



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS**  
**Curso de Direito**

**IVAN CARLOS FERREIRA LIMA**

**A EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA NOS CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS:  
a necessidade de recomposição**

**BRASÍLIA - DF**  
**2015**

**IVAN CARLOS FERREIRA LIMA**

**A EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA NOS CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS:  
a necessidade de recomposição**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do Curso de Graduação  
de Bacharelado em Direito do Centro  
Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Luiz Patury

**BRASÍLIA - DF  
2015**

**IVAN CARLOS FERREIRA LIMA**

**A EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA NOS CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS:  
a necessidade de recomposição**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do Curso de Graduação  
de Bacharelado em Direito do Centro  
Universitário de Brasília.

Brasília, de de 2015.

Banca Examinadora:

---

Professor Luiz Patury  
Orientador

---

Professor  
Examinador

---

Professor  
Examinador

A minha querida esposa Cristiane, por compartilhar minha vida e meus sonhos, por seu apoio e companheirismo.

A nossas filhas, Natália e Isabela, por me fazerem sentir o amor em sua mais pura manifestação e por me impulsionarem a querer ser uma pessoa melhor a cada dia.

Esta conquista é nossa !

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por me guiar e me dar forças em meu caminho. Sinto Sua presença a cada passo de minha trajetória.

A todos os professores que tive ao longo do Curso de Direito do UniCEUB; em especial ao meu amigo e orientador, Luiz Patury, pela paciência, comprometimento e tempo dedicado. Eu não estaria completando mais esta etapa se não tivesse bons mestres.

Àquela que se tornou uma verdadeira amiga de todas as horas, Bárbara Pereira, que, por tantas vezes, foi disponível em ajudar e motivadora incessante nessa caminhada. Com toda a certeza, sem seu apoio, carinho e sua bondade, não estaria chegando ao fim dessa caminhada acadêmica.

Aos colegas da Controladoria Geral da União que sempre me motivaram a conhecer o Direito, e me auxiliaram na construção deste trabalho, em especial ao colega do Tribunal de Contas da União, Luiz Felipe Simões.

Enfim, a todos que me estimularam e me apoiaram em mais este desafio e àqueles que deram o suporte necessário para que eu pudesse me dedicar aos estudos.

## RESUMO

Este trabalho monográfico trata a respeito das possibilidades de alterações de contratos administrativos, bem como da importância da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em tais acordos. O foco principal é analisar as mudanças que ocorrem durante a vigência de um contrato administrativo, e que acabam por vezes prejudicando o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, acarretando na necessidade de um ajuste, de uma alteração no referido contrato para adequá-lo à realidade atual. Para manter o contrato sempre equilibrado são necessárias algumas alterações que se dão por meio de revisão, reajuste contratual e repactuação. Um outro ponto complementar que será demonstrado, com atenção demasiada, será conhecer a extensa legislação e entendimentos emanados pelos órgãos de controle (STF, STJ e TCU), identificando, inclusive, alguns Acórdãos, buscando uma forma de garantir essa equidade. Serão apresentados alguns casos concretos observados por este pesquisador junto ao Tribunal de Contas da União e, em atividades como auditor de contratos em programa de políticas públicas no Governo Federal, com o objetivo de tornar claro o entendimento jurisprudencial daquela Corte de Contas. Desta forma, a intenção desta pesquisa será, ao seu final, identificar a necessidade de recomposição financeira dos contratos utilizando as modalidades de equação econômica, buscando sempre o equilíbrio entre a prestação a que se obrigou a contratada e a remuneração eficiente pactuada com a Administração. Serão abordadas a necessidade da limitação legal imposta pela Administração Pública, na gestão desses contratos, e a razão da garantia de manutenção das condições efetivas da proposta, abrangendo tanto preceito constitucional quanto legislação infraconstitucional, contendo os mecanismos que assegurem tal equilíbrio contratual. Assim, conseqüentemente, concluir-se-á que o interesse maior desse trabalho será o de adentrar no conhecimento desse importante mecanismo administrativo que, ao regular as relações contratuais com o Poder Público, estará preservando a supremacia do interesse público.

Palavras-chaves: Contrato Administrativo. Administração Pública. Equilíbrio econômico-financeiro. Revisão, reajuste e repactuação.

## ABSTRACT

The present paper reviews distinctive features of procedures applied to administrative contracts, highlighting the importance of maintaining their economic-financial balance. Its major focus is the analysis of the changes that occur during the period of validity of an administrative contract, which may sometimes impair the economic-financial balance of the public-private partnerships and force updating adjustments. Some alterations are necessary to keep the contract permanently steady, such as revision, contractual adjustment and renegotiation. Another complementary point that was extensively demonstrated is the importance of the knowledge about the vast legislation and the understandings originated from official control and fiscalization bodies (Brazil's Supreme Court and Court of Justice and the Brazilian Federal Court of Accounts (TCU), even identifying certain judgments, in a way to ensure the equity (fairness) between the parts. In order to clarify the jurisprudence of TCU, real cases are presented, extracted from my personal experience before the public sector, either as a financial analyst at the Controladoria Geral da União (CGU), or as a manager of public policies of the Federal Government. In accordance to this, the purpose of this research is to identify the need of financial assets (?) of the contracts through the use of different modalities of economic formulas, always looking forward the long-term benefit of the contractual relationship. The need of legal limitation imposed by the Public Administration in the management of these contracts, and the reason of the warranty of the maintenance of the effective conditions of the proposal, comprising both the constitutional precept and the infra-constitutional legislation, including the mechanisms that assure the contractual balance. In conclusion, the main concern of this study is to explore deeply the importance of the administrative mechanism of regulation of contractual relationships with public authorities, which preserves the supremacy of the public interest.

Key words: Administrative contract. Public Administration. Economic-financial balance. Revision, contractual adjustment and renegotiation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1 CONTRATOS .....</b>	<b>12</b>
1.1 Conceito, Distinção e Requisitos de Validade.....	12
1.2 Princípios Fundamentais do Direito Contratual .....	15
1.3 Contratos da Administração: Uma Pequena Abordagem .....	18
<b>2 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO .....</b>	<b>20</b>
<b>3 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA ABORDAGEM SINTÉTICA.....</b>	<b>29</b>
3.1 Do Direito à Adjudicação .....	31
3.2 Das Cláusulas Contratuais Gerais Obrigatórias .....	33
<b>4 O APERFEIÇOAMENTO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.....</b>	<b>37</b>
4.1 Natureza constitucional do princípio .....	37
4.2 Principais Eventos Causadores de Ruptura do Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos .....	38
4.2.1 O Fato do Princípio (Álea Administrativa Extraordinária e Extracontratual) .....	39
4.2.2 O Caso Fortuito ou de Força Maior .....	41
4.2.3 O Fato da Administração: prática de ato ilícito contratual pela Administração Pública .....	43
4.2.3.1 Uma Pequena Abordagem sobre A Prerrogativa de Alteração Unilateral do Contrato em Favor da Administração.....	45
<b>4.3 Formas de Readequação da Equação Econômico-Financeira .....</b>	<b>46</b>
4.3.1 A Revisão (Recomposição) de Preços .....	48
4.3.2 O Reajuste (Contratual) de Preços.....	51
4.3.3 A Repactuação de Preços .....	58
4.3.4 A Redução dos Encargos do Contratado .....	61
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tratar-se-á sobre a incidência e a aplicabilidade da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, construída a partir de determinação constitucional, da legislação ordinária, das jurisprudências e de visões doutrinárias atualizadas.

O referido equilíbrio da equação econômica deve ser entendido, pelo lado da administração, como dever de realizar a devida adequação contratual quando se deparar com possíveis desequilíbrios. A imposição dessa readequação será de fundamental importância para ambos os entes contratantes. O remédio administrativo para resolver essas questões garantirá uma constante segurança jurídica com os interessados em contratar com o Poder Público, com a finalidade de se evitar o litígio judicial.

A efetivação de determinação constitucional é tida como função primordial da Administração Pública, uma vez que em nosso ordenamento vigora o Princípio da Força Normativa, cujos dispositivos constitucionais possuem aplicação imediata e, por conseguinte, constituem ditames obrigatórios que a Administração deverá seguir.

A partir da asserção de que a nossa Constituição Federal é diretiva, onde o legislador constituinte abordou vários comprometimentos a ser realizados pelo Estado, a Administração Pública, com a finalidade de dar maior existência real aos princípios constitucionais, possui a tendência de descentralizar suas ações, com o objetivo de buscar a maior eficiência administrativa possível e, desta maneira, buscar na iniciativa privada uma solução rápida e eficiente com objetivo de obter melhores qualidades na execução de obras e serviços necessários à preservação das suas atividades básicas.

Como regra geral, a Administração, ao outorgar a particulares a finalidade de execução de suas necessidades deve obedecer ao princípio legal realizando a adequada licitação com vistas a propiciar isonomia aos particulares interessados no certame, com a finalidade de obter a proposta mais benéfica visando à satisfação do interesse público.

Após a realização desse processo de escolha, a Administração deve firmar o acordo com o participante vitorioso, estabelecendo as disposições obrigatórias em contrato de modo que o objeto licitado seja devidamente cumprido conforme pactuado.

Em continuidade, após a formalização desse instrumento, a Administração deverá atender a uma das garantias constitucionais que está implícita no inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, que é a **preservação da equação econômica nos acordos celebrados**. Esta garantia impõe aos contratos administrativos a restauração do acordo inicialmente firmado, com objetivo que se evite prejuízos ou lucros demasiados a qualquer dos contratantes.

Com base nessa segurança jurídica, fica evidente que a obediência ao princípio da manutenção do equilíbrio em todos os acordos a serem firmados pela Administração é requisito ou condição *si ne qua non* para que os participantes apresentem suas propostas com maior confiança na execução do objeto que executará. Com efeito, ele poderá ofertar uma melhor proposta de preço, almejando lucros compatíveis com o mercado sem a necessidade de embutir preços exorbitantes supondo futuras recomposições que poderiam onerar demasiadamente ou ainda reduzir seus lucros, distanciando, assim, de suas pretensões quando da formulação proposta inicialmente.

Porém, infelizmente, o que se tem percebido, em todos os órgãos de controle fiscalizatório, é que o problema de maior frequência ocorre justamente na falta de acompanhamento da execução do contrato, pois o Poder Público não percebe, com vigilância necessária, o princípio garantidor do equilíbrio financeiro contratual, ocasionando, lamentavelmente, grande incerteza judicial aos executores contratados e, assim, propiciando constantes demandas judiciais.

Daí, que, ressaltada ineficiência na gestão administrativa contratual gera um enorme prejuízo ao poder público e ao interesse da sociedade, tendo em vista que os contratados irão superestimar os custos de suas propostas, acabando por contrariar o objetivo maior do procedimento licitatório, que é a máxima vantagem para a Administração.

Infelizmente, apesar da unanimidade entre a doutrina, a jurisprudência e os órgãos de controle, em especial o Tribunal de Contas da União, sustentarem que o acatamento da equação financeira deva ser prévio e concomitante quanto à execução dos contratos administrativos, há divergências referentes às diversas formas de cumprimento desse equilíbrio.

Essa fragilidade do sistema talvez seja consequência da falta de sintonia dos órgãos estatais. Frequentemente, o TCU dirige uma avalanche de recomendações e também publica Acórdãos no sentido de coibir a má-gestão pública. Porém, grande parte dos órgãos e agentes públicos envolvidos não dão a devida atenção aos dispositivos normativos, como também ignoram esses poderosos remédios de controle. Com isso, imprudentemente, agem dificultando a regulação dessa questão, causando enormes prejuízos ao erário.

Examinar e identificar as razões desses descasos e aprofundar uma análise das diferentes formas de garantir um equilíbrio contratual eficiente será um dos objetivos desta pesquisa, pois o interesse público deverá estar sempre em primeiro plano como finalidade do poder público.

Antes de adentrarmos a essas peculiaridades contratuais do poder público frente a particulares, precisamos diferenciar alguns conceitos das modalidades contratuais.

# 1 CONTRATOS

## 1.1 Conceito, Distinção e Requisitos de Validade

Contrato constitui forma de acordo firmado entre dois ou mais entes com finalidade de realizar estipulado objeto, cujas partes interessadas se impõem a cumprir todas condições pactuadas. Dessa maneira, constitui-se em típico negócio jurídico que necessita, para sua existência, de no mínimo dois interessados, configurando, assim, a **bilateralidade ou plurilateralidade do negócio jurídico**.

A definição de contrato segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 32):

[...] é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

No mesmo sentido, Caio Mario da Silva Pereira (2011, p. 7) “[...] o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.”

Adentrando agora, na especificidade e campo do Direito Administrativo, contrato administrativo não se distancia da substância do contrato de Direito Privado.

Pode-se definir contrato administrativo como o ajuste firmado pela administração pública, agindo nesta qualidade, com particulares, ou com outras entidades administrativas, nos termos estipulados pela própria administração pública contratante, em conformidade com o interesse público, sob regência predominante do direito público.

Essa definição concerne aos denominados Contratos Administrativos propriamente ditos, que são exatamente aqueles em que a Administração Pública atua na qualidade de Poder Público, dotada, por isso, de prerrogativas características de direito público (prevalência do interesse público).

Conforme ensina José Santos Carvalho Filho (2012, p. 173) “[...] pode-se conceituar contrato administrativo como o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público [...].”

Já Lucas da Rocha Furtado (2013, p. 271) adota a definição apresentada na Lei nº 8.666/93, art. 2º, parágrafo único, que estabelece como **contrato administrativo** “[...] todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas [...].”

Marçal Justen Filho (2014b, p. 468) prefere definir contrato administrativo “[...] em sentido amplo, como o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e, em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.”

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 633-634) leciona que:

É 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.

Para o Direito Administrativo, a definição de contrato, entretanto, independentemente de não se distanciar da definição de conceito na área privada, adquire várias particularidades, principalmente principiológica de imposição constitucional e de conteúdos normativos (princípios) que o Poder Público deve se subordinar, tendo em vista que o **interesse público é indisponível**.

Entre esses princípios, o da **legalidade** e o da **vinculação ao edital** são os que sobressaem com maior importância.

O **Princípio da Legalidade**, em consequência, está intimamente ligado aos ditames legais do Estado Democrático de Direito, obrigando a Administração a limitar as suas ações de acordo com a norma vigente, com a finalidade de atender ao interesse público, porém, sempre dentro dos limites legais. É o postulado basilar

do Estado de Direito, consistindo, a rigor, no centro da própria qualificação deste (o Estado é dito “de Direito” porque sua atuação está integralmente sujeita ao ordenamento jurídico, vigorando o “império da lei”).

Prova disso é a argumentação de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 78):

O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção esta, que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração. No Brasil, o art. 5º, inciso II, da Constituição dispõe: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Como o art. 5º trata de direitos individuais, voltados essencialmente, à proteção dos particulares contra o Estado, temos como lógica que aos particulares é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíba.

De imediato, podemos perceber que essa particularidade é inaplicável à atividade administrativa. Para os particulares a regra é a autonomia da vontade, ao passo que a Administração Pública não tem vontade autônoma, e nem poderia, pois está adstrita à lei, a qual expressa a “vontade geral”, manifestada pelos representantes do povo, único titular originário da “coisa pública” (*res publica*).

Tendo em conta o fato de que a Administração Pública está sujeita, sempre, ao princípio da indisponibilidade do interesse público – e não é ela quem determina o que é de interesse público, mas somente a lei (e a própria Constituição), expressão legítima da “vontade geral”, não é suficiente a ausência de proibição em lei para que a Administração Pública possa agir; é necessária a existência de uma lei que imponha ou autorize determinada atuação administrativa.

Com isso, a Administração Pública, ao observar as leis, está atendendo ao sentido democrático, pois elas foram legitimamente construídas e aprovadas por representantes do povo que a aplicam em prol do interesse público que é absolutamente indisponível.

Em decorrência, os contratos administrativos, por serem pactuados pela vontade das partes (Administração Pública X Particulares), somente terão validade se executados dentro dos limites legais.

Pelo que se nota, o acatamento das normas pela Administração decorre do sentido democrático, por intermédio da legislação imperiosamente admitida pelos seus representantes do povo, sendo, assim, sinais obrigatórios de cumprimento, principalmente, para o Poder Público.

Consubstancia-se assim um dos princípios mais importantes para a compreensão das regras do contrato no Direito Administrativo.

Já o nexu **vinculatório ao edital** condiciona o poder público à obrigatoriedade de proceder com ampla transparência e isonomia aos pretendentes em contratar com ele, pois subordina o certame aos interesses da Administração que estarão contidos e publicados no documento. Tanto os concorrentes participantes quanto a própria Administração terão que aceitar as regras dentro dos limites ali estabelecidos.

## 1.2 Princípios Fundamentais do Direito Contratual

O direito contratual rege-se por diversos princípios, alguns tradicionais e outros modernos. Os mais importantes são: **autonomia da vontade, consensualismo, relatividade dos efeitos, boa-fé, força obrigatória e a função social.**

O princípio **autônomo** espelha a liberdade de contratar, que é o poder liberal que as pessoas têm para fazer acordos, por intermédio de sua expressão volitiva, sendo resguardados pelo ordenamento jurídico, como consequência, o surgimento de direitos.

A faculdade de negociar é vasta se condicionada ao pleno atendimento de questões de interesse social, atingindo, assim, a **função social** que é um dos pilares intrínsecos dos Contratos.

Constitui, assim, princípio moderno a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Alia-se aos princípios tradicionais, como os da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam.

Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2009 *apud* GONÇALVES, 2011, p. 25) de forma bem objetiva, confirma que:

A função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório. Tal princípio desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros, que não são propriamente partes do contrato, possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos.

O Princípio do **Consensualismo** depreende, simplesmente, que para o aperfeiçoamento do contrato, o acordo de vontades, contrapõe-se ao formalismo e ao simbolismo que vigoravam em tempos primitivos. Decorre ele da moderna concepção de que o contrato resulta do consenso, do acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa, não sendo exigido formas e procedimentos especiais.

A proposição de que o acordo faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*) refere-se ao Princípio da **Força Obrigatória** ou Princípio da **Intangibilidade** dos Contratos. Representa a força vinculante das convenções. Definidos os direitos e as obrigações de cada um dos interessados contratuais, o conteúdo disposto no contrato, obrigatoriamente, têm força cogente para os atores contratantes.

Em sintonia, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 48, grifos nossos) preceitua que:

O aludido princípio tem por fundamentos: a) **a necessidade de segurança nos negócios**, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando a balbúrdia e o caos; b) **a intangibilidade** ou **imutabilidade do contrato**, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes, personificada pela máxima *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), não podendo ser alterados nem pelo juiz.

Já o princípio da **Boa-Fé** exige que as partes se comportem de forma correta, com probidade, não só durante as tratativas, como também durante a execução e o cumprimento do contrato. Seria a relação da vontade de forma idônea e justa das partes contratuais. Os envolvidos em um acordo contratual devem sempre almejar a sua atuação com lealdade e confiança mútuas no atingimento do objeto pretendido.

Corroborando esse entendimento, Mônica Bierwagen (2008 *apud* GONÇALVES, 2011, p. 55) de forma concisa leciona que:

A probidade, mencionada no art. 422 do Código Civil, nada mais é senão um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé, podendo ser entendida como a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa. Ao que se percebe, ao mencioná-la teve o legislador mais a intenção de reforçar a necessidade de atender ao aspecto objetivo da boa-fé do que estabelecer um novo conceito.

De outro modo, o Princípio da **Função Social**, acarreta observar que o objetivo contratual é mais abrangente do que o almejado unicamente pelos interesses das partes contratantes. O contrato deve ser considerado como algo de interesse geral, ou seja, de satisfazer toda a sociedade seja em que necessidade for. Desta forma, como viés administrativo, o contrato deve servir ao interesse satisfativo social e, no caso em questão, à Administração Pública e à coletividade em geral.

Por fim, o Princípio da **Relatividade** comporta a concepção de que os efeitos do contrato devem atingir apenas as partes envolvidas no acordo, por terem sido eles que manifestaram a sua vontade, vinculando-os ao seu conteúdo e, assim, não poderão beneficiar nem prejudicar terceiros. Tem por base a idéia de que terceiros não envolvidos na relação contratual não se submetem aos efeitos do contrato.

Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa (2011, p. 48, grifos nossos) leciona que:

[...] esse princípio não se aplica tão somente em relação às partes, mas também em relação ao objeto. O Contrato sobre bem que não pertence aos sujeitos não atinge terceiros. Essa regra geral pode também sofrer exceções. Nesse sentido, conclui-se que o contrato não produz efeito com relação a terceiros, a não ser nos casos previstos na lei. Temos de entender por **parte contratual** aquele que

estipulou diretamente o contrato, esteja ligado ao vínculo negocial emergente e seja destinatário de seus efeitos finais. Por outro lado, deve ser considerado como **terceiro**, com relação ao contrato, aquele que não tem nenhum vínculo com o acordo e as consequências finais do negócio jurídico.

### 1.3 Contratos da Administração: Uma Pequena Abordagem

Similar ao Direito Privado, a Administração Pública, do mesmo modo, firma compromissos recíprocos com terceiros, se utilizando de contratação de serviços e bens com o objetivo de atender ao interesse público. Toda vez que o Estado-Administração age dessa maneira, se convencionou denominar de **Contratos da Administração**, caracterizados pelo fato de que a Administração Pública sempre estará presente num dos lados do vínculo contratual buscando a satisfação do interesse público.

Esses contratos podem ser realizados na modalidade de direito privado ou público.

Cabe salientar que a contratação em geral, seja qual for a sua modalidade, caracteriza-se indiscutivelmente como atividade administrativa, cuja execução resulta de critérios de conveniência e oportunidade privativos da Administração Pública. Daí, configura-se como inconstitucional qualquer lei ou norma infraconstitucional que condicione a celebração de contratos da Administração à prévia autorização do Poder Legislativo ou de registro prévio no Tribunal de Contas da União.

Nos contratos privados da Administração, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 264-266, grifos nossos) que:

Os contratos de direito privado, como a compra e venda, a doação, o comodato, regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas publicistas têm regime de direito privado parcialmente derogado pelo direito público. Essa derrogação lhes imprime algumas características peculiares de direito público. Na verdade, a Administração age no seu ***ius gestionis***, com o que sua situação jurídica muito se aproxima da do particular.

Como são acordos específicos de interesse da Administração, permitem a

ocorrência de dispositivos específicos do direito público, cabendo ressaltar que, conforme disciplinado em lei, podem sofrer, suplementarmente, cominações normativas do direito privado.

Corroborando esta tese, José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 172), informa que “[...] é importante destacar que é o regime jurídico que marca a diferença entre contratos administrativos e contratos privados da Administração.”

Cabe considerar ainda, que os Contratos Administrativos também constituem espécie do gênero Contratos da Administração, e têm normas reguladoras diversas das que disciplinam os contratos privados firmados pelo Estado.

Corroboradora dessa afirmativa é a visão de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 628), “[...] os contratos de direito privado regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado.”

Apontadas as peculiaridades desse tipo de contrato, cabe agora analisar com maior ênfase aqueles acordos e suas peculiaridades que estão sob a égide do direito público, que é a finalidade da presente pesquisa.

## 2 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A doutrina conceitua a licitação como uma série ordenada de atos jurídicos, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, cuja finalidade é a de selecionar a melhor proposta dentre as apresentadas pelos particulares interessados, permitindo a esses, perante a Administração Pública, concorrerem entre si em igualdade de condições, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles se propõem.

A Lei nº 8.666 (JUSTEN FILHO, 2014a) define com bastante clareza a finalidade da licitação:

Art. 3º destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Licitação traz ínsita a ideia de disputa isonômica ao fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da administração com vistas à celebração de um contrato administrativo, entre ela e o particular vencedor do certame, para a realização de obras, serviços, concessões, permissões, compras, alienações ou locações.

Segundo Marçal Justen Filho (2014b, p.67):

É um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Já no conceito do Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Lucas Rocha Furtado (2013, p. 323-324): “A licitação é uma atividade-meio que se desenvolve tendo em vista a celebração de um futuro contrato. A Administração deverá, como regra, antes de firmar contrato com qualquer

particular, realizar a devida atuação administrativa da forma de agir dos particulares.”

Podemos extrair então, duas noções do instrumento licitatório: a obtenção da oferta mais vantajosa e a segurança de igualdade de condições aos interessados no procedimento.

Em harmonia a essas duas noções, os doutrinadores elencam alguns princípios que devem nortear o procedimento licitatório, quais sejam, o da **certeza na confiabilidade no processo** e o da **adjudicação ao licitante vitorioso**.

Antes de tudo, o princípio legal consiste na obrigação do agente público em estar atento à clareza do objeto e às normas fixadas inicialmente para o processo da licitação. Não é somente a observação necessária constante das regras do edital, mas também de toda a legislação correlata pertinente.

Outrossim, é consequência do preceito constitucional de isonomia de que sejam atendidos, de forma procedimental, os princípios básicos que regem o processo licitatório. Como a maior parte dos princípios interessam a toda atividade administrativa, podemos nos ater, essencialmente, àqueles que estão voltados ao processo de escolha (licitação pura), quais sejam, o da **vinculação ao instrumento convocatório**, o do **juízo objetivo**, o da **competitividade**, o do **procedimento formal**, o do **sigilo das propostas** e o da **adjudicação compulsória**.

A finalidade precípua desses princípios são de estabelecer diretrizes no sentido de orientar os gestores públicos, ao realizar uma licitação, a aperfeiçoar o processo de escolha, buscando uma modalidade adequada ao caso concreto, que tenha nitidez e especificidade em relação à metodologia selecionada, que se acautele em relação às exigências de participação dos interessados e que somente se empenhe em atingir os resultados desejados, dentro dos limites legais.

O devido processo legal na licitação estabelece freios e contrapesos aos poderes do julgador. Antes de examinar se a decisão é justa e compatível com o direito, cabe definir se ela foi produzida com observância de todas as formalidades.

Contudo, deve-se ter precaução na medida da aplicação do princípio da legalidade, tendo em vista que, se for exagerada a sua adoção, poderia acarretar divergências finalísticas do procedimento licitatório. Caso os gestores públicos, responsáveis pelo gerenciamento do procedimento, passem à admitir formalidades desnecessárias ou demasiadas, corre-se o risco de restringir a demanda a poucos participantes, limitando a concorrência e, assim, acarretando propostas mais onerosas e menos vantajosas à Administração Pública.

Desta forma, com o objetivo de impedir tais episódios, os Tribunais, atualmente, vêm regulando a rigidez dessa exigência, no sentido não só de evitar prejuízos ao Poder Público, mas também para dar celeridade processual.

Seguem as seguintes teses jurisprudenciais:

**MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – PERMISSÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO – EDITAL – SEGUNDA PUBLICAÇÃO – EXCESSO DE FORMALISMO – INABILITAÇÃO DE CANDIDATO.**

Não merece ser prestigiado o **excesso de formalismo** da Administração que, a pretexto de aperfeiçoar o edital de licitação, inclui, em sua segunda publicação, novas exigências aos candidatos à permissão para operar no serviço de transporte público alternativo, ainda mais quando se constata que todas essas formalidades poderiam ser atendidas por outros meios.

[...]

**Portanto, não faz sentido eliminar o proponente por não ter cumprido o formalismo contido na 2ª publicação do Edital supra. In casu, a forma do ato não é essencial, uma vez que as exigências do certame poderão ser cumpridas, por via indireta, com a simples presença do CRLV.”**

Na verdade, a modalidade da concorrência, além de permitir a participação de qualquer interessado, visa habilitar o proponente no início do procedimento licitatório. Do ponto de vista de serviço intelectual, o critério da “melhor técnica” de classificação no processo licitatório, se adéqua aos objetivos buscados pela Administração. **Assim, a apresentação do tão exigido Termo de Compromisso, ao meu ver, é dispensável, uma vez que, por si só, não é capaz de avaliar a aptidão técnica do proponente.**

Por essa razão, entendo que a inabilitação do recorrido no processo licitatório, acarretará prejuízos irreparáveis ao mesmo e, ainda, a impossibilidade no prosseguimento do certame.

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso do DMTU. (BRASIL, 2011, grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR FEDERAL. PROVA DE TÍTULOS. AUTENTICAÇÃO. ART. 41 DA LEI DE LICITAÇÕES. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO.

[...]

Hipótese em que o aresto impugnado pautou-se no princípio da razoabilidade para afastar a exigência de que os documentos de aprovação em concurso público - a fim de fazer prova de títulos - fossem obrigatoriamente autenticados no cartório, tal como previa a letra do edital, aceitando a certificação passada por servidores da biblioteca da Justiça Federal e da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia.

Mesmo transpostos os óbices à admissão do apelo, não soa razoável e configura excesso de formalismo recusar fé a cópias de Diário Oficial da União autenticadas por agentes públicos, mormente porque, além de expressa vedação constitucional (art. 19, inciso II), não foi apresentada qualquer impugnação sobre a veracidade e exatidão das informações que nelas se contém. 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (BRASIL, 2011).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ASSISTÊNCIA: INADMISSÍVEL. LICITAÇÃO. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE PEÇA PELO **EXCESSO DE FORMALISMO**. SEGURANÇA CONCEDIDA.

I - Não cabe assistência em processo de mandado de segurança. Interpretação do art. 19 da Lei nº 1.533/51, com a redação dada pela Lei nº 6.071/74. Precedentes do STF, do STJ e do extinto TFR.

II - Se a licitante está sediada em Comarca onde não existe vara especializada para falências e concordatas, basta que apresente a certidão negativa do cartório distribuidor das varas cíveis, a qual supre a exigência da apresentação de certidão negativa de pedido de falência ou concordata.

III - Segurança concedida.

#### **Decisão**

Preliminarmente, por unanimidade, afastar o pedido de assistência. No mérito, por unanimidade, conceder a segurança". (BRASIL, 2012).

Em igual sentido, o Decreto nº 5.450 (BRASIL, 2005) que regulamentou a Modalidade de Pregão, trouxe recurso objetivando a redução de interpretações exageradas em relação às formalidades do procedimento licitatório, condicionando os princípios constantes no *caput* artigo 37, da Constituição Federal, ao edital e do julgamento objetivo, bem como aos princípios relacionados da **razoabilidade**, **competitividade** e da **proporcionalidade**.

Assim, as normatizações que norteiam o procedimento licitatório certamente foram concebidas na intenção da expansão do certame para os pretendentes, com a condição de que não prejudiquem o objetivo do Poder Público.

Em relação ao **princípio da moralidade**, requer-se que os participantes interessados no procedimento licitatório, inclusive os órgãos públicos, operem sustentados no princípios da ética, sendo insuficiente uma distraída observação das exigências normativas, tendo em vista que a impossibilidade de previsão normativa de todas as situações concretas, o comportamento dos interessados particulares nunca poderá ultrapassar os limites da decência.

Quanto ao **princípio da impessoalidade**, o administrador deve adotar medidas iguais aos demais concorrentes que se deparem em circunstâncias semelhantes. Nesse quesito, o instrumento editalício realiza função primordial, uma vez que norteará o certame de escolha, estabelecendo os procedimentos e os requisitos de negociação contratual, colocando, assim, uma dificuldade para o gestor de má-fé conduzir a licitação em favor de determinados licitantes.

Em relação ao **princípio da isonomia**, o inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal, informa que a licitação é um procedimento “que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”.

É de fundamental importância que o princípio da isonomia seja manipulado no transcorrer do processo licitatório e não somente antes do mesmo. Depois de publicado o Edital, o princípio da isonomia continua aplicável. Trata-se, assim, da aplicação do princípio na execução da licitação.

A isonomia deve ser o sustentáculo de todo o processo licitatório tanto durante o ato convocatório, que é disponível a todos, com exceção daqueles que por ato anterior estejam impossibilitados de participar, como na fase posterior do processo, sendo que o julgamento das propostas deve ser feito com base nos critérios objetivos delimitados no ato convocatório, sem qualquer ingerência subjetiva de gestores públicos dos julgadores nesse processo.

O **princípio da publicidade** é aquele que obriga que a Administração dê ampla transparência ao processo licitatório, permitindo que todos os particulares interessados e o público em geral tomem conhecimento da intenção da Administração e, assim, possam ter a faculdade de poder participar e fiscalizar todo o andamento do certame.

Existem duas funções precípuas desse princípio: 1- permitir ampla liberdade de participação dos interessados do procedimento licitatório. 2- possibilitar o controle dos atos praticados, dando maior transparência aos procedimentos do certame.

O **princípio da probidade**, consubstancia-se na obrigatoriedade do gestor público em proceder de acordo com os valores da honestidade e retidão, atendendo ao aspecto objetivo da boa-fé ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa, que caso não cumpridos, possibilitará a punição da sua conduta.

Finalmente, o **princípio da vinculação ao edital** transmite uma segurança jurídica não somente em relação aos envolvidos no certame, mas, acima de tudo, propicia que todo o procedimento seja dirigido, obrigatoriamente, pelas normas dispostas no instrumento convocatório, cujo teor é parte integrante do processo e faz lei entre as partes (***pacta sunt servanda***).

Como já bem enfatizado, é bom abster-se de uma interpretação rigorosa e intensificada do edital, uma vez que é autorizado ao Administrador usar de seu poder discricionário com vistas a obter vantagens à Administração diante de obstáculos encontrados, incessantemente acostado por todas as regras que disciplinam a licitação.

É importante ainda evidenciar que há possibilidade de modificação incidente do **edital**, não existindo hipótese de sua imutabilidade, com previsão legal, tendo em vista que o parágrafo 4º, do artigo 21, da Lei nº 8.666 (JUSTEN FILHO, 2014a) informa que “Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.”

Desta forma, é possível a modificação do edital, sendo certo, contudo, que deve ser dado amplo e irrestrito conhecimento a todos da alteração pretendida, no sentido de proteger os interessados de novidades no procedimento.

Por último, a licitação, é norteadada pelo **princípio da obrigatoriedade**, uma vez que o certame é obrigatório e indispensável para aquisições, obras, serviços, alienações e locações, exceto os casos com previsão legal.

É este o informe do artigo 2º da Lei nº 8.666 (JUSTEN FILHO, 2014a):

Art. 2º: As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Posta a consideração da matéria, a própria normatização tem como previsão criminal a não efetivação do procedimento licitatório nos seguintes casos: Lei nº 8.666 (JUSTEN FILHO, 2014a):

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo Único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Entretanto, a lei assegura exceções a esse princípio, nas hipóteses de não ser viável a disputa, a legislação poderá estabelecer situações em que a Administração poderá contratar sem que tenha que licitar.

Nessa linha, existem as situações em que são **inexigíveis e dispensáveis** o processo licitatório.

Essas duas situações (inexigibilidade e dispensa) são espécies do gênero **contratação direta**, sem licitação. São hipóteses, portanto, referentes à possibilidade de a Administração promover contratação sem se ater ao dever constitucional de licitar, insculpido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

A hipótese de **inexigibilidade** depreende-se ser inviável a concorrência, derivada da inviabilidade de competição em relação a um único produto ou em relação a um único fornecedor.

Como exemplos dessa inviabilidade, o artigo 25 da Lei nº 8.666 (JUSTEN FILHO, 2014a, grifos nossos) é de **natureza exemplificativa** ao informar que:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, **em especial**:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser **fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo**, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de **serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei**, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para **contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo**, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A condição inserida no *caput* do artigo, “em especial”, caracteriza a não taxatividade da enumeração (rol exemplificativo), permitindo, assim, outras situações inexigíveis sem previsão legal, contanto que inexista a possibilidade de concorrência.

A Constituição acolheu a presunção de que prévia licitação produz a melhor contratação, entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção, facultando outra forma de **contratação direta** nos casos previstos em lei.

Assim, a **dispensa de licitação** se caracteriza pela expectativa de realizar o procedimento somente com aqueles possíveis pretendentes no objeto, uma vez que a norma, autoriza, por oportunidade e conveniência, dispensar o Administrador desse encargo.

As situações dessa dispensa, contudo, são de natureza **taxativa**, elencadas no artigo 24, da Lei nº 8.666/93.

É comum assegurar que a “supremacia do interesse público” estabeleça a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações de interesse da Administração Pública, o que significa, em outras palavras, que a licitação é um pressuposto do desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso, autoriza-se a Administração a adotar um outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. Essa flexibilidade não significa discricionariedade na escolha das hipóteses de contratação direta. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Por igual, definiu os casos de não incidência do regime formal de licitação. A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O gestor está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar, ainda nesses casos, a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis interessados.

Definidas essas proposições sobre o procedimento licitatório, cabe analisar, em seguida, o **Contrato Administrativo** e, em especial, as suas cláusulas intrínsecas.

### 3 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA ABORDAGEM SINTÉTICA

A definição de Contrato Administrativo definido pela Lei nº 8.666/93, é de que

Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. (JUSTEN FILHO, 2014a, p. 552)

A Constituição Federal estabelece a imposição de acertos no instrumento contratual pela administração, intencionando desconcentrar os seus atos, admitindo, dessa forma, buscar uma eficiente e ampla disponibilização de prestar serviços à sociedade.

Assim, é de enorme relevância o disposto no inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal (BRASIL, 2014):

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:

[...]

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.[...].

E corroborando essa relevância, o art. 175, da Lei Maior (BRASIL, 2014): “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Conforme Hely Lopes Meirelles (1973 *apud* VENOSA, 2011, p. 577):

É 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 própria Administração.

Os **princípios da indisponibilidade e o da supremacia do interesse público** permitem privilégios à Administração Pública como, por exemplo, o de obrigar o particular a atender algumas normas visando uma finalidade pública de interesse coletivo. Essas são as denominadas **Cláusulas Exorbitantes**.

Nesse contexto, conforme os artigos 55 e 58 da Lei de Licitações (BRASIL, 1993), existem previsões dessas disposições que, obrigatoriamente, integrarão a minuta do Termo de Contrato onde constarão as possibilidades de utilização das **cláusulas exorbitantes** que a Administração poderá utilizar:

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;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 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.

As chamadas Cláusulas Exorbitantes, como exceções da norma ampla de isonomia contratual, que é imperativa nos contratos privados, age no sentido de permitir que sejam dadas algumas prerrogativas à Administração Pública frente ao particular permitindo que prevaleça a finalidade do interesse público sobre o privado.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2014b, p. 963):

Uma das manifestações clássicas das competências estatais no âmbito dos contratos administrativos envolve a modificação unilateral das condições contratuais. Insista-se, sempre, que essa “prerrogativa” constitui-se em um poder-dever. A Administração dispõe de um poder jurídico, que lhe é outorgado não no interesse próprio, mas para melhor realizar um interesse indisponível. Verificados os pressupostos normativos, a Administração tem o dever de intervir no contrato e introduzir as modificações necessárias e adequadas à consecução dos interesses fundamentais.

No mesmo sentido, Lucas Rocha Furtado (2013, p. 268, grifos nossos):

Os contratos administrativos têm como sua maior particularidade a busca constante pela realização do **interesse público**. Isto faz com que as partes do contrato administrativo (Administração contratante e terceiro contratado) não sejam colocados em situação de igualdade. O contrato somente vincula as partes se elas concordarem com a sua celebração. Se não houver a concordância do particular, o contrato administrativo não o obriga. Porém, uma vez firmado o acordo, em nome da **supremacia do interesse público**, são conferidas à Administração Pública prerrogativas que lhe colocam em patamar diferenciado, de superioridade em face do particular que com ela contrata.

Entretanto, cabe considerar que embora a Administração disponha do exercício dessas prerrogativas contratuais em relação ao particular, é garantido que o exercício desse privilégio não ocasione enriquecimento ilícito à administração em detrimento dos particulares, determinando, assim, um equilíbrio contratual nos acordos com a administração.

### 3.1 Do Direito à Adjudicação

Em regra, a formalização do Termo ou Instrumento Contratual pelas partes ocorre em seguida à finalização da licitação ou após os casos em que é impossível ou inviável a realização da disputa (Contratação Direta).

O princípio da Adjudicação compulsória previne que o objeto licitado seja atribuído a outro que não o seu legítimo vencedor. Veda também que seja aberta nova licitação enquanto houver adjudicação anterior válida.

Este princípio, igualmente, não permite da mesma forma revogar o procedimento licitatório ou delongar a assinatura do contrato indefinidamente sem que haja justo motivo.

A adjudicação encerra o procedimento licitatório, que passa então a fase de contratação.

Não é feita menção direta de obrigatoriedade deste procedimento, mas uma vez adjudicada à empresa vencedora do certame, deverá ela ser a contratada. A adjudicação, entretanto, gera uma expectativa de direito. Não é obrigatória a contratação ainda que haja uma adjudicação válida.

O mestre Hely Lopes Meirelles (2014, p. 269) acrescenta a adjudicação compulsória como um dos princípios régios das licitações informando que “[...] A adjudicação ao vencedor é obrigatória salvo se este desistir expressamente do contrato ou se não o firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo.”

Neste sentido, a Lei nº 8.666 (JUSTEN FILHO, 2014a):

Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.

§ 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

Conforme disposição legal transcrita, se o vencedor não puder contratar com a Administração, o Estado só poderá celebrar o contrato, nos termos da proposta

vencedora, chamando os demais licitantes na ordem de classificação.

Caso ocorra a negativa do participante em assinar o contrato, implicará a perda do direito de contratar com a Administração e ficará ainda submetido à aplicação de outras penalidades previstas na Lei nº 8.666/93:

Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas. (JUSTEN FILHO, 2014a)

### 3.2 Das Cláusulas Contratuais Gerais Obrigatórias

A obrigatoriedade dessas cláusulas estão previstas no artigo nº 55 da Lei de Licitações (BRASIL, 1993, grifos nossos) onde dispõe que:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - **o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.**

Pela relevância deste trabalho, interessa primordialmente o estudo da cláusula constante do aludido **inciso III**, concernente à necessidade de que sejam previstos **métodos de reajuste de preços**.

Cuida-se de exigência legal que proporciona a efetivação da **equação econômico-financeira** nos acordos administrativos, prevista constitucionalmente, partindo do princípio de que é garantida a preservação do que foi previamente pactuado com os acordos firmados com o Poder Público, sendo, portanto, assegurada a **segurança jurídica**, evitando-se, assim, prejuízos ou lucros desmedidos às partes envolvidas.

Cabe esclarecer que mesmo nas situações onde haja previsibilidade de ocorrer desequilíbrio econômico-contratual, deverão ser estabelecidos, por cláusulas

expressas nos contratos, todos os mecanismos que serão utilizados para o retorno e manutenção do seu equilíbrio.

Já em situações onde não seja possível esse prognóstico, a presunção da estabilidade financeira nos contratos, em nossa legislação, encontrará meios de assegurar aos contratados a permanência das situações fixadas no acordo inicial.

Conseqüentemente, nota-se que essa presunção de estabilidade financeira é também impositiva para o gestor público (Administração), e essa coerção é lógica no sentido de se evitar não somente perdas descabidas a uma das partes, mas, principalmente, para garantir uma proposta mais proveitosa e rentável à Administração (interesse coletivo).

Muitos particulares que se dispõem a contratar com o poder público, por uma questão econômica, visam, antes de tudo, o lucro quando ofertam propostas de seus serviços ou produtos. Ocorre que muitas vezes essas disponibilidades estão vinculadas a oscilações de preço devido a importações de matéria prima e outras intempéries que não estão previstas em seus custos iniciais. Para que eles possam garantir essa margem de lucro frente a essas incógnitas, negociam suas ofertas com um preço bem acima do previsto. Com isso, o poder público sairá prejudicado com essa instabilidade e esse poder do fornecedor.

A única maneira de se buscar uma situação equânime é garantir aos interessados a adoção de equilibrar economicamente a situação contratual quando houver fatos que tragam a possibilidade de desequilíbrio. Com certa lógica, os licitantes irão ofertar seus produtos ou serviços de forma a não onerar os seus custos, pois estarão garantidos de recompor as possíveis perdas caso elas ocorram. Isto porque, tendo conhecimento prévio de que não necessitarão embutir nas suas propostas os custos resultantes de eventuais desequilíbrios econômicos contratuais, apresentarão propostas com menores custos possíveis, esperançosos de que eventuais desproporcionalidades contratuais deverão ser obrigatória e imediatamente regularizadas pela Administração.

Diante disso, é inteligível verificar que a concretização da equação

econômico-financeira apresenta privilégios ao Poder Público, visto que propiciará a consecução de ofertas mais vantajosas.

Justificando mencionado princípio, o mestre Marçal Justen Filho (2014b, p. 501-503) preleciona que:

A proteção à equação econômico-financeira decorre do princípio da eficácia administrativa, que exige que a Administração desembolse o menor valor possível nas suas contratações.

[...] bem como “deriva também do princípio da isonomia. Se os eventos extraordinários produzissem benefício patrimonial para a Administração, haveria ofensa à isonomia. Os benefícios que o particular tivesse deixado de auferir seriam apropriados pela comunidade, o que significaria que todos teriam benefícios à custa de um particular específico.

Desta forma, mesmo que não expressamente antevisto no instrumento contratual, a Administração não poderá se omitir em obedecê-lo, pois trata-se de princípio constitucional impreterível e de cunho impositivo perante a Administração.

Outrossim, o princípio da proibição de locupletamento ilícito, da mesma forma, constitui justificativa para a utilidade do princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, pois deduz-se, logicamente, que a superveniência de ocorrências imprevisíveis ou desproporcionais, que possam influir diretamente onerando o cumprimento contratual, não poderá oferecer ganho ou proveito demasiado às partes contratantes.

Em razão disso, atualmente, muitos gestores furtam-se a todo custo em aceitar as solicitações de reequilíbrio econômico nos contratos, o que só demonstra a carência técnica de conhecimentos jurídicos dos órgãos públicos.

Isso ocorre porque, habitualmente, confunde-se a definição entre indisponibilidade do interesse público e indisponibilidade dos bens públicos.

Obviamente, é perceptível que é dever do Administrador a obediência ao

equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mesmo que o seu reconhecimento provoque a necessidade de gasto de dinheiro público. Contrariando-se assim, conforme enfatizado por Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público primário ante o interesse público secundário, pelo que deve, sempre, predominar o primeiro, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade e da supremacia do interesse público.

Ademais, como constantemente ocorre, a não aprovação de uma solicitação de reequilíbrio contratual resulta, invariavelmente, em demandas judiciais intermináveis e, ainda, em indenizações vultosas, que poderiam ser facilmente abolidas, com maior economicidade e eficiência, na área administrativa.

A respeito da **intangibilidade da equação econômico-financeira**, ensina Marçal Justen Filho (2014b, p. 543-546, grifos nossos) que:

O exercício das competências anômalas da Administração não pode alterar a equação econômico-financeira original, também denominada equilíbrio econômico-financeiro. **A alteração das condições contratuais obriga à modificação concomitante das cláusulas atinentes à remuneração do contratado.** A extinção do contrato por conveniência da Administração depende da indenização ao particular.

Conforme o autor, **intangibilidade da equação** “[...] é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato.” (JUSTEN FILHO, 2014b, p. 543-544, grifos nossos).

Desta forma, fica evidente que qualquer tipo de modificação no enfoque econômico, que tenha relevância para a execução do contrato, seja referente ao prazo de pagamento, sua frequência, seu índice de reajuste, etc..., estará absorvida, obrigatoriamente, na equação de equilíbrio econômico contratual.

## **4 O APERFEIÇOAMENTO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA**

### **4.1 Natureza constitucional do princípio**

A equação econômico-financeira se aperfeiçoa simultaneamente com o próprio contrato administrativo, no sentido de que, sem existir contratação, não há de se cogitar da questão e, abrange todos os aspectos econômicos relevantes para a execução da prestação das partes. Isso compreende não apenas o montante de dinheiro devido ao particular contratado, mas também o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos, a abrangência do contrato e qualquer outra vantagem que a configuração da avença possa produzir.

O mesmo acontece com os encargos financeiros. Integram a equação todos os fatores aptos a influenciar o custo e o resultado da exploração objetos do contrato. É sabido que os contratos administrativos contemplam a equação que estabelece de forma equilibrada a prestação (encargo) do contratado e a contraprestação pecuniária da Administração Pública.

O princípio da tutela à equação econômico-financeira do contrato administrativo tem sede constitucional. Relaciona-se a certos postulados assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, com a aprovação do Decreto-Lei nº 2.300/86, que normatizava a licitação e os contratos anteriormente à Lei nº 8.666 (JUSTEN FILHO, 2014a, grifos nossos) referiu-se ao princípio ora analisado:

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.

Infere-se, portanto, que a Constituição Federal, ao estabelecer a obrigatoriedade de cláusulas que disponham sobre as obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, prescreve norma cogente que impõe o equilíbrio entre o **encargo do particular** e a **contraprestação da Administração Pública**.

Em outras palavras, as cláusulas econômicas traçam o equilíbrio entre a remuneração a cargo da Administração contratante e o custo da entrega do objeto pelo particular contratado. Este equilíbrio, protegido inclusive por dispositivo da lei de licitação, constitui postulado importante para se evitar o enriquecimento sem causa de qualquer dos contraentes. **Por estas razões, as cláusulas econômicas não podem ser alteradas unilateralmente pelo ente público.**

#### **4.2 Principais Eventos Causadores de Ruptura do Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos**

A ruptura do equilíbrio é um acontecimento essencialmente econômico que ocorre como resultado retirado da contratação administrativa, sendo somente caracterizado por intermédio de uma comparação entre dois momentos distintos: o momento da formulação da proposta contratual e as condições de efetiva execução do objeto contratado, observadas em momento posterior.

O momento da quebra do equilíbrio econômico-financeiro e o reconhecimento do direito à sua recomposição sujeitam-se a dois requisitos básicos, quais sejam, a ocorrência superveniente de fatos extraordinários, de natureza imprevisível ou de efeitos incalculáveis e o aumento dos encargos e/ou a diminuição das vantagens

originalmente pactuadas.

O artigo 65, da Lei nº 8.666 (JUSTEN FILHO, 2014a, grifos nossos) relaciona algumas situações de rompimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, 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 esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) 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;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

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.**

#### 4.2.1 O Fato do Príncipe (Álea Administrativa Extraordinária e Extracontratual)

É toda medida ou determinação estatal, de efeito positivo ou negativo, de âmbito geral, não diretamente relacionada ao contrato, mas que nele repercutem de forma imprevisível ou inevitável, impedindo ou, o que é mais comum, onerando substancialmente a execução do contrato, causando desequilíbrio econômico-financeiro, autorizando sua revisão, ou mesmo sua rescisão, na hipótese de tornar-

se impossível seu cumprimento por parte do executor.

Esse fato é expressamente mencionado como situação justificadora para garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Essa teoria consagra o direito de indenização a um particular em razão de prática de ato lícito e regular imputável ao Estado. O ponto central desta teoria reside em que a lesão patrimonial derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito é objeto de **indenização ao particular**, tendo em vista que seria injusto e desaconselhável impor ao particular que contrata com o Estado arcar com os efeitos onerosos de uma alteração superveniente da disciplina estatal sobre o exercício da atividade necessária à execução da prestação.

Corroborando esse entendimento, afirma Lucas Rocha Furtado (2013, p. 310, grifos nossos) que:

[...] o **fato do príncipe** decorre de atos genéricos e abstratos da Administração Pública igualmente capazes de afetar o equilíbrio do contrato.

Assim, sempre que Administração afetar direta ou indiretamente o equilíbrio do contrato, deverão ser adotadas as medidas necessárias para restabelecê-lo, nos termos do art. 58, §2º, da Lei nº 8.666/93.

Como exemplos típicos poderia ser a proibição de importação de determinado produto necessário à execução do contrato ou na elevação da carga tributária incidente sobre a execução da prestação devida pelo particular.

Corroborando o ensinamento, ensina José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 197) que:

O equilíbrio do contrato administrativo pode ser quebrado por força de ato ou medida instituída pelo próprio Estado. Foi por isso construída a teoria do fato do príncipe, aplicável quando o Estado contratante, mediante ato lícito, modifica as condições do contrato, provocando prejuízo ao contratado.

Sendo assim, há que se entender que a autorização legal para modificação unilateral não significa a ausência de proteção à equação econômico-financeira do

contrato. Por ser ampla a razão do compromisso do Poder Público, sendo fator de modificação dos contratos, a responsabilidade de recomposição é obrigatória, ou seja, é implícito o dever de equilibrar os encargos impostos e a remuneração correspondente mesmo tendo a Administração Pública prerrogativas legais.

Sendo fato de mensuração ampla, que alcance o contrato apenas reflexamente, a responsabilidade passa ser extracontratual; a obrigação de recompor o equilíbrio econômico assenta-se na mesma ideia de igualdade que baliza à teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Assim, o fato do príncipe se caracteriza por um comportamento estatal, genérico e abstrato, que, mesmo não agindo diretamente relacionado ao contrato, acarreta por influenciar na sua execução pelo contratado, propiciando o direito ao seu **reequilíbrio econômico-financeiro**.

Uma consideração importante a observar é que na doutrina, não há concordância quanto ao âmbito de aplicação da sua essência, divergindo se ele é caracterizado quando a autoridade responsável pelo fato integrar o ente federativo que firmou o contrato, ou se alcança ainda atos praticados por autoridades pertencentes a entes federativos diversos.

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a distinção não apresenta maior relevância no direito brasileiro, uma vez que o artigo 65, II, “d”, estabelece que haverá o mesmo tratamento para o *fato do príncipe* ou para a *teoria da imprevisão*. Mais ainda, o §5º deste mesmo artigo disciplina de modo genérico, reconhecendo o cabimento da **recomposição da equação econômico-financeira** sem determinar qualquer distinção relativamente à identidade do sujeito responsável, isto é, qualquer ente federativo.

#### 4.2.2 O Caso Fortuito ou de Força Maior

Ocorre quando fatos imprevisíveis ou inevitáveis, sucedidos por causas alheias à vontade das partes, que tornam extraordinariamente onerosa a execução do acordo inicial.

São fatos previstos na Lei nº 8.666/93 como hipóteses que ensejam a rescisão contratual (art. 78, XVII), destinada a recompor o equilíbrio econômico-financeiro original, conforme dispõe o artigo 65, II, “d”.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho (2014b, p. 552) é preciso em afirmar que:

A força maior e o caso fortuito estão ligados normalmente a fenômenos da natureza, porém, não quer dizer que a força maior só ocorra por fatos naturais. Quando impossível indicar um agente determinado, pela ocorrência de um fato seja social ou natural, também temos a figura da força maior. Outro ponto, importante é o de que só será caracterizada a força maior nos contratos administrativos, por fato ocorrido após a formulação das propostas, em que restar demonstrado que o evento da força maior ocorrera e que de fato tornou mais dificultoso a execução do serviço.

A Lei de licitações não define caso fortuito ou força maior. A doutrina brasileira diverge sobremaneira quanto a esse ponto. Seja qual for a definição que se adote, o que importa mesmo é notar que, para os contratos administrativos, a ocorrência de qualquer situação que possa ser considerada força maior ou caso fortuito – eventos imprevisíveis ou inevitáveis que impossibilitem ou onerem excessivamente a execução do contrato – tem exatamente os mesmos efeitos: autorizar a revisão contratual por acordo entre as partes, quando ainda for possível a execução do contrato, ou a rescisão contratual sem culpa do inadimplente.

Neste caso, o contrato será resolvido, sem sanções para as partes, sendo assegurado ao particular a remuneração devida na proporção do que tiver sido executado, não tendo ele concorrido com culpa.

O novo Código Civil de 2002, sobre o tema, dispõe que: “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”

Enfatizando esse entendimento, Hely Lopes Meirelles (2014, p. 260) assevera que:

[...] assim, a parte poderá invocá-lo para eximir-se das

consequências da mora ou para obter a rescisão do ajuste, sem qualquer indenização, cabendo-lhe sempre o ônus da prova. Todavia, a fortuidade e a força maior só são invocáveis como causa justificadoras da inexecução quando não tiver havido culpa da parte, isto é, quando não tiver contribuído para colocar-se em situação de ser colhida pelo evento.

Infelizmente, o nosso legislador não se preocupou em diferenciar caso fortuito e força maior, sendo que, também, não será objeto de análise na atual pesquisa.

Concluindo, esses dois institutos são ocorrências, inesperadas ou anormais, que acarretam por influir na cumprimento do contrato sendo assegurado ao particular a remuneração correspondente ao que tiver executado. Se for possível a execução, dever-se-á adotar solução equivalente à gerada pela **teoria da imprevisão**.

A aplicação da **teoria da imprevisão** deriva da conjugação da imprevisibilidade do evento ou incalculabilidade de seus efeitos; da inimputabilidade do evento às partes; da grave modificação das condições do contrato e da ausência de impedimento absoluto.

O artigo 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93 equipara a imprevisibilidade a hipótese em que, embora o fato seja previsível, haja impossibilidade de calcular os seus efeitos.

Fica evidente, assim, que a aplicação dessa teoria somente se aplica em face da álea extraordinária tendo como pressuposto de que só eventos imprevisíveis e incalculáveis ocasionariam distúrbios em relação à situação econômica do contrato.

#### 4.2.3 O Fato da Administração: prática de ato ilícito contratual pela Administração Pública

Ocorre a causa justificadora de inadimplemento do contrato conhecida como fato da administração toda vez que uma ação ou omissão do poder público, **específica e diretamente relacionada ao contrato**, impossibilita ou protela a sua execução.

O evento fato da administração (culpa implícita do Poder Público) pode ensejar a rescisão judicial ou amigável do contrato, ou, em alguns casos, a paralisação (nunca sumária) de sua execução pelo contratado até a normalização da situação.

Dá-se a configuração e a nomenclatura de **ato ilícito contratual** quando ocorre o inadimplemento por parte da Administração Pública às obrigações assumidas por ela, gerando o dever de indenizar o particular contratado pelas perdas e danos sofridas.

Outra importante observação é a de que, também como os outros eventos, qualquer superveniência desse *fato* obrigará a **recomposição de preços**, para compensar os prejuízos ocasionados ao contratado, devido ao desequilíbrio da equação econômico-financeira ocorridos na execução do objeto contratual.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2014, p. 261) “[...] O fato da Administração equipara-se à força maior e produz os mesmos efeitos excludentes da responsabilidade do particular pela inexecução do ajuste.”

As hipóteses do evento fato da administração comumente mencionados pela doutrina estão, atualmente, previstas na Lei 8.666 (JUSTEN FILHO, 2014a), art. 78, incisos XIV a XVI, transcritos abaixo:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do

cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto.

Cabe ressaltar que, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União, é necessário ter a correta noção de que nem todas as hipóteses elencadas no artigo 78 da lei de licitações impõem, se existirem, necessariamente, a rescisão do contrato firmado com a Administração Pública. Isto porque sempre que a Administração pretender a rescisão do contrato por inadimplemento do contratado, deverá mostrar não apenas a incidência de uma das situações previstas na legislação, mas, também, indicar o vínculo entre essa conduta e o prejuízo causado aos interesses fundamentais. Quando o inadimplemento não for relevante e não envolver a satisfação de obrigações fundamentais, a Administração poderá impor sanções ao contratado. Contudo, não poderá exigir a rescisão.

#### **4.2.3.1 Uma Pequena Abordagem sobre A Prerrogativa de Alteração Unilateral do Contrato em Favor da Administração**

Como regra geral, não se admite que a alteração do contrato, mesmo que por acordo entre as partes, acarrete modificação radical ou cause insatisfação aos princípios da exigência da licitação e isonomia.

A prerrogativa de alteração unilateral do contrato administrativo pela Administração Pública deve sempre ter por escopo a sua conveniência voltada para a satisfação de vantagem social (interesse público), devendo, sempre, serem honrados os direitos do contratado, especialmente o direito à observância dos limites legais de alteração por parte da Administração e o direito ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro previamente pactuado. O particular contratado não tem o poder de oposição às modificações exigidas pelo poder público, mas terá direito à remuneração devida em conformidade ao conteúdo dessas exigências.

Essas delimitações legais, chamadas de limites quantitativos e qualitativos, abrangem questões de modificações relacionadas à acréscimos ou supressões e também suas especificações técnicas do projeto, visando satisfazer às necessidades

estatais da maneira mais adequada ao interesse público.

Em relação às alterações quantitativas, as dimensões do objeto podem sofrer modificação, com a condição de estar dentro da limitação prevista no artigo 65, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666 (JUSTEN FILHO, 2014a, grifos nossos):

§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% (vinte e cinco por cento)** do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de **50% (cinquenta por cento)** para os seus acréscimos.

Já em relação às modificações qualitativas, na lição do procurador Lucas Rocha Furtado (2013, p. 285) elas “decorrem de modificações técnicas necessárias ou convenientes nas obras ou serviços sem, entretanto, implicarem mudanças no objeto contratual, seja em natureza ou em dimensão.”

Conforme entendimento do próprio procurador do Ministério Público de Contas do TCU, Lucas Rocha Furtado (2013, p. 286):

Essas alterações qualitativas podem derivar tanto de modificações de projeto ou de especificação do objeto quanto da necessidade de acréscimo ou supressão de obras, serviços ou materiais, decorrentes de situações de fato vislumbradas após a contratação.

Como a lei é omissa em relação a limites para modificações unilaterais qualitativas, tem-se entendimento de aplicação idêntica às especificações previstas para a modificação quantitativa.

Essa concepção é no sentido de limitar a intenção de possíveis abusos por parte de gestores públicos propensos a fraudar os procedimentos licitatórios.

### **4.3 Formas de Readequação da Equação Econômico-Financeira**

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro da contratação não deriva de cláusula contratual (Termo) nem de previsão no ato convocatório (Edital), mas sim de disposição constitucional.

Tendo em vista que o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, impõe a equação econômico-financeira dos acordos firmados com a Administração Pública, a Lei 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados. Assim, para a recomposição da equação econômico-financeira da contratação administrativa, existem quatro instrumentos jurídicos que podem ser distinguidos entre si: a **revisão** (recomposição da equação econômica), o **reajuste** (preço contratual), a **repactuação de preços** e a **redução dos encargos do contratado**.

Em consonância, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos - 8.666/93 - prevê a possibilidade de readequar a equação econômico-financeira nas hipóteses de álea ordinária e extraordinária. A primeira; álea ordinária, risco inerente ao negócio contratual, é efetuada por intermédio da **revisão** (recomposição), ou do **reajuste de preços**, previsto nos incisos XI do artigo 40, III, do artigo 55 e § 8º do artigo 65. A segunda; álea extraordinária, decorrente de alteração unilateral em favor da Administração ou de acontecimentos externos imprevisíveis e inevitáveis, é realizada via **repactuação de preços**, insculpida na alínea 'd' do inciso II do artigo 65, buscando o reequilíbrio econômico-financeiro.

Diferentemente dos contratos no âmbito privado, onde as regras definidoras de igualdade são estabelecidas no momento da assinatura, nos contratos com a Administração Pública, o início legal é a entrega das propostas que estão vinculadas ao instrumento licitatório, para a consolidação das obrigações recíprocas a serem executadas.

Acerca da mesma matéria, Marçal Justen Filho (2014b, p. 557) expõe assim:

Uma vez verificado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, o particular deve provocar a Administração para adoção das providências adequadas. Inexiste discricionariedade [...] Deverá examinar-se a situação originária à época da apresentação das propostas e a posterior. Verificar-se-á se a relação original entre encargos e remuneração foi afetada. Em caso positivo, deverá alterar-se a remuneração do contratado proporcionalmente à modificação dos encargos.

[...]

Existe direito do contratado de exigir o restabelecimento do equilíbrio

econômico-financeiro do contrato, se e quando vier a ser rompido. Se os encargos forem ampliados quantitativamente ou tornados mais onerosos qualitativamente, a situação inicial estará modificada. [...] Significa que a administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Devendo-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com encargos mais onerosos e perceba a remuneração originalmente prevista. Ampliado os encargos, deve-se ampliar proporcionalmente a remuneração. A regra foi expressamente consagrada no art. 58, § 2º, a propósito de modificação unilateral do contrato, mas se aplica, também, a qualquer evento que afete a equação econômico-financeira.

A respeito dessa questão, Ronny Charles Lopes de Torres (2013, p. 541, grifos nossos) comenta que:

Deve ser respeitada a relação entre encargos e vantagens prevista na proposta do licitante vencedor, permitindo-se que elevações de encargos deem ensejo ao correspondente aumento dos valores devidos pela Administração. Da mesma forma, **a diminuição de encargos previstos na relação contratual original pode dar azo à diminuição dos pagamentos atinentes**. Trata-se o que a doutrina chama de **princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira** do contrato administrativo.

Fica notória a existência implícita da cláusula ***rebus sic stantibus***, confirmando as condições de preservação da proposta originalmente pactuada.

Desta forma, para constatar a ruptura da equação econômico-financeira do contrato necessita-se, antes de tudo, comparar as previsões estipuladas pelas partes ao tempo da elaboração da proposta, com a conjuntura atual da execução do objeto pactuado, observada em momento posterior.

#### 4.3.1 A revisão (recomposição) de Preços

A revisão da equação econômica assemelha-se à **teoria da imprevisão**. É acolhida após a formação da equação, quando **fatos anormais e imprevisíveis** promoverem uma afronta à situação existente do particular. Em tais circunstâncias, o contrato deverá, economicamente, retornar ao *status quo*, ou seja, ser reequilibrado. A revisão (recomposição) deriva do regime jurídico atribuído pela Constituição e pela Lei a ocorrências imprevisíveis que alteram economicamente o Contrato. Justamente por isso, não depende de estar previsto no Edital ou em cláusulas

contratuais.

Como regra geral, os procedimentos visando à concretização da normalidade contratual estão expressos no termo do acordo, mesmo que possa causar diversos inconvenientes, uma vez que é praticamente impossível para as partes anteverem todas as hipóteses causadoras de desequilíbrio.

Com isso, a Lei nº 8.666 (JUSTEN FILHO, 2014a, grifos nossos) estabelece as condições necessárias que autorizam a recomposição do valor contratual:

**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 área econômica extraordinária e extracontratual**.

Assim, configurando-se situação em que os preços inicialmente contratados tornam-se, no decorrer da execução do objeto, demasiadamente superiores aos praticados no mercado, em virtude de fatores externos imprevisíveis, caracterizando-se situação de onerosidade excessiva para a Administração Pública, impõe-se a necessidade de proceder à revisão do contrato, visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

A persecução do interesse público direcionado à contenção e à redução das despesas, não consiste em mera faculdade, mas dever do administrador público.

Conforme leciona Marçal Justen Filho (2014b, p.555):

A revisão de preços envolve análise ampla e minuciosa da situação do particular e abrange várias etapas. A primeira consiste na

verificação de todos os custos originariamente previstos pelo contratado para a formulação de sua proposta. A segunda etapa é a investigação dos custos que efetivamente oneraram o particular ao longo da execução do contrato. A terceira etapa é a comprovação da ocorrência de algum evento imprevisível e superveniente apto a produzir o desequilíbrio entre os custos estimados e os efetivamente existentes. A quarta etapa reside na adoção de providência destinada a reduzir os encargos ou a ampliar as vantagens, de modo a assegurar a manutenção da relação original.

Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ: “É assente nos contratos administrativos a possibilidade de sua revisão à luz da cláusula *rebus sic stantibus*, hoje consagrada na Lei de Licitações, *verbis*: ‘Art. 65’.” (BRASIL, 2005).

Ainda, segundo jurisprudência do TCU,

É dever da Administração Pública proceder à revisão das cláusulas econômico-financeiras do contrato administrativo para a manutenção do equilíbrio contratual, nos termos do art. 58, I e § 2º, da lei nº 8.666/93, bem como de acordo com o disposto no art. 65, II, ‘d’, do mesmo diploma legal.

Uma observação importante é se levar em conta como agiria um particular ou uma empresa privada, ao se deparar com uma situação semelhante, qual seja, a constatação de que o preço que se comprometeu a pagar em decorrência da celebração de um determinado contrato, por circunstâncias alheias à sua vontade, tornou-se, no transcurso do tempo, demasiadamente superior ao praticado no mercado. Decerto, o particular ou a empresa, sem dúvida nenhuma, envidaria esforços no sentido de proceder à revisão do contrato, com a finalidade de chegar a um preço considerado justo para ambas as partes, e, sendo frustrada a negociação, provavelmente, utilizar-se-ia da via judicial para obter tal vontade, ou rescindir o contrato, como acontece nas relações privadas.

Desta forma, mesmo tendo sido criado originalmente para que um permissionário de serviço público não suporte isoladamente os prejuízos ocasionados por eventos imprevisíveis, sendo favorecido por medidas que restabeleçam financeiramente suas desvantagens, é obrigatoriamente permitido o instituto do realinhamento em favor, também, do Estado contratante, com a intenção de se evitar o enriquecimento inadequado do contratado particular, dando pleno

cumprimento ao princípio da isonomia.

Numa situação percebida, em que envolve a alocação de recursos públicos, a verificação da compatibilidade dos preços do contrato em questão, diante do novo cenário econômico e a consequente persecução do interesse público direcionado à contenção e à redução das despesas, não consistiriam em mera faculdade, mas no dever do administrador público. Isso decorre da necessidade de observância aos princípios basilares da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, bem como da economicidade dos atos de gestão, este último insculpido no *caput* do artigo 70, da Constituição Federal.

Mesmo a recomposição dos preços com essa finalidade (restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro) deve respeitar a **proporcionalidade** dos valores constantes da proposta inicial em relação aos preços de mercado à época, além de ficar adstrita aos itens afetados pelos fatos tidos como imprevisíveis, com fim de privilegiar o próprio instituto, buscando preservar os benefícios auferidos na licitação, destinada a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

#### 4.3.2 O Reajuste (Contratual) de Preços

Fundamenta-se em um mecanismo de reajustamento de preços previsto antecipadamente no próprio contrato devido à **variações de custos de produção** que, por serem previsíveis, poderão estar indicados nas cláusulas contratuais. Intensiona enxergar as circunstâncias fáticas em que a execução do contrato se inserirá, com a finalidade de prever as situações que possam atingí-la levando ao desequilíbrio. Normalmente, são utilizados **índices** como parâmetros que medem também a **inflação** (ex: INPC, IGP, etc...) para proporcionar o reajuste do valor do contrato. Com isso, os índices utilizados refletem a variação dos preços e a inflação. Sua alteração gera a presunção absoluta de quebra do equilíbrio econômico-financeiro e causa a modificação dos valores contratuais proporcional à variação dos índices.

Trata-se de um fato que ocorre periodicamente, consistindo na **indexação dos preços contratuais**, estando relacionado à inflação ou à perda ordinária de

poder aquisitivo da moeda, seguindo **índices determinados**, tudo conforme previamente estabelecido no próprio contrato. É a alteração dos preços para compensar, exclusivamente, os efeitos das variações inflacionárias acarretando a quebra do equilíbrio econômico-financeiro.

É um mecanismo desenvolvido em experiência fora do Brasil, mas que auferiu aplicação muito forte na prática contratual brasileira.

Essas cláusulas que preveem o reajustamento de preços têm o único objetivo de atualizar os valores do contrato em virtude de ocorrências previsíveis (expectativa de inflação, variação de salários, etc...). Decorre de alteração extraordinária nos preços verificada no momento da execução contratual. Envolve a alteração dos deveres impostos ao contratado, independentemente de circunstâncias meramente inflacionárias. Isso se passa quando a atividade de execução do contrato sujeita-se a uma excepcional e anômala elevação ou redução de preços (que não é refletida nos índices comuns de inflação) ou quando os encargos, contratualmente previstos, são ampliados ou tornados mais onerosos.

O **reajustamento de preços** pode ser entendido também como o realinhamento ou revisão do valor contratual em razão da **elevação do custo de produção no curso normal da economia**, tendo por base índices ou critérios previamente fixados em Edital, com a finalidade de preservar a contratada do processo inflacionário.

Frequentemente, pretende-se que o reajuste somente poderá ser admitido se previsto no ato convocatório e no instrumento contratual. A questão resolve-se pela consideração de que o particular tem direito de obter a recomposição da equação econômico-financeira. Ainda que não esteja previsto contratualmente o reajuste, deverá assegurar-se ao interessado o direito ao reequilíbrio rompido em virtude de anormalidades inflacionárias.

Nesse sentido é que foi interpretado o Acórdão nº 376/1997, pelo Tribunal de Contas da União, em que foi reconhecido que a ausência de cláusula contratual de previsão de reajuste não impedia sua prática.

Segundo Lucas Rocha Furtado (2013, p. 304) - procurador daquela Corte de Contas, “O reajuste de preços é uma forma de recomposição da equação econômico-financeira sendo um direito constitucional garantido ao contratante particular (CF/1988, art. 37, XXI).”

A esse respeito, Marçal Justen Filho (2014b, p. 390-395, grifos nossos) assevera que:

[...] o reajuste de preços é uma solução desenvolvida a partir da prática contratual pátria. Convivendo em regime de permanente inflação, verificou-se a impossibilidade e a inconveniência da prática de preços nominais fixos. Com o passar do tempo, generalizou-se a prática da indexação em todos os campos. A indexação foi encampada também nas contratações administrativas. A Administração passou a prever, desde logo, a variação dos preços contratuais segundo a variação de índices (predeterminados ou não). Essa prática é identificada como ‘reajuste’ de preço.

A Lei nº 9.069 (BRASIL, 1995 – grifos nossos) ao dispor as regras do Plano Real, determinou a periodicidade anual e a data-base para o **reajustamento** dos contratos vigentes e futuros, nos seguintes termos:

Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

§ 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às obrigações convertidas ou contratadas em URV até 27 de maio de 1994 e às convertidas em REAL.

§ 3º A periodicidade de que trata o caput deste artigo será contada a partir:

I - da conversão em REAL, no caso das obrigações ainda expressas em Cruzeiros Reais;

II - da conversão ou contratação em URV, no caso das obrigações expressas em URV contratadas até 27 de maio de 1994;

III - da contratação, no caso de obrigações contraídas após 1º de julho de 1994; e

IV - do último reajuste no caso de contratos de locação residencial.

[...]

§ 5º O Poder Executivo poderá reduzir a periodicidade de que trata esse artigo.

No dia subsequente à promulgação dessa Lei, foi editada a Medida Provisória 1.053 - reeditada até a de nº 2.074-72, de 27/12/2000, convertida, em 14/06/2001, na Lei 10.192 (BRASIL, 2001 - grifos nossos), que trouxe medidas complementares ao Plano Real. O legislador passou a tratar, no tocante ao **reajuste**, da seguinte forma:

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de **prazo de duração igual ou superior a um ano**.

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

§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

[...]

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

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

§ 2º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.

Antes, porém, da conversão da referida Medida Provisória, foi publicado o Decreto 2.271, de 07/07/1997, que disciplina a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Em seu artigo 5º, passou a admitir a **repactuação dos preços** para os contratos que tivessem por objeto a prestação de serviços contínuos - aqueles enquadrados no artigo 57, inciso II, da Lei 8.666/1993 e definidos, pela Instrução Normativa nº 18/1997, como 'serviços auxiliares, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro' - a fim de adequá-los aos novos preços de mercado, desde que: a) previsto no edital; b) observado o interregno mínimo de um ano; e c) demonstre analiticamente a variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Esclareça-se que a figura da repactuação da maneira abordada surge na vigência do Plano Real, quando a economia começa a ganhar estabilidade depois de conturbado período de elevada inflação. Foi o mecanismo encontrado pelo Governo para dissociar a correção dos preços dos contratos de prestação de serviços de natureza continuada de um 'gatilho' automático e evitar o retorno das altas inflacionárias. Assim, em vez de adotar um percentual eleito pelas partes - índice geral ou setorial, que reflita a variação dos custos dos insumos -, passou-se a exigir uma planilha na qual se demonstrasse analiticamente a efetiva variação dos custos na formação dos preços (FURTADO, 2013, p. 240).

Ao tratar do reajuste de preços, a Lei 8.666/1993 estabelece de modo genérico que o instituto se presta a corrigir a variação efetiva do custo de produção, podendo ser adotados índices específicos ou setoriais, e fixa os requisitos para a sua concessão, quais sejam, previsão editalícia ou contratual e estipulação de data-base e respectivos critérios. (JUSTEN FILHO, 2014b, p. 552)

Merece menção o ensinamento de Hely Lopes Meirelles (2014, p. 195, grifos nossos) a respeito do tema:

A Lei 8.666, de 1993, determina que o edital deve conter os critérios de reajuste, nos termos do seu art. 40, XI, que admite a partir da data de apresentação da proposta até os pagamentos devidos. Quando este dispositivo foi promulgado o país vivia sob inflação acelerada. Posteriormente, com o advento da legislação que introduziu o 'Plano de estabilização da Moeda' ('Plano Real', Leis 8.880, de 1994, 9.096, de 1995, 10.192, de 1985, e legislação subsequente), ficou proibido o reajuste para períodos inferiores a um ano. Todavia, esta proibição, a nosso ver, não impede a revisão ou recomposição de preços eventualmente devidas, destinadas a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que são hipóteses diversas [...].

Entende-se assim, que esse reajuste de preços é uma conduta administrativa contratual autorizada por lei, para corrigir os efeitos ruinosos da inflação. Não é decorrência de imprevisão das partes contratantes; ao revés, é previsão de uma realidade existente, que vinha alterando a conjuntura econômica em índices insuportáveis para o executor de obras, serviços ou fornecimentos de longa duração. Diante daquela realidade nacional, o legislador pátrio institucionalizou o reajuste de preços nos contratos administrativos, facultando às partes adotá-lo ou não, segundo

as conveniências da Administração, em cada contrato que se firmar. Não se trata de uma imposição legal para todo contrato administrativo, mas sim, de uma faculdade concedida à Administração de incluir a cláusula de reajustamento de preços em seus ajustes, quando julgar necessário para evitar o desequilíbrio financeiro do contrato.

Tanto o reajustamento de preços quanto a repactuação dos preços visam a recompor a corrosão do valor contratado pelos efeitos inflacionários. A diferença entre o reajustamento de preços até então utilizado e a repactuação reside no critério empregado para a sua consecução, pois na primeira opção vincula-se a um índice estabelecido contratualmente e na segunda, à demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

Assim, seria defensável a existência do gênero **reajustamento de preços em sentido amplo**, que se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação, do qual são espécies o **reajustamento de preços em sentido estrito**, que se vincula a um índice, e a **repactuação de preços**, que exige análise detalhada da variação dos custos.

Cabe deduzir que, a definição de índices de reajuste no contrato não se dá em condição absoluta, porque se os índices oficiais, estabelecidos previamente no contrato, deixam de demonstrar a realidade pretendida pelas partes, quando fizeram referência a eles, deve-se buscar o que foi efetivamente pretendido, e não simplesmente o instrumento que deveria alcançar – e não alcançou – ao desejado pelo contraentes.

Não carece incerteza de que os índices são instrumentos e não um fim. A escolha de determinado instrumento incerto não pode ser causa extintiva do fim, mas somente de suplantação do instrumento inadequado.

Para apontarmos uma diferença entre o **reajuste** e a **recomposição**, poderíamos dizer que, aqui, o desequilíbrio na prestação contratual é inteiramente previsível, referindo-se, portanto, de simples programação das perdas atinentes ao momento inflacionário, enquanto que na recomposição, o desequilíbrio é derivado por fatores imprevisíveis ou de consequências incalculáveis.

Conforme leciona Lucas Rocha Furtado (2013, p. 311):

Outra importante distinção entre reajuste e recomposição é o fato de que a primeira necessariamente deverá estar prevista no contrato. Se não houver cláusula contratual definindo os critérios de reajuste, ele não há que ser admitido. A recomposição, ao contrário, não há como estar prevista no contrato pelo simples fato de decorrer de fatos imprevisíveis (ou, ainda que previsíveis, de efeitos incalculáveis).

Ainda com relação ao reajuste de preços nos contratos, a Lei nº 9.069 (BRASIL, 1995), em seu artigo 28, e a Lei nº 10.192 (BRASIL, 2001), em seu artigo 2º, informam respectivamente, que:

Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

Fica notório então que, por imposição legal, o reajuste da proposta somente é possível acima de um ano da apresentação da proposta, ao passo que na recomposição, não há imposição regulando o momento da sua exigência, deduzindo-se que não há prazo mínimo exigível.

Ademais, o reajuste objetiva compensar os efeitos da desvalorização da moeda nos custos de produção ou dos insumos utilizados, reposicionando os valores reais originais pactuados.

Aproveitando o momento das definições dos instrumentos de recomposição, vale também fazer uma diferenciação entre reajuste de preços e atualização de pagamentos atrasados dispendidos pela Administração Pública, fora do prazo delimitado no contrato. Esta, além de ser vinculada à possibilidade de atrasos nos pagamentos contratuais é devida independentemente de previsão no instrumento do contrato, enquanto aquele constitui instrumento legal de reequilíbrio econômico-financeiro em consequência de fatores previsíveis quando da assinatura do contrato

e, portanto, sujeitas à expressa previsão contratual.

Desta forma, a atualização monetária não se torna um adicional de valor, mas, na realidade, uma compensação do valor atualizado da moeda.

Outrossim, a correção monetária é apenas um procedimento de atualização de valores, que não modifica o equilíbrio econômico inicialmente pactuado no contrato.

#### 4.3.3 A Repactuação de Preços

Foi instituída no âmbito federal, tomando em vista especificamente as **contratações de serviços contínuos** com prazo superior a doze meses, praticados pela Administração Pública.

Este instrumento foi criada pela legislação federal posterior ao plano Real. Foi prevista no Decreto nº 2.271/97 e está subordinada às condicionalidades do art. 57, inciso II da Lei nº 8.666/93.

É utilizada para impedir que a renovação da contratação produza ganhos indevidos para uma das partes. Algumas despesas relacionadas com o desempenho da atividade podem ter sido amortizadas com a remuneração auferida durante o primeiro ano, sem que as mesmas despesas continuem existindo no exercício seguinte. Se tal acontecer, a aplicação automática do reajuste conduziria a ganhos indevidos para o particular.

A recomposição se realiza por intermédio de medidas que compensem ou contrabalancem a diminuição das vantagens ou ao aumento das desvantagens. Caracterizada a situação de ruptura do equilíbrio financeiro do contrato, a Administração necessita adequar, em equivalência, procedimentos que busquem o devido equilíbrio ao acordo pactuado.

Segundo Lucas Rocha Furtado (2013, p. 305-306) a repactuação consiste em:

É uma modalidade especial de reajustamento de contrato, aplicável tão somente aos contratos de serviços contínuos, corresponde à denominada repactuação, que se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação e se vincula não a um índice específico de correção, mas à variação dos custos do contrato.

Clara é a imposição do Decreto nº 2.271 (BRASIL, 1997), onde prescreve, em seu artigo 5º que:

Art. 5º: Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Dispõe a Legislação que a cláusula que prevê a repactuação é obrigatória nos contratos da Administração Pública, podendo ser adotada após o interstício mínimo de doze meses sendo que esse prazo conta-se a partir da data da proposta feita pelo pretendente contratado ou da data do orçamento (data do acordo) a que a proposta se referir.

Em caso de repactuações subsequentes à primeira, o prazo de um ano deve ser contado a partir da data da última repactuação.

Quanto ao termo final para o contratado requerer a repactuação, tem-se que este instrumento deverá ser pleiteado até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não o for de forma tempestiva, haverá a preclusão do direito do contratado de repactuar.

Conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

No caso de repactuação com elevação de custos para o órgão ou entidade contratante, especificamente quanto à espécie de contrato que foi objeto de análise de serviços executados de forma contínua, tal aumento de despesas depende de demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada, nos termos do artigo 5º, caput, do Decreto nº 2.271/97.

O TCU tem constatado em diversos julgados, especialmente em obras e serviços de engenharia, contratados tentando burlar a Administração Pública com elevados sobrepreços em seus contratos. Uma pequena ilustração que corrobora isso está no Acórdão nº 1922/2011:

Auditoria. Obra e Serviço de Engenharia. Ferrovia. A forma de aquisição e a distância de transporte da pedreira são preponderantes para a definição do preço real da brita, de forma que, se fora contratada brita comercial e na prática é adquirida brita produzida, com expressiva diminuição de encargos, é vinculada a alteração do contrato com a redução do preço contratado. Nesses casos, o preço base para o cálculo do preço de mercado deve considerar a produção do insumo, e não a sua aquisição comercial. Isto porque o equilíbrio entre os encargos e a contrarremuneração respectiva deve ser mantido por todo o decorrer da avença, em atenção ao art. 37, XXI, da CF/1988 e ao art. 65 da Lei 8.666/1993. **Notificação à entidade estatal para repactuação do contrato. (grifos nossos)**

Ao se estabelecer uma diferenciação entre as três primeiras formas de realinhamento anteriormente demonstradas, chegamos à conclusão que todos esses institutos têm o mesmo fundamento, mas não a mesma natureza jurídica. Elas derivam do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo. A **revisão** de preços retrata a alteração das regras contratuais em virtude de eventos posteriores imprevisíveis, que alteram substancialmente o conteúdo ou a extensão das prestações impostas ao contratante. Esses comentários podem ser aplicados também à **repactuação**. O **reajuste de preços** envolve uma alteração meramente nominal de valores, destinada a compensar os efeitos inflacionários. Trata-se de mera indexação da moeda como um remédio contra a inflação.

Por isso, o tratamento jurídico das diversas figuras pode ser distinto. Nada impede que se cumulem revisão e reajuste. Podem ocorrer variações extraordinariamente elevadas em certos casos concretos, que ultrapassem largamente a variação dos medidores da inflação. Nesse caso, o particular poderia pleitear, além do reajuste, a revisão de preços. A concessão do reajuste não exaure o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

Assim, vem sendo recomendado pelo TCU a adoção da repactuação no lugar do reajuste, com a finalidade de buscar cada vez mais a efetiva variação dos custos. Embora o tema não se apresente claro em sua definição, a utilização da repactuação, abstendo-se de aplicar índices automaticamente, representa a melhor opção para os contratantes, pois retrata a equiparação dos encargos de forma mais condizente com a realidade, evitando-se o enriquecimento sem causa de qualquer dos envolvidos no negócio jurídico.

#### 4.3.4 A Redução dos Encargos do Contratado

Os instrumentos utilizados revisão e reajuste, dependendo do cenário econômico em que o país se encontra, podem levar a consequências não salutares onerando demasiadamente os cofres públicos para o Estado.

Nesse caso, uma saída seria a possibilidade da Administração Pública em reduzir os encargos assumidos pelo contratado, ao invés de utilizar os mecanismos de elevação da remuneração ou vantagens, equilibrando economicamente o contrato.

## CONCLUSÃO

Diante do explicitado, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública decorre de mandamento constitucional, sendo, por conseguinte, de cunho obrigatório para a Administração, estabelecendo correto instrumento para alcançar as finalidades da licitação, quais sejam: escolha da proposta mais vantajosa e preservação de isonomia dos participantes.

Também, não se deve esquecer que o Direito ratifica a mutabilidade dos contratos administrativos. Porém, é certo que essa característica atua somente com relação às cláusulas regulamentares. Em relação às cláusulas econômico-financeiras das contratações, atua a intangibilidade.

Se não fosse dessa maneira, o perigo assumido pelos interessados em contratar com a Administração tornaria inviável a elaboração de propostas adequadas com os preços atuais de mercado. Toda contratação administrativa envolveria a álea extraordinária, o que inclui tanto a álea administrativa (derivada da atuação da Administração contratante, por fato da Administração, ou do Poder Público de modo geral, por fato do príncipe), quanto a álea econômica (derivada de circunstâncias imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis e externas ao contrato, alheias à vontade das partes, que propiciam a aplicação da teoria da imprevisão).

Em consequência disso, a pretensão de encontrar um bem ou serviço com preços mais vantajosos pela Administração não teria efeito devido à possível atitude defensiva dos particulares interessados, pois forneceriam propostas com valores bem acima com a finalidade de se evitar, além das intempestividades normais às atividades empresariais e ao mercado (álea ordinária), também, os riscos extraordinários e imprevisíveis. Necessariamente, ocorreria um aumento espontâneo e não desejado nos custos negociais com a Administração Pública.

Desta forma, chega-se à conclusão que, torna-se imperioso e necessário que a Administração Pública tutele a equação econômico-financeira para garantir esse preceito constitucional de igualdade entre os contratantes, buscando sempre

assegurar aos interessados que, em caso de ocorrência de adversidades, o acréscimo de encargos será custeado pelo Poder Público se e quando efetivamente ocorrerem.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

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

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

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.3.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.3.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Lei de licitações públicas*. Salvador: JusPodium, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, v.2.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 de outubro 2014.

BRASIL. *Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005*. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 de outubro 2014.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986*. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1986. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 de outubro 2014.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 de outubro 2014.

BRASIL. *Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995*. Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 de outubro 2014.

BRASIL. *Decreto 2.271, de 07 de julho de 1997*. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 de outubro 2014.

BRASIL. *Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001*. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 de outubro 2014.

BRASIL. *Lei nº 6.071, de 03 de julho de 1974*. Adapta ao Código de Processo Civil as leis que menciona, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1974. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 de outubro 2014.

BRASIL. *Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951*. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao Mandado de Segurança. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1951. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 de outubro 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1922/2011 – TCU. Plenário. Sobrepreço. Repactuação. Andrade Gutierrez S.A. Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 de julho de 2011. Acórdão 1922-30/11-P. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 12 de setembro 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 376/1997 – TCU. Plenário. Tomada de Contas Especial. Convênio. Reajuste sem previsão contratual. Inexistência. Desnecessidade. INAMPS. Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 de agosto de 1997. Acórdão 376/1997. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 12 de novembro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2008/0009389-5. T2 - SEGUNDA TURMA. CBPO ENGENHARIA LTDA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PROPRIEDADE DA VIA ELEITA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – NULIDADE: INEXISTÊNCIA – LEI 8.666/93 – ART. 12 DA LEI 8.429/92. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 de novembro 2014.