% (dez por cento) dos preços unitários inicialmente contratados, calculada sua incidência de acôrdo com a fórmula do art. 7º.

Referido normativo embora limitado aos contratos de obras públicas com prazo superior a seis meses, já delineava os requisitos que, atualmente, se entende como necessários ao reequilíbrio dos contratos administrativos, tais como revisão de preços somente “se ocorresse ‘alteração apreciável das condições econômicas existentes no tempo da concorrência em razão de fatos supervenientes e imprevisíveis” ou “ônus superveniente excessivo decorrente de ato do Estado” (onerosidade excessiva). Já fazia referência à álea ordinária, ao referir que a “simples diminuição de lucro ou ocorrência de prejuízos, conexos ao risco comercial comum, não seriam objeto de reajustamento”. Por fim, e não menos interessante, trazia um critério concreto, quantificável, para definir quando seria devido o reajustamento.

Somente bem mais tarde, exatamente 25 anos após, é que foi editada norma de caráter geral, que garantisse ao particular a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado com a Administração, que se deu por meio do Decreto-lei nº 2.300, de 22-11-86, que tratou do tema em seu art. 55:

Art. 55. Os contratos regidos por este decreto-lei poderão ser alterados nos seguintes casos:

I - unilateralmente, pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por este decreto-lei;

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução ou do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade nos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial;
- d) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos.

§ 2º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no parágrafo anterior.

§ 3º No caso de supressão de obras ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição, regularmente comprovados.

§ 4º No caso de acréscimo de obras, serviços ou compras, os aditamentos contratuais poderão ultrapassar os limites previstos no § 1º deste artigo, desde que não haja alteração do objeto do contrato.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados alterados ou extintos, após assinatura do contrato, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato, que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial, sendo que as alterações de que tratam as alíneas "c" e "d" do item II deste artigo e seus §§1º e 4º restringem-se aos casos de força maior efetivamente comprovada.

Atualmente, no âmbito constitucional, o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos está consagrado , *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

[...]

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

Em nível infraconstitucional, a Lei 8.666/93 regulamenta o citado preceito constitucional. Nos §§ 1º e 2º do art. 58, garante-lhe imunidade contra as prerrogativas da Administração instituídas no caput e incisos, preservando a intangibilidade da equação:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

[...]

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Por sua vez, o art. 65, nas disposições abaixo, cuida das hipóteses em que, por acordo das partes, o equilíbrio do contrato poderá ser restabelecido:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[...]

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Da mesma forma, a Lei de Concessões - Lei 8.987, de 13.2.1995 -, em diversos dispositivos trata da proteção à equação econômico-financeira, tal como nos arts. 9º e 10, *in verbis*:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior.

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de qualquer tributo ou encargos legais, após a apresentação, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, mais recentemente, a Lei 13.303/2016, que criou um novo regime jurídico para as empresas públicas e para as sociedades de economia mista, regulamentando, assim, o art. 173, § 1º, da Constituição da República², também trata da matéria em seu art. 81, *in verbis*:

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

[...]

IV - quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

[...]

§ 5º A criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, com comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Ressalte-se que a doutrina entende que o particular teria direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato mesmo que não estivesse positivado, uma vez que é derivado de outros princípios insculpidos na Constituição. Nesse sentido, Arnold Wald:

Ademais ainda que inexistissem disposições legais e contratuais aplicáveis [...] o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo deve, sempre, no entender da doutrina e jurisprudência, ser restabelecido em razão dos seguintes princípios, que devem nortear a atuação do administrador público, conforme amplamente proclamado pela doutrina pátria e alienígena: da igualdade dos encargos [...]; da razoabilidade [...]; da continuidade e adequabilidade do serviço público [...]. (2001).

Em verdade, mais do que uma norma derivada de outros princípios, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro adquiriu status de princípio mesmo, inclusive na jurisprudência, conforme Recurso Especial abaixo parcialmente transcrito:

² Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

4. A manutenção da equação financeira original do contrato de concessão é mais que uma orientação doutrinária vitoriosa, com respaldo jurisprudencial; na verdade, constitui princípio erigido sob a égide constitucional desde a Carta de 1969, no art. 167, II, hoje repetido na Constituição Cidadã de 1988, no art. 37, XXI. À época da relação contratual sob exame a legislação infraconstitucional, do mesmo modo, referendava a adoção do aludido princípio, consoante depreende-se do teor do art. 55, II, d do Decreto-Lei 2.300/86 e dos arts. 57, §§ 1o. e 2o. e 58 da Lei 8.666/93. (Recurso Especial nº 1.248.237 DF (2011/0075687-9). Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

4.2 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4.2.1 Considerações preliminares

Todo aquele que firma um contrato oneroso com a Administração espera, obviamente, obter alguma espécie de ganho. Assim, na proposta que apresenta por ocasião do certame licitatório, estarão consignados os cálculos correspondentes, quais sejam, os custos projetados e a margem de lucro que espera obter. Ao apresentar sua proposta com os cálculos efetuados, o licitante entende, portanto, que o preço que ofereceu para a realização do objeto da licitação remunera adequadamente o encargo que pretende assumir. Caso essa proposta tenha sido a vencedora, essa relação de equivalência entre encargos e vantagens, definida pelo licitante e aceita pela Administração³, torna-se intangível, devendo assim permanecer durante todo o prazo contratual. Uma vez aceita a proposta, considera-se que o contrato está equilibrado a partir do momento de sua apresentação.

4.2.2 Conceito

A doutrina conceitua o equilíbrio econômico-financeiro, ou equação econômico-financeira, partindo da noção de equivalência entre os encargos, incluído o lucro, e a remuneração percebida pelo particular contratante. Nesse sentido, leciona Hely Lopes Meirelles:

³ A Administração pode recusar propostas consideradas inexequíveis, nos termos do que dispõe o art. 48 da Lei 8.666/93.

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 contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. Em última análise, é a correlação entre objeto do contrato e sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essa correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada, a fim de que se mantenha a equação financeira ou, por outras palavras, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (Lei 8.666/93, art. 65, II, "d", e § 6º). (2007, p. 216).

Para Marçal Justen Filho (2008, p. 716), “significa a relação (de fato) existente entre o conjunto de encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente”. Discorrendo sobre a configuração do equilíbrio econômico-financeiro, o autor tece interessantes comentários, que dão melhores contornos ao conceito:

O equilíbrio econômico-financeiro abrange todos os encargos impostos à parte [...] São relevantes os prazos de início, de execução, recebimento provisório e definitivo previstos no ato convocatório; os processos tecnológicos a serem aplicados; as matérias-primas a serem utilizadas; as distâncias para entrega dos bens; o prazo para pagamento etc. O mesmo se passa quanto à remuneração. Todas as circunstâncias atinentes à remuneração são relevantes, tais como prazos e forma de pagamento. Não se considera apenas o valor que o contratante receberá, mas também as épocas previstas para a sua liquidação. (2008, p. 716).

O autor faz ressalva ainda, sobre o risco de interpretações literais das expressões equilíbrio e equação:

Assim, em primeiro lugar, não se imagine que os vocábulos indiquem uma igualdade econômica em sentido absoluto. Utilizam-se essas palavras para indicar uma relação de equivalência que se poderia qualificar como convencional (para não dizer arbitrária). Significa que, para as partes, a extensão dos encargos assumidos é considerada como equivalente à extensão dos benefícios correspondentes.

José dos Santos Carvalho Filho, em sua conceituação, também admite uma certa flexibilização nessa relação:

Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente no momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. **Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação.** Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria

interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste. (Grifos nossos). (2015, p. 201).

Por fim, calha transcrever o entendimento do Tribunal de Contas da União, enquanto órgão de controle externo dos atos da Administração Pública.

Equilíbrio econômico-financeiro, assegurado pela Constituição Federal, consiste na manutenção das condições de pagamento estabelecidas inicialmente no contrato, de maneira que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a justa retribuição da Administração pelo fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço. (LICITAÇÕES, 2010, p. 811).

4.2.3 Momento da definição do equilíbrio econômico-financeiro

Delineado seu conceito, tem-se que, uma vez celebrado o contrato, a relação entre encargos e vantagens nele estabelecidos torna-se intangível, sendo que essa intangibilidade retroage ao tempo da apresentação da proposta, de tal sorte que, a partir dessa data, o equilíbrio contratual passa a estar protegido pelo direito. Se houver um rompimento do equilíbrio contratual, deve a Administração, se o caso enquadrar-se nas hipóteses legais, promover a sua recomposição. É o que se extrai do disposto no inc. XXI do art. 37 da CF/88 ao determinar que serão “[...] mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei [...]”.

O art. 65, inc. II, ‘d’ da Lei 8.666/93 pode causar alguma confusão ao dispor que deve ser restabelecida “[...] a relação que as partes pactuaram inicialmente [...]”, podendo dar a entender que está se referindo ao tempo da celebração do contrato. A redação constitucional, no entanto, não permite inferior de forma diferente.

No mesmo sentido reza a jurisprudência do TCU, no Acórdão nº 865/2006, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler:

Naquela ocasião, portanto, ressaltei a necessidade de preservação da equação econômico-financeira revelada pela proposta vencedora, que se materializou com o contrato original. Tal raciocínio encontra amparo no que estipula o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Em outros termos: reputei necessário que o exame dos itens relacionados à execução do referido contrato fosse pautado pela busca da preservação da vantagem (desconto) oferecida pela licitante vencedora e que permeou os termos originais da contratação.

Assim, como resta claro, o contratante pode invocar o pedido de reequilíbrio sobre eventos ocorridos antes mesmo da assinatura do contrato.

5 O DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

5.1 FATORES QUE DESEQUILIBRAM O CONTRATO ADMINISTRATIVO

Segundo Antônio Carlos Cintra do Amaral (2007, p. 179), o desequilíbrio do contrato administrativo pode ser provocado por fatores internos a ele, ou seja, aqueles atribuíveis à Administração - Fatos da Administração; ou externos, que abrangem o fato do príncipe e os fatos incluídos na Teoria da Imprevisão.

Di Pietro entende que, “além da **força maior**, apontam-se três tipos de áleas ou riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração”, que são:

1. **Álea ordinária** ou **empresarial**, que está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular. [...]
2. **Álea administrativa**, que abrange três modalidades:
 - a) Uma decorrente do poder de **alteração unilateral** do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;
 - b) A outra corresponde ao chamado **fato do príncipe**, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido;
 - c) A terceira constitui o **fato da Administração**, entendido como “toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o cocontratante particular, a execução do contrato”; ou, de forma mais completa, é “toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução”. (Hely Lopes Meirelles, 2003:233).
3. **Álea econômica**, 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; a Administração Pública, em regra, responde pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. (2016, pp. 323-324).

A álea ordinária, portanto, que são os riscos normais do negócio, não gera direito ao pedido de reequilíbrio contratual; as demais, também chamadas na doutrina de “álea extraordinária” são as que se entende como de responsabilidade da Administração e geram o pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Analisaremos, adiante, as causas elencadas pela autora que podem gerar direito ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

5.1.1 Caso fortuito e força maior

Para Hely Lopes Meirelles, o caso fortuito – evento humano - e força maior – evento da natureza - são acontecimentos que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, criam para o contratado impossibilidade absoluta de execução do contrato. Para Meirelles, se o contratado dispuser de outros meios para contornar a incidência dos efeitos de fato ocorrido que impede a execução do contrato, não será este caracterizado como força maior. O autor faz referência ao art. 78, XVII, da Lei 8.666/93, tratando-os, portanto, como situações nos quais a solução é a rescisão contratual (2007, p. 238).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro tem o mesmo entendimento de Meirelles. Para esta autora, na força maior verifica-se a impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato. A autora, distinguindo a força maior da álea econômica, aduz que, nesta, a Administração pode aplicar a teoria da imprevisão promovendo a recomposição das cláusulas econômicas do contrato para permitir sua continuidade; e, naquela, ambas as partes são liberadas, sem qualquer responsabilidade por inadimplemento, por força do disposto no art. 393 do Código Civil (2016, p. 331).

Marçal Justen Filho, em sentido diverso dos referidos autores, admite a força maior como pressuposto para a recomposição do contrato; para o autor, força maior não se refere somente a fatos da natureza; podem abranger também ocorrências e processos sociais, desde que seja impossível individualizar uma conduta imputável a um agente determinado. Aduz que o evento deve ser excepcional e imprevisível; quando se tratar de ocorrências usuais, comuns e previsíveis, não há força maior, a menos que, embora previsível, tenha consequências que não possa ser evitada, citando como exemplo eventos catastróficos, previsíveis pela ciência, mas impossíveis de serem evitados seus estragos pelos particulares. (2008, p. 720).

O entendimento do autor acima referido coaduna-se com o disposto na Lei 8.666/93, visto que o art. 65 traz previsão expressa de recomposição do contrato por motivo de força maior, bem como do fato do príncipe e caso fortuito, aos quais dispensa o mesmo tratamento. É certo que o art. 78 da Lei 8.666/93 também inclui a

força maior como causa de rescisão do contrato, mas nesse caso é porque o evento – força maior – provocou o impedimento absoluto de sua continuidade.

Por outro lado, em quaisquer dos conceitos apresentados, entendemos haver, na força maior, uma carga de onerosidade grande que a caracteriza. A diferença entre o conceito doutrinário e o legal reside no fato de que, para a Lei, a força maior impede a execução do contrato, mas ele pode ser continuado se forem promovidos ajustes; na doutrina dos autores antes mencionados, a única solução possível é a rescisão contratual.

A força maior, no Código Civil, é referenciada no art. 393, *in verbis*:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Entendemos que o Código Civil também adota o entendimento de que o que caracteriza a força maior é a sua imprevisibilidade, e não o impedimento da execução do contrato. Ela exime os contratantes da responsabilidade, caso optem por não dar continuidade ao ajustado, mas não torna o contrato de execução impossível.

5.1.2 Álea administrativa

5.1.2.1 Alterações unilaterais

Conforme visto anteriormente, a lei confere à Administração o poder de alterar unilateralmente o contrato, se assim clamar o interesse público (cláusulas exorbitantes). Tais alterações, conforme disposto nos artigos abaixo da Lei 8.666/93, impõe à Administração o reequilíbrio do contrato, *in verbis*:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
[...]
§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.
Art. 65 [...]

[...]

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, fazendo uma comparação com os contratos privados, nesses a alteração não consentida por ambas as partes caracteriza inadimplemento contratual pelo qual responde aquele que a provocou, ao passo que nos contratos administrativos isso só é válido para o particular; “quando a alteração feita nos limites legais decorrer de ato da Administração, não se caracteriza falta contratual, mas prerrogativa a ela reconhecida no interesse público, com a consequente obrigação de restabelecer o equilíbrio econômico do contrato”. (2016, p. 326).

5.1.2.2 O fato do príncipe

A Lei 8.666/93 faz menção expressa ao fato do príncipe como um dos motivos que ensejam o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. A referida Lei, no entanto, não o conceitua, cabendo à doutrina tal tarefa.

Para Di Pietro, o fato do príncipe abrange “medidas de ordem geral, não relacionada diretamente ao contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado”. (2016, P. 326).

Para Hely Lopes Meirelles (2007, p. 239), “é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo”. O autor refere ainda que: “Essa oneração, [...] desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte”.

Diógenes Gasparini, na mesma linha, o define como sendo:

[...] toda a determinação estatal, positiva ou negativa, geral e imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, que onera extraordinariamente ou que impede a execução do contrato e obriga a

Administração Pública a compensar integralmente os prejuízos suportados pelo contratante particular. (2007, p. 686).

Carvalho Filho assim se reporta ao fato do príncipe:

[...] esse fato oriundo da Administração Pública não se preordena diretamente ao particular contratado. Ao contrário, tem cunho de generalidade, embora reflexamente incida sobre o contrato, ocasionando oneração excessiva ao particular independentemente da vontade deste. (2015, p. 216).

José Cretella Júnior (2012, p. 25) entende que fato do príncipe [...] “é toda e qualquer providência da iniciativa dos poderes públicos que torna mais onerosa a situação daquele que contrata com a Administração”.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit., p. 667), fato do príncipe “são medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença”. Cita o conceito de Francis-Paul Bénéoit:

Convém entender por ‘fato do príncipe’ os atos jurídicos e operações materiais, tendo repercussão sobre o contrato, e que foram efetuados pela coletividade que celebrou o contrato, mas agindo em qualidade diversa da de contratante. (Droit Administratif, 3^a Ed., Presses Universitaires de France, 1964. P. 639).

Por fim, o conceito de Antônio Carlos Cintra do Amaral (2007, p. 179), para quem fato do príncipe “[...] é toda atuação estatal que repercute indiretamente no contrato, tais como aumento e redução de tributos, alteração de política cambial ou de política ambiental e intervenção nos preços (planos econômicos)”.

Questão relevante em relação ao fato do príncipe no âmbito do nosso ordenamento jurídico, diz respeito ao teor do § 5º do art. 65, da Lei 8.666/93, *in verbis*:

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

Como se nota, o reequilíbrio do contrato tanto pode se dar em favor do contratado quanto da Administração. Conforme bem assevera Antônio Carlos Cintra

do Amaral: “o reequilíbrio é uma via de duas mãos” (AMARAL, 2007, p. 280). Assim, caso ocorra um evento que aumente as vantagens do particular – redução de impostos, por exemplo –, o contrato deve ser também reequilibrado, nesse caso em favor da Administração.

Diógenes Gasparini também aborda a questão, nos seguintes termos: “O provimento estatal tanto pode onerar (fato do príncipe positivo) como desonerar (fato do príncipe negativo) o contratado”. Tal classificação, no entanto, fica em desacordo com a definição de fato do príncipe anteriormente apresentada pelo autor.

Tais questões nos levam a entender que fazer referência ao elemento de onerosidade ao contratado, presente em muitos conceitos doutrinários, acaba por deixar de fora as situações em que, também por força de ato estatal, o contrato é desonerado.

Por tais motivos, nos perfilamos aos conceitos trazidos por Celso Antônio Bandeira de Mello e Carlos Cintra do Amaral, que fazem referência apenas à repercussão no contrato, sem fazer alusão à onerosidade nem à imprevisibilidade.

Em relação ao “fato do príncipe negativo” na acepção de Diógenes Gasparini, comente-se que José Cretella Júnior traz à colação outro significado para a expressão, “[...] que consiste num gravame trazido ao contrato por motivo da ab-rogação ou da não aplicação de texto legislativo ou regulamentar com a aplicação do qual contava o cocontratante.” (CRETELLA, JÚNIOR, p. 26).

Pelas razões anteriormente expostas, consideramos esse entendimento mais adequado, já que traz à lume questão nem sempre percebida, qual seja, o fato de que ato omissivo da Administração também pode desequilibrar o contrato administrativo.

Outra divergência observada na doutrina em relação ao fato do príncipe diz respeito a qual ente da Administração emitiu o ato que desequilibrou o contrato.

Lúcia Valle Figueiredo (2006, p. 5) aborda tal questão, nos seguintes termos:

Alguns se referem a esta figura conceitual como relativa a fatos provocados pela Administração Pública, qualquer que seja esta, com repercussões no contrato. Outros entendem que o “fato do príncipe” diz respeito somente a atos administrativos (lato sensu) da mesma autoridade contratante, porém, no exercício de uma outra competência, que não aquela diretamente referida ao contrato.

Alguns doutrinadores, como Di Pietro (2016, p. 326) e Diógenes Gasparini (2007, p. 686), defendem que só se configura o fato do príncipe quando for ato emanado do mesmo ente que celebrou o contrato, agindo, obviamente, no exercício de outra competência. O argumento baseia-se no fato de o Brasil ser um estado federativo. Danilo Marques Borges aborda de forma muito didática essa questão:

A Teoria do Fato do Príncipe foi criada como forma de manutenção do equilíbrio contratual nos contratos celebrados entre particulares e Poder Público, porém, com um pormenor que não deve ser desprezado, o fato de tê-la sido elaborada com vistas a sua aplicação em Estados unitários.

[...]

Nos Estados unitários, existe apenas um ente político dotado de personalidade jurídica, um único centro de poder, de onde irradiam todas as regras e comandos de gestão do Estado.

Por consequência, o contrato administrativo celebrado com a administração pública de um Estado unitário, somente poderá ser atingido por medidas gerais e abstratas deste mesmo ente, pois, o único existente e com competência para a prática de atos administrativos e políticos.

Logo, estando o poder concentrado em mãos de uma única pessoa jurídica de direito público, sendo ela a responsável pela celebração do contrato, e seu superveniente desequilíbrio - como ocorre quando edita uma norma que o atinja de forma indireta e lhe prejudique a exequibilidade - nada mais lógico do que atribuir-lhe a responsabilidade de arcar com os danos causados ao particular, e à arcar com o ônus da reposição da cláusula econômico financeira inicial.

[...]

Por se tratar o Brasil de um Estado Federativo, onde os entes políticos possuem autonomia política, fica evidente que a aplicação pura da teoria do fato do príncipe, como concebida, seria fonte de injustiças e ensejo à interveniência inconveniente de um ente federado nos negócios do outro, ferindo o pacto federativo, o princípio da igualdade ou isonomia federativa.

Consequentemente, a teoria do fato do príncipe, em nosso ordenamento, merece uma releitura, sob pena de, termos lhe importado somente seu simpático nome, levando àquilo que a doutrina denomina de Teoria da tropicalização do fato do príncipe, que, nada mais é, que sua adaptação às balizas políticas e jurídicas do Brasil.

Tratando-se de contrato celebrado entre um particular e um determinado ente federativo, se o ato geral e abstrato do poder público que atinge o contrato e gera desequilíbrio na cláusula econômico financeira, provier do mesmo ente político que figura como parte no contrato administrativo [...]tem-se, aqui, a aplicação da teoria do fato do príncipe em sua essência, de forma pura, inata, visto que, assim como ocorre nos Estados unitários, o ente político responsável pelo ato prejudicial é o mesmo que celebrou o contrato, devendo arcar com as consequências perdidas de seu ato.

Porém, sendo o ato geral e abstrato que atinge o contrato administrativo e lhe causa desequilíbrio econômico financeiro, fruto da atividade política de um ente federativo diferente daquele que figura em um dos pólos do contrato, não se pode, por óbvio, lhe atribuir a responsabilidade pela violação da cláusula econômico-financeira inicial, visto que, não praticou nenhum ato que levasse à inexecutabilidade do contrato.

Nestes casos, a melhor solução será reconhecer sobreveniência de um fortuito, ou seja, fato incontornável pelas partes, que lhes afeta de maneira insofismável, por elas não previsto, cuja solução repousa na aplicação da teoria da imprevisão[...]. (2010).

Celso Antônio Bandeira de Mello, conforme visto acima, embora não fazendo referência ao Estado Federativo, também entende que o fato do príncipe como gerador de desequilíbrio, é ato que emana do mesmo ente que celebrou o contrato.

De outra banda, Jessé Torres Jr. entende que fato do príncipe pode ser aplicável a fatos oriundos de qualquer esfera do Poder Público. Esse também é o entendimento de Carvalho Filho (2015, op. cit. p. 216), para quem “[...] o ‘príncipe’ é o Estado ou qualquer de suas manifestações internas, de modo que nos parece aplicável à teoria se, por exemplo, um ato oriundo de a União Federal atingir um particular que tenha contratado com um Estado-membro”. (2003, p. 595)

Renata Faria Silva Lima, referindo-se ao tema, observa que:

[...] no Direito brasileiro é inócua classificar-se como fato do príncipe apenas os atos provenientes de autoridade integrante da mesma esfera de governo que celebrou o contrato, aplicando-se aos atos de autoridade de outras esferas a teoria da imprevisão [...] porque “[...] nosso ordenamento jurídico não faz tal diferenciação, assegurando ao contratado da Administração Pública recomposição integral das pernas e danos, seja em função da aplicação da teoria da imprevisão, seja da teoria do fato do príncipe. (2007, pp. 128-129).

Esse não é, no entanto, o entendimento de Caio Tácito (s.d., pp. 8-9), para quem somente o fato do príncipe enseja a indenização integral, desde que reunidas certas condições, quais sejam: “imputação à coletividade pública contratante; imprevisibilidade da medida administrativa e natureza do ato gerador do prejuízo”.

Como se verá mais adiante, o Tribunal de Contas da União, adotando as lições de Caio Tácito, adota o entendimento de que, quando o ato que desequilibró o contrato provém de ente estatal não ligado diretamente ao contrato, a questão se resolve pela teoria da imprevisão e não pela do fato do príncipe.

5.1.2.3 Fato da Administração

O fato da Administração, diferentemente do fato do príncipe, se caracteriza por ser emanado de ente público que está ligado diretamente ao contrato, sendo definido, na concepção de Meirelles, como “toda a ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução”. (2007, p. 240),

Para Di Pietro é “[...] qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico”. (2016, pp. 326-327).

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o que caracteriza efetivamente o fato da Administração, e permite diferenciar este do fato do príncipe, é o comportamento irregular da Administração, violador do contrato, ainda que se possam diferenciar as figuras também pela participação direta ou não no contrato. O autor prefere, por isso, conceituar o fato da Administração como “o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado”. (2016, p. 671)

Lucas Rocha Furtado comenta que tanto na hipótese de ocorrer o fato do príncipe, quanto na de ocorrer o fato da Administração, o contrato, por acordo das partes, deve ser reequilibrado, nos termos do art. 58, § 2º, da Lei 8.666/93. No entanto, ainda segundo o autor, nem sempre esses fatos irão implicar a alteração do valor do contrato; é possível que sejam afetados, por exemplo, apenas os prazos de execução, sem que isso afete o equilíbrio econômico-financeiro. (2001, p. 289).

5.1.3 Álea econômica

Trata-se aqui, relembando a classificação de Carlos Cintra do Amaral, abordada no início do tópico, de eventos externos ao contrato, ou seja, provocados por atos ou fatos alheios às partes contratantes. Estão ligados à teoria imprevisão e ao que alguns autores chamam de “sujeições imprevistas”.

5.1.3.1 Teoria da Imprevisão

Dita teoria, conforme foi abordado no histórico feito, está consagrada mais especificamente na alínea d do inc. II do art. 65 da Lei 8.666/93 e consiste, em breve síntese, na possibilidade de a Administração promover o reequilíbrio econômico financeiro do contrato, caso ele tenha sido substancialmente afetado por eventos ou consequências não previstos.

Aliada essa norma aos princípios já assentes na doutrina, a recomposição do contrato administrativo com base nessa teoria requer que o fato seja (DI PIETRO, 2016, p. 331):

- a) imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências;
- b) estranho à vontade das partes;
- c) inevitável;
- d) causa de desequilíbrio muito grande no contrato.

Justen Filho (2008, p. 720) advoga na mesma linha, apenas substituindo o requisito da inevitabilidade pelo da “ausência de impedimento absoluto”. Com efeito, em caso impedimento absoluto de execução, a solução será a rescisão do contrato, nos termos do que dispõe o inc. XVII do art. 78 da Lei 8.666/93. O autor comenta que o art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93 ampliou a abrangência da teoria da imprevisão ao incluir os fatos previsíveis, porém de consequências incalculáveis, entendendo que isso abarca em especial a desvalorização monetária causada pela inflação, nos casos em que ela ultrapassa os níveis razoavelmente previsíveis (2008, p. 721).

Pereira Júnior, por sua vez, advoga que somente os fatos imprevisíveis estão amparados pela teoria da imprevisão:

[...] o rompimento que autoriza a alteração tanto pode decorrer de fato imprevisível (ao que ampara a teoria da imprevisão) quanto de fato previsível de efeitos ‘incalculáveis’ (ao que não ampararia a velha *rebus sic stantibus*) - v. comentários ao art. 57, § 1º, II⁴), podendo tais fatos corresponder tanto a eventos de natureza ou do Estado, desde que suficientes para impedir ou retardar a execução do contrato; quanto a esta

⁴ “[...] (b) a álea ordinária, previsível ou suportável, é de risco inerente a todo contrato, daí ser a aplicação da *rebus sic stantibus* restritiva, casuística e não extensiva” (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 57 – 58).

aptidão, é preciso distinguir o atraso suportável, que não geraria direito à revisão do pactuado porque se contém nos limites da álea ordinária (inerente a todo contrato), daquele que importa ônus ou dano insuportável, que constitui o direito à revisão porque configura álea extraordinária. (2003, p. 656).

O autor entende que a distinção entre as áleas ordinária e extraordinária, para determinar a aplicabilidade ou não da teoria, será definida do que resultar do acordo entre as partes, à vista do caso concreto; em não havendo acordo, estará inviabilizada o reequilíbrio contratual na esfera administrativa (2003, p. 656).

A teoria da imprevisão, na doutrina de Hely Lopes Meirelles (2007, p. 236), consiste “[...] no reconhecimento de que eventos novos, imprevisos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam a sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes”. Aduz, ainda, que se trata da aplicação da velha cláusula *rebus sic stantibus*, a fim de evitar a ruína do que foi avençado, criando ônus excessivo para uma das partes e vantagem desmedida para a outra, fazendo a ressalva de que a revisão dos contratos só se dará caso tenham ocorridos eventos que configurem álea extraordinária e extracontratual (2007, p. 237).

Caio Tácito alude a eventos extraordinários que afetam profundamente a economia do contrato:

A álea econômica é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas conseqüências.

A sua gênese poderá, no entanto, vincular-se a acontecimentos naturais, terremotos, inundações, incêndios, desmoronamentos), ou a intervenções administrativas ou legais (controle econômico, bloqueio de preços) que induzem a greve e inesperada rotura do equilíbrio financeiro do contrato. (s.d.,p. 11).

Tão cara a alguns doutrinadores, a condição de “imprevisibilidade”, para Bandeira de Mello (2016, p. 677), respaldado por Francis-Paul Bénoit, tornou-se menos severa:

O imprevisível passou a se referir apenas ao imprevisito, ao razoavelmente não previsto, e a indenização 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 (2016, p. 617).

Segundo Furtado (2001, p. 281), a teoria da imprevisão é, indiscutivelmente, o fundamento de alteração contratual mais controvertido na doutrina. A divergência que reputamos como a mais relevante, que é a gênese desse trabalho, diz respeito ao requisito de onerosidade excessiva para que o contrato possa ser restabelecido, a qual será adiante abordada.

5.1.3.2 Sujeições imprevistas

Referem-se a fatos materiais, que já poderiam estar presentes quando da celebração do contrato, mas que eram desconhecidos das partes, tal como um empreiteiro que, no curso da execução do contrato, esbarra em terreno de natureza imprevista que onera ou torna impossível a execução do contrato. Se o fato era imprevisto, aplica-se a teoria da imprevisão, se a obra puder ter continuidade, ou a força maior, caso não possa (DI PIETRO, 2016, p. 332).

5.2 A QUESTÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA COMO REQUISITO PARA O REEQUILÍBRIO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

5.2.1 Considerações iniciais

O Código Civil de 2002 positivou, em seu art. 478, a teoria da imprevisão, referindo expressamente à onerosidade excessiva. No âmbito do Direito Administrativo, mais especificamente no art. 65, II, "d", do art. 65 da Lei 8.666/93, a figura também se encontra consagrada, embora não literalmente. Com efeito, dizer que o contrato só será recomposto se foi desequilibrado por fato que impeça ou retarde sua execução é o mesmo que dizer que sobre ele recaiu uma excessiva onerosidade.

A questão, no entanto, gera dissenso na doutrina, a qual passaremos a analisar. Convém, no entanto, apresentar primeiro o posicionamento do Tribunal de Contas da União, órgão responsável pela verificação da legalidade dos contratos administrativos.

5.2.2 Posicionamento do Tribunal de Contas da União – TCU

Além das competências constitucionais e privativas do TCU que estão estabelecidas nos artigos 33, §2º, 70, 71, 72, §1º, 74, §2º e 161, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, outras leis específicas trazem em seu texto atribuições conferidas ao Tribunal. Entre essas está a Lei 8.666/93, atribuindo ao referido Tribunal as competências abaixo transcritas:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.
 § 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

No que concerne ao tema “onerossidade excessiva”, o entendimento do TCU é firme no sentido de que a aplicação da teoria da imprevisão requer que o evento que abalou o contrato tenha sido substancial, de acordo com a publicação editada pelo Órgão (2010, pp. 812-813).

Equilíbrio econômico-financeiro, assegurado pela Constituição Federal, consiste na manutenção das condições de pagamento estabelecidas inicialmente no contrato, de maneira que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a justa retribuição da Administração pelo fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço. Nas hipóteses expressamente previstas em lei, é possível à Administração, mediante acordo com o contratado, restabelecer o equilíbrio ou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato se justifica nas seguintes ocorrências:

- fato imprevisível, ou previsível porém de consequências incalculáveis, **retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado;**
- caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que configure álea econômica (probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro) extraordinária e extracontratual. (TCU, 2010, pp. 812-813). (Grifamos).

Tal entendimento é corroborado em diversos acórdãos do TCU. Citamos acórdão recente que ilustra a questão com exemplar didatismo:

[...]

57. A projetista centra sua defesa na tese de que o contrato teria sofrido um desbalanceamento na sua equação econômico-financeira, o que autorizaria se socorrer *da teoria da imprevisão* a fim de validar o aditivo, nos moldes do que é

disciplinado na Carga Magna (inciso XXI do art. 37 da CF), na legislação infraconstitucional (art. 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666, de 1993) e, naturalmente, na jurisprudência dos tribunais, inclusive do TCU.

58. Nesse mister, a AF CONSULT fundamenta a caracterização da aludida *teoria* sempre que observados dois aspectos: i) inexistência de responsabilidade do contratado, e; ii) presença fato imprevisível ou, se previsível, de consequências não quantificáveis.

59. Todavia, cabe burilar esse rol de pressupostos autorizativos do instituto da *teoria da imprevisão*, pautando-se para tanto em jurisprudência mais aprofundada acerca do tema.

60. Em suma, vê-se como requisitos balizadores da aplicação dessa *teoria* (Acórdão 0036704-32.2000.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.120 de 27/11/2009 e Acórdãos 1923/2011-TCU-Plenário e 1563-40/2004-TCU-Plenário) todas as condições adiante apresentadas:

i) imprevisibilidade do evento;

ii) inimizabilidade do evento a pelo menos uma das partes;

iii) demonstração de desequilíbrio para todo objeto contratual, não se restringindo a um único determinado item;

iv) modificação substancial das condições do contrato;

61. Do exposto, percebe-se a insuficiência argumentativa da AF CONSULT, visto que, no entendimento da unidade técnica, seriam quatro e não duas as condições para a caracterização do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato tendo por pano de fundo a *teoria da imprevisão*.

62. Assim, não bastaria a percepção de um evento imprevisível e inimputável a uma das partes. Há de se ir além. Torna-se mandatária a atividade de sopesar a envergadura do pleito ante os montantes totais envolvidos com a contratação.

Condição lógica porque traz em seu bojo a necessidade tácita de se comparar o peso do suposto desequilíbrio com os contingenciamentos já contemplados na proposta comercial vencedora, frise-se, contemplada por parcela de risco conhecido. Do contrário, no limite, incentivar-se-ia que contratos a preço global sempre fossem transfigurados em contratos a preço unitário.

63. A análise segundo os quatro pressupostos acima se alinha aos conceitos mais basilares da literatura internacional sedimentada em torno Risk Analysis (Análise de Risco). Em linhas gerais, risco será invariavelmente aferido como a percepção do produto entre duas variáveis: probabilidade de ocorrência e impacto esperado. Logo, riscos de baixo impacto tendem a ser aglutinados nas contingências e na margem de risco empresarial, ainda mais quando se está a tratar de contratação a preço global. O desequilíbrio econômico-financeiro, por sua vez, estaria muito mais alinhado aos eventos de baixa probabilidade e alto impacto.

64. Indo de encontro a tais considerações, no caso concreto, somente a título de exemplo, a parte atinente às inconsistências nos projetos – pouco mais de R\$ 800 mil – representa apenas 1,6% da parcela a preço global do contrato, o que não indicaria uma capacidade de provocar desequilíbrios em todo o contrato. Mais ainda, as ‘*inúmeras*’ alterações e inconsistências nos aplicativos e desenhos, não carregavam evidências que atestassem uma materialidade amostral capaz de modificar as condições fáticas de execução do contrato. Exemplo disso é que todos os desenhos de fôrma problemáticos (vide produto dos isométricos de fabricação – Documento AF 09 – C – tabela 04) não chegam a 1,35% do total dos desenhos de fôrma a serem trabalhados. Enfim, descarta-se o cabimento da aplicação da *teoria da imprevisão* ao caso em tela em virtude da seleção enviesada e não completa das premissas que permitem a caracterização de tal instituto [...]. (Grifamos).

(TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. GRUPO II – CLASSE VII – Plenário TC 021.542/2016-31 TC 021.542/2016-3)

5.2.3 Divergências doutrinárias

A aplicação da teoria da imprevisão – ou teoria da onerosidade excessiva, como também é denominada – no entanto, não é unânime na doutrina brasileira. Alguns autores entendem que o contrato deve ser reequilibrado à vista de qualquer abalo em sua equação, sem juízo de valor a respeito da intensidade com que foi desestabilizado.

A corrente que é pelo entendimento de que a onerosidade excessiva é condição necessária para que o contrato administrativo seja reequilibrado divide-se entre os que entendem que a recomposição deve ser integral, por parte da Administração, e os que advogam pelo compartilhamento do prejuízo, o que reputamos, no que tange à presente questão, irrelevante, bem porque a recomposição do contrato sempre se dará, nos termos da Lei 8.666/93, por acordo entre as partes.

5.2.3.1. Autores favoráveis à tese da onerosidade excessiva.

Já tratamos acima sobre os vários conceitos dados pela doutrina ao reequilíbrio econômico-financeiro e à teoria da imprevisão. Nessas abordagens, os conceitos dos autores já traziam seu posicionamento em relação à necessidade ou não da onerosidade excessiva para o reequilíbrio contratual.

Assim, para evitar repetições desnecessárias, abordaremos aqui somente o posicionamento dos doutrinadores contrários à tal tese, fazendo as ponderações e contra argumentações que entendemos pertinentes, uma vez que é proposta desse trabalho justamente comprovar o acerto da corrente que entende de maneira diversa.

5.2.3.2 Autores contrários à tese da onerosidade excessiva

5.2.3.2.1 Posicionamento de Antônio Carlos Cintra do Amaral

Para este autor, a aplicação da teoria da imprevisão pressupõe:

- a) um fato superveniente ao contrato (ou de conhecimento superveniente) e imprevisível (ou previsível, porém, de consequências incalculáveis);
- b) que esse fato se inclua na álea extracontratual, ou extraordinária, e como tal estranha à vontade das partes, ou seja, caracterize-se como um fato que as partes não tenham podido evitar; e
- c) que ele provoque o desequilíbrio econômico ou financeiro da equação inicial do contrato. (2007, p. 189-190).

Adverte, em seguida, que discorda da parcela da doutrina que menciona a existência de um quarto pressuposto, qual seja, a onerosidade excessiva. Entende que tal pressuposto não é contemplado pelo direito administrativo positivo brasileiro. Para o autor, antes da edição do Decreto-lei 2.300/86 era possível sustentar essa tese; no entanto, com a edição do referido diploma legal, tal não mais poderia ocorrer, a teor do que dispunha o seu art. 55, inc. II, “d”:

Art 55. Os contratos regidos por este decreto-lei poderão ser alterados nos seguintes casos:

I - [...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Com efeito, dito Decreto-lei não fazia menção expressa - nem implícita, diga-se - à necessidade de onerosidade excessiva para recomposição do contrato. Esse também é o entendimento da jurisprudência do STJ no julgado abaixo, da lavra do saudoso Ministro Teori Zavascki:

1. Não são requisitos para a revisão do contrato, nos moldes do § 5º do art. 55 do Decreto-lei 2.300/86, a imprevisibilidade do encargo legal superveniente, nem a produção de desequilíbrio profundo na equação econômico-financeira original (onerosidade excessiva), razão pela qual se afigura correta a postura inicialmente adotada pela Administração, ao ressarcir o contratado dos valores correspondentes ao impacto sobre o custo do serviço correspondente ao abono salarial instituído pela Lei 8.178/91.

2. Recurso especial provido. (2005, p. 184).

Em relação à Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 8.883/94, o autor entende que ela dispõe no mesmo sentido da norma anterior (2007, p. 189). Calha transcrever o comentário do autor, em nota de rodapé (2007, p. 190), sobre a redação do art. 65, II, d, da referida Lei:

A Lei 8.666/93 acolheu a doutrina prevalente ao condicionar o restabelecimento da equação econômico-financeira inicial do contrato à superveniência de **um fato, imprevisível ou previsível mas de consequências incalculáveis, ou ainda em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe**, que configure álea econômica extraordinária e extracontratual, tal como acima exposto. Duas observações: a) dispenso-me de distinguir força maior (ato humano) e caso fortuito (fato da natureza) porque seus efeitos jurídicos sobre os contratos são idênticos; b) **álea econômica extraordinária e extracontratual não é sinônimo de onerosidade excessiva**. (Grifamos)

Observe-se no primeiro trecho destacado que o autor não alude justamente a parte da alínea “d” do artigo que, a nosso ver, condiciona a recomposição do contrato a que ele tenha sofrido substancial abalo. Na literalidade da lei: “[...] fato imprevisível, ou previsível mas de consequências incalculáveis, **retardadores ou impeditivos da execução do ajustado [...]**”. (Grifamos).

De acordo com Amaral (2007, p. 191), para contestar a tese da onerosidade excessiva “seria suficiente [...] mencionar o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que determina a manutenção das condições efetivas da proposta, “manutenção essa que se deve, obviamente, fazer *em sua integralidade*”, in verbis:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

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

A leitura da íntegra do dispositivo constitucional, no entanto, data vênha do entendimento do autor, não autoriza a concluir que ele, isoladamente, seja suficiente para descartar a tese da onerosidade excessiva, uma vez que remete à lei sua regulamentação⁵. Na classificação de José Afonso da Silva⁶, tal dispositivo

⁵ A ementa da Lei 8.666/93 está assim redigida: “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”.

⁶

constitucional não teria eficácia plena, sendo que, na regulamentação de dispositivos constitucionais dessa natureza, a Lei pode, inclusive, estabelecer restrições à sua aplicabilidade, como de fato o fez a Lei 8.666/93.

Ressalte-se, a respeito dessa norma, que o seu Projeto de Lei foi levado à apreciação presidencial com a redação da alínea d do inc. II do art. 65 nos exatos termos da alínea d do inc. II do art. 55 do Decreto-Lei 2.300/86I, que seria revogado pela Lei. Tal alínea foi vetada pelo Presidente da República por ter sido considerado contrário ao interesse público⁷ e só posteriormente foi incorporado à Lei, com nova redação dada pela Lei 8.883/94.

Por pertinente, transcrevem-se, na íntegra, as razões de veto ao referido dispositivo:

A Advocacia-Geral da União fundamenta o veto em que:

Discorrendo sobre as causas de inexecução dos contratos administrativos, Hely Lopes Meirelles, em conhecida e festejada obra, assevera que "quando sobrevêm eventos extraordinários, imprevistos e imprevisíveis, onerosos, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, a parte atingida fica liberada dos encargos originais, e o contrato há de ser revisto ou rescindido, pela aplicação da teoria da imprevisão provinda da cláusula rebus sic stantibus, nos seus desdobramentos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração e interferência imprevistas" (in *Licitação e Contrato Administrativo*, 7ª Edição Atualizada, 1987, pág. 206 e segs.)

Mais adiante, adverte o saudoso mestre, in verbis:

"Observamos, todavia, que só se justifica a aplicação da cláusula rebus sic stantibus nos contratos públicos quando sobrevêm fatos imprevistos e imprevisíveis, ou, se previsíveis, incalculáveis nas suas conseqüências, e que desequilibram totalmente a equação econômica estabelecida originalmente pelas partes. Não é, pois, a simples elevação de preços em proporção suportável, como álea própria do contrato, que rende ensejo aos reajustes da remuneração contratual avençada inicialmente entre o particular e a Administração; só a álea econômica extraordinária e extracontratual é que autoriza a revisão do contrato" (idem, ibidem).

Contrariando esse incensurável posicionamento doutrinário, nenhum dos dispositivos acima referenciados define, objetivamente, quais os pressupostos autorizadores da revisão de preços, importando destacar, ainda, que o § 7º do art. 66 procura tornar corriqueira a obtenção do **reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tornando o aditamento** providência obrigatória para a Administração, após tão-somente "autuadas em processo as demonstrações e justificativas pertinentes e o ato de sua aprovação expedido pela autoridade competente para celebrar o contrato" (sic).

⁷ Mensagem de Veto nº 335, de 21 de junho de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep335-L8666-93.pdf. Acesso em 17 de junho de 2017.

Retornando à nota de rodapé anteriormente transcrita, observe-se que no segundo trecho grifado, o autor, para corroborar sua tese, afirma que “álea econômica extraordinária e extracontratual não é sinônimo de onerosidade excessiva”. Ocorre que, lida em seu contexto original, a argumentação elaborada por Hely Lopes Meirelles, usada como referencial teórico para o veto, deixa claro que a locução tem o exato sentido de onerosidade excessiva, o que se deduz a contrário senso, uma vez que o autor atribui “elevação de preço em nível suportável” à álea ordinária.

A intenção do veto foi a de evitar a banalização do instituto do reequilíbrio, evitando que fosse invocado a todo e qualquer abalo que o contrato viesse a sofrer. Por tal razão, a nova redação do artigo incorporou a tese exposta nas razões de veto, inclusive valendo-se literalmente das expressões utilizadas pelo doutrinador citado. De qualquer forma, desnecessária essa interpretação, uma vez que onerosidade excessiva já está expressa na referência feita aos eventos impeditivos ou retardadores do contrato.

Por fim, o autor alude à elevada carga de subjetividade e indeterminação contida na noção de “onerosidade excessiva” (2007, p. 191). Com efeito, não se pode negar que, efetivamente, expressões como “onerosidade excessiva” ou “extrema vantagem”, como constam do nosso Código Civil, dão margem a dúvidas e deixam brechas para arbitrariedades, à vista de ausência de parâmetros mais específicos que permitam balizar a análise de casos concretos.

De outra banda, é forçoso reconhecer que, primeiro, a expressão, embora recorrente na doutrina, não é utilizada na Lei. Talvez tentando evitar os problemas que adviriam da vagueza de seu significado, preferiu o legislador estabelecer critérios mais concretos à caracterização do instituto, quais sejam, o retardo ou o impedimento da execução do ajustado; segundo, não se pode olvidar que o restabelecimento do contrato, quando houver, se dará por acordo das partes, com o que se afasta o risco de qualquer tipo de arbítrio administrativo, tal como ensina Jessé Torres Pereira Júnior (2003, p. 65):

“[...] a aferição do que conformará, no caso concreto, álea ordinária ou extraordinária é que escoará em acordo ou em dissenso, este inviabilizando a alteração na esfera administrativa.

Nestes casos, ainda que a iniciativa da alteração possa caber à Administração, posto que a ela incumbe proteger a fiel execução do contato (art. 58, III), a alteração contratual não se processará enquanto não houver assentimento do contratado ao que lhe proponha a Administração. Nem estará a empresa jungida a tal proposta, podendo contrapor até que se obtenha consenso”.

5.2.3.2.2 Posicionamento de Marçal Justen Filho

Marçal Justen Filho também rechaça a tese da onerosidade excessiva, muito embora, quando trata da teoria da imprevisão, conforme referido quando tratamos do assunto, o autor a ela faça referência como requisito para sua aplicação, literalmente referindo-se à “grave modificação das condições do contrato”. (2008, p. 720).

No entanto, ao tratar dos “pressupostos do direito à recomposição do equilíbrio (inc. II, al. ‘d’)” (2008, p. 718), em momento algum alude a esse requisito. Ao contrário, deixa claro que qualquer alteração no equilíbrio do contrato já enseja a sua recomposição, ao referir que:

O restabelecimento da equação econômico-financeira depende de concretização de um evento [...] identificável como agravamento da posição do particular [...]. Existe direito do contratado de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contato, se e quanto vier a ser rompido. Se os encargos forem ampliados quantitativamente ou tornados mais onerosos qualitativamente, a situação inicial estará modificada (2008, p. 718).

Conforme se nota, não há alusão alguma à onerosidade excessiva, entendendo o autor que surge o direito do contratante exigir a recomposição do contrato apenas pelo evento do desequilíbrio. Também é possível inferir o entendimento do autor quando refere que existe em nosso ordenamento uma padronização das causas caracterizadoras da quebra da equação contratual:

É importante destacar que, em nosso sistema jurídico, não se aplicam alguns princípios peculiares ao Direito Francês. Assim, não há diversidade de tratamento jurídico em vista da distinção entre fato do príncipe, teoria da imprevisão, fato da Administração ou caso fortuito. Todas essas hipóteses são agrupadas pelo art. 65, inc, II, “d”, para tratamento uniforme. Logo, não

há utilidade em diferenciar as diversas hipóteses – ao menos, isso não acarreta tratamento jurídico distinto.(2008, p. 719).

Ao analisar o § 5º do art. 65 da Lei 8.666/93, aduz que a hipótese contida no mencionado parágrafo constitui-se de uma das manifestações mais usuais de quebra da equação econômico-financeira. A questão apresenta tamanha relevância que um dos parágrafos do art. 65 explicitamente previu que a variação da carga tributária configura causa apta a gerar efeitos jurídicos sobre o equilíbrio da contratação. No entanto, a jurisprudência do TCU tem ignorado os fundamentos da disciplina legal e o texto expresso da Lei (2008, p. 723), citando como exemplos os Acórdãos 45/99 e 698/2000, que reivindicavam revisão de preços em virtude da introdução do IPMF (CPMF) e da COFINS. Nos dois julgados, o TCU fundamenta o indeferimento de pleito do reequilíbrio contratual com base na constatação de que não houve imputação de sacrifício insuportável que ensejasse o reequilíbrio, uma vez que o impacto sobre o lucro do contratado foi de pequena monta. (2008, pp. 724-725).

Ressalta que o TCU adota o mesmo entendimento da doutrina francesa, conforme orientação explicitamente reconhecida no Acórdão nº 45/1999, Plenário, item 32:

Os limites da aplicação do fato do príncipe também foram determinados por Caio Tácito, ao destacar: "Quando a medida administrativa atinge, especial e diretamente, o contratante particular, tornando mais onerosa a execução contratual e gerando benefício para a administração, a teoria do fato do príncipe autoriza seja indenizado o prejuízo" (in Direito Administrativo, p. 294) , entendendo que os reflexos decorrentes de leis ou regulamentos de ordem geral não se enquadram na teoria do fato do príncipe, mas na da imprevisão.⁸

Discordando desse entendimento, Justen Filho argumenta que:

O exame dos diversos julgados evidencia que o C. TCU adotou a orientação de que a recomposição da equação econômico-financeira, nas hipóteses de elevação da carga tributária, dependeria da verificação de determinados pressupostos – entre os quais a insuportabilidade da execução da prestação, em vista da impossibilidade de o particular arcar com os efeitos da modificação da situação fática.

Essa orientação é, *data venia*, incompatível com o Direito brasileiro, que não elegeu esse requisito como condição para o surgimento do direito do particular (ou da própria Administração, frise-se) à revista de preços

⁸ Disponível em:

https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*KEY%3AACORDAO-COMPLETO-82486/DTRELEVANCIA%20desc/false/1. Acesso em 05 de julho de 2017.

contratuais. A solução constitucional consagrada no Brasil e traduzida no regime da Lei nº 8.666 configurou uma disciplina própria, que não pode ser interpretada como a pura e simples importação das soluções francesas”.

O art. 65, inc. II, al. “d”, não faz qualquer alusão à necessidade de que o evento superveniente seja dotado de carga de nocividade tão intensa que impeça a execução da prestação originalmente assumida. O que a Lei previu foi a ocorrência de um evento imprevisível ou de consequências incalculáveis, apto a produzir a frustração da relação original entre encargos e vantagens. (2008, P. 726). (Grifou-se).

Compactuamos, em parte, com o entendimento do autor. Em que pese o fato de as teorias do fato do príncipe e da imprevisão, no direito francês, acarretarem soluções distintas, o direito brasileiro, nessa questão específica da alteração de carga tributária, não admite distinção: quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, seja de que ente estatal emanarem, implicam o reequilíbrio contratual, desde que, obviamente, tenha havido impacto no preço contratado.

Nossa discordância reside no fato de que o autor amplia a sua tese para quaisquer outras situações, conforme se constata da leitura do terceiro parágrafo da transcrição. Da mesma forma que Amaral, ao referir-se aos fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis como motivadores do reequilíbrio, omite a condição legal para que isso ocorra, qual seja, o retardamento ou o impedimento da execução do contrato.

Conforme já nos manifestamos, discordarmos de tal entendimento por entendermos que a redação dos artigos da Lei não comporta tal entendimento, parecendo ser mais uma convicção baseada na opinião do autor do que na exegese da norma.

5.2.3.2.3 Posicionamento de Renata Faria Silva Lima

Em relação à teoria da imprevisão, a autora diz perfilhar-se em parte com a tese adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que entende ser o requisito de imprevisibilidade, atualmente, menos severo, complementada com a de Marçal Justen Filho, cujo posicionamento, embora já o tenhamos abordado, convém reproduzir aqui, sob a ótica da autora, que o expressa nos seguintes termos:

Marçal Justen Filho sustenta ser direito do contratado exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, “se e quando vier a ser rompido. [...] “Uma vez verificado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, o particular deve provocar a Administração para adoção das providências adequadas. “Inexiste discricionariedade”. Para ele, a Lei nº 8.883/94, que alterou a redação da letra “d” do inciso II da Lei 8.883/93, admitiu expressamente o reequilíbrio contratual, mesmo quando a ruptura se der por causa de eventos “previsíveis, desde que imprevisíveis forem suas decorrências, não se exigindo pois a imprevisibilidade.

Para esta autora, os pressupostos de imprevisibilidade e de onerosidade excessiva não são exigíveis para a recomposição do contrato quando ocorrerem quaisquer das áleas extraordinárias, ou, ainda, em caso de força maior e caso fortuito (2007, p. 149). Argumenta, ainda, que:

Em relação à onerosidade excessiva, também entendemos que o direito subjetivo do contratado dela prescinde, quaisquer que sejam as teorias aplicáveis para fins de reequilíbrio. Exige-se como pressuposto apenas “o agravamento da posição do particular”, “a elevação dos seus encargos” (2007, p. 150, apud JUSTEN FILHO, 1998, p. 519), em função das áleas extraordinárias ou de força maior. O princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo deve assegurar “as condições efetivas da proposta”. Não importa perquirir se os encargos do contratado foram majorados de forma ínfima ou de forma insuportável. O particular tem o direito subjetivo à correlação entre os encargos e a sua remuneração. Por óbvio, qualquer alteração dos encargos, por menor que seja, implicará necessariamente o desequilíbrio desta equação, a autorizar o seu reequilíbrio. **“O princípio visa, sobretudo, à correlação entre encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos [...]”** (2007, p. 150, apud TÁCITO, 1997, p. 200-201). (Grifamos).

Também aqui nenhuma referência ao disposto no art. 65, inc. II, d, em relação à exigência de que os fatos devam ter repercussões no contrato que os interrompam ou atrasem para que possam ser reequilibrados.

A autora refere, a exemplo de outros doutrinadores, que a questão da imprevisibilidade é desnecessária. Em verdade, o que fez a lei foi tornar desnecessária a imprevisibilidade do fato, mas não a da sua consequência, que, afinal, é o que realmente importa.

Quanto à referência a Caio Tácito, citado para corroborar o argumento da desnecessidade da onerosidade excessiva, ressalte-se que, conforme já aludimos anteriormente ao falar da teoria da imprevisão, o autor milita na corrente contrária. O

trecho citado está descontextualizado, pois faz parte de artigo do autor que trata do equilíbrio financeiro nas concessões de serviço público, onde faz referência expressa à onerosidade excessiva:

Sempre, no entanto, que, por ato próprio da administração concedente, ou por outras causas gerais, inclusive de ordem econômica, a estrutura financeira da concessão for **substancialmente abalada**, nasce para o concessionário a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção das partes. (loc. cit. p. 200). (Grifamos)

5.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

Conforme se pode perceber ao longo do que foi exposto nesse trabalho, existem diversas divergências na doutrina em relação ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. É difícil muitas vezes mensurar o impacto que uma determinada questão debatida no campo teórico vá causar no mundo dos fatos, conforme se adote uma ou outra tese; no caso da questão da onerosidade excessiva, no entanto, isso é bem fácil de perceber, pois terá implicação direta e imediata, por exemplo, na tarifa de determinado serviço público, ou no desembolso público de vultosa soma indenizatória.

Já se expôs aqui o posicionamento de alguns autores que entendem que as soluções adotadas pelo Tribunal de Contas reflete uma importação acrítica da teoria da imprevisão, porque ela, segundo aludem, não é acolhida pelo nosso ordenamento jurídico. Não se discorda de que, muitas vezes, ocorrem importações de teorias sem a sua devida “tropicalização” ao nosso ordenamento. No entanto, em relação à onerosidade excessiva, entendemos que tal não acontece. A referência à onerosidade excessiva é tão clara na Lei 8.666/93 que nos causa espécie qualquer argumentação em sentido contrário.

José Cretella Júnior, de maneira muito clara e didática, ao discorrer sobre as diferenças entre fato do príncipe e teoria da imprevisão, apresenta as características e as motivações contidas em cada uma das teorias.

Na teoria da imprevisão o evento imprevisto é uma circunstância ou conjunto de circunstâncias econômicas extraordinárias,

independentes da vontade das partes contratantes, como, por exemplo, a elevação do preço da matéria-prima e dos salários, que se verifica no transcurso ou como consequência de grandes crises políticas, sociais ou internacionais (guerra).

A teoria da imprevisão tem por finalidade fazer com que a Administração participe, até certo ponto e temporariamente, dos prejuízos sofridos pelo contratante. Não tem por objetivo reparar um dano.

O fato do príncipe, ao contrário, tem por escopo, quando influi sobre a situação econômica do contratante, outorgar-lhe o direito de exigir a reparação definitiva do prejuízo causado pela Administração, sob o aspecto de uma supletivação de preço. Exige a equidade que o contratante não sofra prejuízo, nem mesmo uma diminuição de sua renda, em consequência de medida tomada pela Administração.

O fato do príncipe é uma aplicação da teoria geral da reparação equitativa do dano causado por iniciativa alheia [...] constitui a mais importante aplicação da teoria do equilíbrio financeiro [...], que consiste em considerar o contrato administrativo como um todo, no qual os interesses das partes se condicionam. Ora, se o equilíbrio inicialmente mantido é alterado, prejudicando o particular contratante, tem este o direito a uma indenização pecuniária para que se restabeleça o equilíbrio violado.(Grifou-se).

Ao que nos parece, as teorias, tal como aí descritas, estão totalmente acolhidas pela *mens legis* da Lei 8.666/93 no que tange ao reequilíbrio contratual. As razões que levaram o legislador a acolher tais teorias sem necessidade de adaptação alguma nos parecem muito claras: é que o problema é comum a qualquer país capitalista do mundo ocidental e a resposta encontrada pelo ordenamento francês é tão calcada na lógica e no bom-senso, que pode ser aplicada independentemente de qualquer idiosincrasia de um ou outro ordenamento jurídico: trata-se de atribuir a responsabilidade a quem lhe deu causa; quando a responsabilidade não puder ser atribuída a ninguém, e o evento onerar excessivamente a execução do ajustado, o Estado, movido pelo interesse público, reequilibrará o contrato, integral ou parcialmente, conforme o caso, através de um acordo com o particular.

Frise-se, por fim, que em que pese a teoria da imprevisão, que promoveu o ressurgimento da cláusula *rebus sic stantibus*, funcionar como uma atenuante aos rigorismos do *pacta sunt servanda*, ela não o desprestigia, antes pelo contrário. É exatamente em respeito à força obrigatória dos contratos que a teoria da imprevisão só propugna pela alteração de suas cláusulas econômico-financeiras em caso de grande abalo que retarde ou impeça a execução do contrato.

Assim, mesmo nos contratos administrativos, o particular fica sujeito a certas vicissitudes que são inerentes às atividades empresariais, dentre elas a submissão a

algum tipo de risco. Nesse sentido, calha transcrever opinião de Lucas da Rocha Furtado:

De fato, admitir a aplicação da teoria da imprevisão nos contratos administrativos fora das circunstâncias definidas em lei, vale dizer, aceitar a recomposição de preços nos contratos a todo tempo e modo, na hipótese de o contratante apenas demonstrar alterações na relação econômico-financeira, seria negar qualquer sentido ao instituto da licitação e premiar o licitante que, por má-fé ou inépcia em empresarial, apresentou proposta que, com o tempo, revelou-se antieconômica.

A licitação, caso não sejam definidos critérios rígidos para a aplicação da teoria da imprevisão, poderia conduzir a Administração à escolha de propostas apenas aparentemente mais econômicas. As empresas que oferecessem propostas adequadas, assentadas em previsões bem feitas e com margem de lucro razoável, poderiam ser derrotadas por propostas mal calculadas, que manifestariam seus malefícios somente meses mais tarde. (2001, p. 283).

Como se referiu anteriormente, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é, antes que um direito do particular, um princípio constitucional. Nesse sentido, se por um lado é certo que a Administração Pública não pode se abster de promover o reequilíbrio contratual, também é fato que, na análise do caso concreto, fatalmente princípios terão de ser considerados e, em alguns casos, eles se mostrarão conflitantes.

Isso fica muito claro na análise de pedidos de reequilíbrio de contratos de concessão, onde o princípio do reequilíbrio econômico financeiro entra em choque com o princípio do serviço adequado, que se traduz, entre outros, na modicidade tarifária⁹.

Conforme propõe Alexy¹⁰, em casos assim há de ser feita uma ponderação para decidir qual princípio deverá ceder – e não ser invalidado -, diante da

⁹ Nos termos da Lei 8.987/95: Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

¹⁰ “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. [...] Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso tem preferência”. (ALEXY, 2015, pp. 93-94).

importância maior do outro naquela circunstância específica. A solução, obviamente, não necessariamente será um “tudo ou nada”, até porque ela envolve um acordo entre as partes, nos termos da lei. Sob essa perspectiva, cabem questionamentos, na análise de caso concreto, se o deferimento do reequilíbrio, a todo e qualquer abalo contratual, não serviria de desestímulo ao concessionário em atuar de modo eficiente, otimizando seus custos, com vistas à modicidade tarifária.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho pretendeu-se abordar algumas divergências doutrinárias em relação ao pressuposto de onerosidade excessiva para o reequilíbrio dos contratos administrativos. Para tanto, partiu-se do consagrado entendimento segundo o qual é preciso conhecer o passado para melhor entender o presente.

Fez-se assim um pequeno apanhado histórico sobre a cláusula rebus sic stantibus e sobre, como dizem alguns, a “nova roupagem” que adquiriu: a teoria da imprevisão. Viu-se que foi motivada pela pressão de grandes grupos empresariais que, em decorrência dos efeitos econômicos devastadores do pós Primeira Guerra Mundial, encontravam-se diante de enormes dificuldades para cumprir os contratos firmados antes do conflito. A partir da solução dada à questão pela jurisprudência francesa, a teoria espalhou-se pelo mundo, colocando em perspectiva a pedra angular do liberalismo contratual, positivada no art. 1134 do Código Napoleônico: *“les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui lês ont faites”* (o contrato faz lei entre as partes).

Obviamente, não se pode pretender uma análise dessa natureza sem que se faça a contextualização de seu objeto dentro do seu habitat jurídico, que no caso específico engloba, partindo-se do mais geral: o Direito Administrativo, a Administração Pública e os contratos administrativos. Assim, foi feito um apanhado dos diversos conceitos adotados pela doutrina e os entendimentos mais relevantes sobre a questão aqui debatida, a fim de, a partir da análise das divergências constatadas, podermos extrair as conclusões pretendidas.

Vimos que a maioria da doutrina acata a teoria da imprevisão e aborda suas características, com algumas pequenas variações, nos mesmos moldes da adotada pela doutrina francesa, temperada essa abordagem, obviamente, pelas diferenças entre os dois ordenamentos jurídicos, principalmente, na questão do montante do ressarcimento, que no Brasil, no mais das vezes, é integral.

Incidentalmente, nesse processo de pesquisa mais focado na teoria da imprevisão, pudemos constatar que existem outras divergências doutrinárias

relevantes que também, direta ou indiretamente, tem reflexo no reequilíbrio econômico financeiro dos contratos, tais como as referentes ao fato do príncipe, o qual, para alguns, tem a onerosidade excessiva como característica inerente ao seu conceito e, para outros, a sua característica é qualquer repercussão no contrato, positiva ou negativa.

Em relação especificamente à onerosidade excessiva, restou-nos a convicção de que as abordagens discordantes são de argumentação precária, difíceis de sustentar à luz do conhecimento da teoria e da sua incorporação pelo nosso direito positivo, além do que algumas argumentações são baseadas mais na opinião de seu autor no que no amparo de dados da realidade fática que sustentassem as argumentações.

Ao nos posicionarmos a favor da corrente que entende como pressuposto a onerosidade excessiva para o reequilíbrio contratual, não estamos desprestigiando a o instituto e tudo o que ele representa para o interesse público. Tal princípio permite a manutenção da continuidade da execução dos contratos, além de possibilitar que, com essa garantia, os particulares possam apresentar propostas com preços mais atraentes em certames licitatórios, uma vez que podem expurgar de seus preços o risco de eventos imprevisíveis, de aumento da carga tributária, entre outros.

No entanto, ele não pode servir como uma salvaguarda geral a toda e qualquer intempérie surgida no âmbito do contrato, uma vez que compete ao particular executar a bom termo seu negócio, agindo com zelo, economia e prestando um bom serviço, obrigado que está à obediência ao princípio do serviço adequado, o que acaba prestigiando, direta ou indiretamente, o interesse público.

Analisados sob essa ótica, aliada com definições legais mais precisas, acreditamos que o instituto cumpriria bem melhor o seu relevante papel dentro do Direito Administrativo conferindo maior segurança jurídica aos contratos, beneficiando tanto o particular contratante como a própria Administração, representada, na análise dos casos concretos, pelo agente estatal que tem o difícil dever de tomar as decisões pertinentes, tudo isso trazendo o sempre almejado melhor atendimento do interesse público.

O que resultou dessa análise foi um aprofundamento de nossa convicção de que a teoria da imprevisão, além da positivação consagrada na Lei 8.666/93, encontra-se baseadas em razões muito lógicas e coerentes, e em grande sintonia com o direito contemporâneo, num parentesco muito próximo com os princípios que hoje regem com mais ênfase as relações contratuais, tais como o da boa fé e o da função social dos contratos.

REFERÊNCIAS

- A CLÁUSULA “rebus sic stantibus” no direito administrativo – comentário de C. A. Lúcio Bittencourt. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 812, out. 1945.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- AMARAL, Antonio Carlos Cintra. Licitação e contrato administrativo: estudos pareceres e comentários. 1. Ed. 2. Tir. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 114, p. 263-282, abr./jun. 1992. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496846>. Acesso em 30 de junho de 2017.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista da BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BORGES, Alice Gonzales. A Administração Pública como locatária. Revista de Direito Administrativo, Renovar Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, nº 201, p. 71-87, julho-setembro, 1995. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46570/46393>. Acesso em 05 de julho de 2017.
- BORGES, Danilo Marques. Teoria do fato do príncipe e os tratados internacionais. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 04 de maio de 2010. Acesso em 20 de junho de 2017.
- BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 479908/DF. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ 09/02/2005 p. 184
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. rev., atual. e ampl. Até 31.12.2014. São Paulo: Atlas, 2015.
- CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas de “privilégio” no contrato administrativo. Revista de Direito Administrativo. Jul-set. 1985. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44753/43450>. Acesso em 30 de junho de 2017.
- _____. Teoria do Fato do Príncipe. Revista dos Tribunais: RT, v. 101, n. 918, abr. 2012. Disponível em:

<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&from=rend=&srguid=i0ad82d9a0000015d04ee87c9ab5ebbc7&epos=1&spos=1&page=0&td=344&savedSearch=&searchFrom=&context=28&crumb-action=append&crumb-label=Documento>. Acesso em 24 de junho de 2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão. Aspectos Pontuais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 7, ago/set/out de 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20 de junho de 2017.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Contratos administrativos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. Saraiva, 1981.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 12. ed. rev. e atual. – com referência à Lei das Micro e Pequenas Empresas e ao Regulamento da Lei dos Consórcios Públicos. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

LAMARÃO, Ronaldo Coelho. Reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos à luz da jurisprudência do TCU e da AGU. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

LICITAÇÕES e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. Tribunal de Contas da União. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília.TCU, Secretaria-Geral da Presidência. Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em

<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?nline=1&fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A>. Acesso em 30 de junho de 2017.

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

MAFFINI, Rafael. Elementos de Direito Administrativo; atualizado até a lei 13.303/2016 - Estatuto das Estatais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.93

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33. ed. atualizada até Emenda Const. 53, por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de direito administrativo. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA DE CASTRO, Adriano Augusto. Desconstruindo a teoria da imprevisão. Pensar Jurídico, vol. 3, n. 2, jan. 2010. Disponível em:

<http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/artigo.php?no=55>

PEREIRA JR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6 ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luis. Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. ed. São Paulo: Atlas. 2006

WALD, Arnold. equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Direito da concessionária à recomposição tarifária em virtude de aumento do custo de insumo.

Revista dos Tribunais. vol. 785/2001. p. 117 – 126. Mar. 2001. DTR\2001\136.

Disponível em

<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015d1d752658e8b992f1&docguid=ld6ae0b00f25011dfab6f010000000000&hitguid=ld6ae0b00f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=569&context=59&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 30 de junho de 2017.