

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

GABRIEL DE JESUS TEDESCO WEDY

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: José Sérgio da Silva Cristóvam; Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-691-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, na acolhedora Porto Alegre (RS), ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevada qualidade, dentre os quais destacamos, sem favor algum, o Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, que reuniu um destacado conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos de ampla pertinência acadêmica e inquestionável relevância prática.

Os artigos apresentados foram marcados pelo invulgar apuro intelectual, que deu ensejo a comunicados científicos e discussões de sensível qualidade, nas mais diversas temáticas do Direito Administrativo, a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pelo respeito e a perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. A GESTÃO FISCAL RESPONSÁVEL E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM LIAME NECESSÁRIO PARA A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS;
2. FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS COMO DEVER CONSTITUCIONAL;
3. O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE DA TEORIA DA UNIDADE DE VALOR, DE RONALD DWORKIN, COMO CONCEITO EPISTEMOLÓGICO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA;
4. A RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA ABUSIVA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AO AGENTE PÚBLICO;
5. UMA ANÁLISE INSTITUCIONAL DO PAPEL DEMOCRÁTICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS;

6. AGÊNCIAS REGULADORAS E UNIDADE ORGÂNICA DA PROCURADORIA DO ESTADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA INTERPRETAÇÃO FEDERALISTA DA CONSTITUIÇÃO E O CASO DO ESTADO DO CEARÁ;

7. ALIENAÇÃO DE BENS MÓVEIS PÚBLICOS NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO: UM ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA;

8. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO – RDC: ANÁLISE DA APLICAÇÃO, TRANSITORIEDADE E PERMANÊNCIA DA LEI 12.462/2011;

9. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC): DE SUA ESTRUTURA BASILAR AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE;

10. LIÇÕES PROPEDEÚTICAS PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO;

11. APLICATIVOS DE INTERMEDIÇÃO DE CONTRATOS PRIVADOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS: POR QUE A POLÊMICA CONTINUA?;

12. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE EDUCACIONAL PRIVADA: AS CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS, A LIVRE INICIATIVA E ALGUMAS INCOMPATIBILIDADES LEGISLATIVAS;

13. CRISE NO CÁRCERE: A UTILIZAÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E A PRIVATIZAÇÃO DO PRESÍDIO;

14. O PARADOXO ENTRE O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL COMO FATOR LIMITADOR DO CARÁTER ABSOLUTO DA PROPRIEDADE PRIVADA PELA INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO;

15. BENS PÚBLICOS NO ATACADO E NO VAREJO: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE ESPECÍFICO E DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA SOBRE TERRAS PÚBLICAS NA LEI N. 13.465/17;

16. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL;

17. DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E A FAZENDA PÚBLICA NO ACESSO À JUSTIÇA.

Como visto, trata-se de um rico conjunto de temáticas, que evidencia a marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões sobre a atividade administrativa e a gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

Estamos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos, ainda, os sinceros cumprimentos ao CONPEDI, pela já costumeira qualidade dos encontros nacionais, e agradecemos aos colegas de Porto Alegre (RS) pela hospitaleira acolhida que tivemos na bela e moderna estrutura da UNISINOS - nessa verdadeira maratona de divulgação da pesquisa científica na área do Direito.

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – UFSC

Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

LIÇÕES PROPEDÊUTICAS PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO
LESSONS PROPAEDEUTIC FOR THE ECONOMIC-FINANCIAL REBALANCING OF THE ADMINISTRATIVE CONTRACT

Bruno Pastori Ferreira ¹

Resumo

O tema deste artigo é estabelecer as possibilidades do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. O objetivo geral é demonstrar que o contrato firmado entre a Administração Pública e o particular possui uma equação econômico-financeira, estabelecido no momento de apresentação da proposta pelos licitantes. Contudo, essa equação pode padecer de flutuações e oscilações normais ou anormais, podendo ou não, ensejar no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. O objetivo específico é trazer um norte propedêutico sobre as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, observando um procedimento bibliográfico e documental, através do método dedutivo e com uma abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Administração pública, Contrato administrativo, Equação econômico-financeira, Desequilíbrio contratual, Hipóteses de reequilíbrio do contratos administrativos

Abstract/Resumen/Résumé

The theme of this article is to define the possibilities of economic and financial rebalancing of the administrative contract. The general objective is to demonstrate that the contract signed between the Public Administration and the entrepreneur has an economic-financial equation established at the moment the bidder submits the proposal. This equation can undergo normal or abnormal fluctuations and unbalance the contract. The specific objective is to bring a propaedeutic north in the hypotheses of economic and financial rebalancing of the contract, observing a bibliographic and documentary procedure, through the deductive method and with a qualitative approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public administration, Administrative contract, Economic-financial equation, Contractual imbalance, Hypotheses of rebalancing the contract

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Marília/SP

Introdução

O tema do presente artigo é estabelecer as possibilidades do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, como método técnico-jurídico na busca do melhor desenvolvimento da atividade administrativa, facilitando a governabilidade pública.

O objetivo geral deste artigo é demonstrar que o contrato firmado entre a Administração Pública e o terceiro/particular poderá ter sua equação econômico-financeira reequilibrada, observada às hipóteses previstas em lei e desde que aconteçam fatos supervenientes, anormais, imprevisíveis ou previsíveis de efeitos incalculáveis, que desequilibrem o arranjo contratual administrativo.

É consabido que existem condições e fatores que desequilibram o contrato administrativo e que possibilitam ao gestor público a alteração das bases financeiras primevas, garantindo o direito constitucional do contratado em manter a equação econômico-financeira do contrato dentro dos limites pactuados, bem como evitando o aviamento de uma ação de improbidade administrativa em desfavor do alcaide, pois a recomposição contratual sem qualquer motivo justificador aparente conduz a atuação pública aos reclames da ilegalidade.

O objetivo específico é trazer um norte propedêutico ao gestor público sobre as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo e os instrumentos jurídicos que estão postos à disposição da Administração Pública, sob a luz da jurisprudência e da doutrina pátria.

A justificativa deste artigo reside no fato que, todo contrato administrativo possui em bojo uma equação econômica que nada mais é que o equilíbrio financeiro obtido no momento da apresentação da proposta pelo licitante/empresário, resultando na relação entre o conjunto de encargos impostos ao licitante e a respectiva remuneração a ele paga.

Nesse sentido, Meirelles (2018, p. 250) disciplina que:

O equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou, ainda, equação financeira, do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser

mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento.

Contudo, essa equação pode padecer de flutuações e oscilações normais ou anormais, podendo, a depender do caso concreto, ensejar no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Diante disso, razoável perquirir, quais as situações ensejadoras para reequilibrar economicamente o contrato administrativo? Quais os critérios para reestabelecer a equação financeira do contrato administrativo? Quais são os instrumentos jurídicos aptos a reequilibrar a avença administrativa? Poderia o gestor público reequilibrar o contrato a seu bel-prazer?

A Administração Pública no intuito de realizar obras, serviços, compras e alienações, caso entenda pela necessidade de contratar particulares, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, deverá proceder com um 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.

Realizada a licitação, será confeccionado com o licitante vencedor um contrato administrativo, no qual se estabelecerá a baliza econômico-financeira.

Os termos pecuniários se estabilizarão, vinculando tanto a Administração Pública/contratante como o particular/contratado, consolidando o equilíbrio econômico-financeiro da avença contratual, sendo que, de um lado, se tem a margem lucrativa do particular, e de outro, se tem o aceite da proposta pela Administração Pública, ante ao cumprimento das condições assoalhadas no edital.

Contudo, conforme já mencionado, podem acontecer fatos que desequilibram a equação econômico-financeira do contrato, por motivos alheios à vontade dos contratantes, impondo/devendo o gestor público reequilibrar as bases financeiras inaugurais, por ser tratar de um direito constitucional do contratado e sob pena de enriquecimento ilícito da própria Administração Pública.

Porém, na práxis pública, os gestores tem se perdido de como, quando e em quais circunstâncias se deve reequilibrar o contrato administrativo, pois existem situações que o realimento contratual tem se dado por fatos ordinários e corriqueiros, que nada se coaduna com as hipóteses legais, ensejando na má administração dos recursos públicos.

Exemplo é o empresário/adjudicatário do serviço que, na ânsia de ganhar o certame, apresenta uma proposta abaixo de sua margem lucro, na expectativa de solicitar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, burlando o sistema licitatório concorrencial.

Outro exemplo, são contratos administrativos sendo reequilibrados por motivos espúrios, tais como termos aditivos fraudulentos, “recomposição” financeira a fim de abastecer partidos políticos, vulgarmente conhecido como “Caixa 2”, etc.

Por outro lado, por vezes, ante a onda de ações de improbidade administrativa que tem recaído sobre inúmeros alcaides, não se tem concedido o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato a particulares, por motivo de precaução e temor da fiscalização ministerial.

O que também não coaduna com a sistemática legal, pois havendo o desequilíbrio nas condições originalmente pactuadas, pelo acontecimento de circunstâncias imprevisíveis ou previsíveis de efeitos incalculáveis, torna-se um direito fundamental e constitucional do contratado/particular obter o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, compensando-se a perda.

Assim, o administrador público se vê em uma encruzilhada, pois de um lado caso reequilibre o contrato de modo vicioso, poderá padecer das penalidades previstas na Lei 8.429/92¹ e de outro, caso não reequilibre o contrato estará prejudicando o direito constitucional do contratado/particular em manter sua margem lucrativa.

¹ Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Isso tudo se insere no conceito de gestão pública e governabilidade, uma vez que o administrador público deve pautar sua atuação sempre na busca do interesse público, expurgando toda e qualquer conduta fora dos ditames legais.

A metodologia a ser observada será o procedimento bibliográfico, através do método dedutivo e com abordagem qualitativa.

1. Da equação econômico-financeira do contrato e o princípio da legalidade

Para Jean Jean Waline (apud Carvalho Filho, 2017, p. 157) a:

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

Pactuada a manifestação volitiva entre as partes, materializando/confeccionando um acordo administrativo, torna-se imprescindível que o valor firmado entre os atores contratuais devem ser mantidos nos termos avençados, sob de enriquecimento ilícito de alguma das partes.

Destarte, o equilíbrio contratual firmado deve ser conservado e para Carvalho Filho (2017, p.157) “sempre no intuito de deixar íntegro o equilíbrio inicial a equação econômico-financeira do contrato se configura como verdadeira garantia para o contratante e para o contratado.”

Lançando luz ao tema do reequilíbrio econômico-financeiro, a publicação “Licitações e Contratos” do Tribunal de Contas da União (2010, p. 811 e 812), trouxe à baila a definição precisa do que se entende por equilíbrio econômico-financeiro, assim como as hipóteses em que se mostra plausível a alteração contratual na busca do reequilíbrio contratual:

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

Inclusive, a equação econômico-financeira do contrato, trata-se de uma garantia fundamental do contratado, com previsão no artigo 37, XXI, da Constituição Cidadã de 1988, que assim expõe:

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. [...] (g.n.)

Interpretando-se teleologicamente o dispositivo retromencionado, Justen Filho (2012, p.888) estabelece que “as condições de pagamento ao particular deverão ser respeitadas segundo as condições reais e concretas contidas na proposta. Portanto, qualquer variação deverá ser repelida e repudiada.”

Nesse ínterim, Carvalho (2017, p. 558) advoga que:

[...] equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que dever ser preservada ao longo da execução do contrato” Ainda acerca do tema, aduz o autor que “a equação econômico-financeira abrange todos os aspectos econômicos relevantes para a executá-lo da prestação das partes. Isso compreende não apenas o montante de dinheiro devido ao particular contratado, mas também o prazo estimado para pagamento, a periodicidade dos pagamentos, a abrangência do contrato e qualquer outra vantagem que a configuração da avença possa produzir.

Corroborando com o aludido, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG) estabelece:

[Consulta n. 811.939. Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Sessão do dia 26/05/2010] Contrato administrativo de fornecimento de combustíveis. Revisão para recomposição da equação econômico-financeira] A concretização da equação econômico-financeira [...] ocorre [...] no momento em que a proposta do licitante é aceita pela Administração contratante [...]. A partir de então, a própria Constituição da República passa a proteger o equilíbrio da relação contratual formalizada [...]. [...] A Lei de Licitações, [...], prevê, na alínea d do inciso II do seu art. 65, que o contrato administrativo pode ser alterado, mediante acordo. (TCE, 2010, online)

Não se pode olvidar que, a seara administrativa pública é regida por plúrimos princípios de força cogente, corolário de observância obrigatória pelo alcaide e seus

administrados, tornando um verdadeiro axioma principiológico de regência do funcionalismo público.

Dentre os inúmeros princípios que norteiam a atuação da máquina pública está o princípio da legalidade, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...] (g.n.)

Diante da máxima efetividade do texto constitucional, não restam dúvidas, que o ente federativo está adstrito ao princípio da legalidade.

Tal princípio estabelece que o agente público deve atuar dentro das balizas da legalidade, respeitando a fonte legislativa.

Nesse íterim, Laso (apud Carvalho Filho, 2017, p.383) institui que o princípio da legalidade “significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.”

Tal imperativo principiológico busca amparo no Estado de Direito, onde o Estado elabora suas leis e sobre si as submete-as.

Nesse sentido, Carvalho Filho (2017, p. 20) estabelece que o “princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei.”

Nesse diapasão, Bandeira de Melo (2008, p. 100) estabelece que o princípio da legalidade “[...]é a consagração da ideia de que Administração Pública só poder ser exercida na conformidade da lei[...]”

Ante ao posicionamento doutrinário, o agente público não possui discricionariedade em atuar em descompasso com lei, pelo contrário, é imperiosa sua atuação dentro da legislação de regência.

Sendo assim, com fins no art. 37, *caput* (princípio da legalidade) e no inciso XXI, da CF (manutenção efetivas da proposta), salta aos olhos que as bases financeiras primevas da avença administrativa devem ser mantidas, com efeito as alterações econômico-financeiras que desequilibrem o pacto entabulado, ensejam em sua readequação/recomposição, sob pena de ferir o direito do contratado em ter o reequilíbrio contratual.

Nesse sentido, preleciona o artigo 65, II, “d” do Estatuto Licitatório, a seguinte dicação:

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 conseqüências 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.[...]

Desta forma, não há dúvida de que havendo alterações na relação contratual inaugural, apta a desequilibrar as avenças financeiras contratuais, faz-se indispensável a revisão/recomposição/readequação, seja para majoração ou minoração do valor pactuado.

Malgrado recaí sobre o gestor público, o mister de sopesar quais as causas que desencadearam o desequilíbrio econômico-financeiro do contratado (justificativas), uma vez que não basta a mera alteração por acontecimentos previsíveis/ordinários para revisar/recompor/readequar financeiramente o contrato, faz-se importante a verificação de acontecimentos e fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, alheias a vontade do particular, que de alguma forma afetaram economicamente a avença firmada.

Nesse sentido Medauar (2015, p. 274), estabelece que:

[...] Circunstâncias, que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, vem modificar profundamente a economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contratado; este tem direito a que a Administração Pública o ajude a enfrentar a dificuldade, para que o contrato tenha continuidade.

2. Causas justificadoras para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo

A doutrina denomina essas causas que podem alterar o equilíbrio financeiro contratual em *álea/Houaiss*, que são divididas em *álea ordinária/empresarial*, administrativa, extraordinária e caso fortuito e força maior.

2.1 Álea econômica ordinária/empresarial

Segundo orientação do TCE/MG, a *álea econômica ordinária/empresarial* é aquela que:

[Consulta n. 811.939. Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Sessão do dia 26/05/2010] [...] remete a eventos afetos ao comportamento do contratado, pelos quais não responde a Administração Pública, sendo a falha no planejamento e na quantificação dos encargos relativos à execução do contrato não pode servir de argumento para se pleitear o aumento da remuneração devida pela Administração [...] (TCE, 2010, online)

Nesse sentido, Di Pietro (2014, p. 290) assevera que:

[...]é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular. Há quem entenda que mesmo nesses casos a Administração responde, tendo em vista que nos contratos administrativos os riscos assumem maior relevância por causa do porte dos empreendimentos, o que torna mais difícil a adequada previsão dos gastos; não nos parece aceitável essa tese, pois, se os riscos não eram previsíveis, a *álea* deixa de ser ordinária;

Assim, a *álea econômica/empresarial* refere-se a comportamentos imputados ao próprio contratado, em decorrência do exercício de sua atividade empresarial.

Nesses casos, acontece um desequilíbrio contratual, nada obstante não é motivo justificador para o realinhamento contratual, pois são fatos considerados normais, que decorrem da própria natureza da atividade mercantil, ou seja, do risco empresarial do contratado.

É o que se depreende da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), que assim assevera:

Processo: Apelação Cível
1.0024.09.702577-9/001 7025779-11.2009.8.13.0024 (1)
Relator(a): Des.(a) Áurea Brasil
Data de Julgamento: 09/02/2012
Data da publicação da súmula: 24/02/2012
Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE COBRANÇA - EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO - CONTRATO DE FORNECIMENTO - AUMENTO DOS PREÇOS PELA FORNECEDORA - PREVISIBILIDADE - ADITAMENTO DO CONTRATO APÓS O INÍCIO DA AVENTADA 'CRISE ECONÔMICA' - OPÇÃO DA CONTRATADA DE MANTER OS PREÇOS INICIALMENTE AVENÇADOS - IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. O art. 65, II, da Lei n. 8.666/93, com redação conferida pela Lei n. 8.883/94, permite a revisão dos preços acordados com vistas a preservar o equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo, desde que em função de fatos supervenientes imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, que configurem álea extraordinária e extracontratual. 2. A álea ordinária ou empresarial, em contrapartida, está presente em qualquer tipo de negócio e é inerente à atividade empreendedora, como resultado da própria flutuação de mercado, razão pela qual não implica a revisão do contrato administrativo. 3. A alegação abstrata de que o desequilíbrio contratual se deu em virtude da 'crise econômica financeira mundial' é demasiadamente vaga, e configura risco típico da atividade empresarial, que, por sua natureza, está sujeita às oscilações cambiais e de mercado. Há certa previsibilidade em eventos dessa natureza, além de serem situações consideradas como risco natural do empreendimento, porquanto inerentes à atividade empresarial. 4. O equilíbrio econômico financeiro do contrato não pode ser invocado como forma de transmitir à Administração os riscos inerentes à atividade empresarial, nem como mecanismo de garantir 'lucro fixo e certo' àqueles que contratam com o Poder Público. 5. Recurso não provido. (TJMG, 2012, online)

Assim, seriam exemplos de álea econômica/empresarial, a crise financeira que assolou o Brasil em meados de 2014, flutuação do preço do dólar, reajuste no preço do transporte nacional, etc.

Isso são fatos que devem ser suportados pelo contratado/particular, não ensejando no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, circunstâncias que não podem ser apostas em desfavor da Administração Pública.

2.2 Álea administrativa

Por sua vez, a álea administrativa decorre do comportamento da Administração Pública e pode ser subdividida em fato da administração e fato do príncipe.

Fato da administração para Carvalho (2017, p. 559) é:

[...] o desequilíbrio contratual é causado por uma atuação específica da Administração que incide sobre o contrato e impede a sua execução. Com efeito, o Poder Público atua, no bojo da relação contratual, causado desequilíbrio na avença firmada. [...] Note-se que a atuação do ente público ocorre enquanto parte do

contrato, ou seja, é ato praticado no bojo do contrato administrativo celebrado que altera a situação inicial. O inadimplemento do poder público implica em descumprimento contratual que onera demasiadamente o acordo, tornando impossível a manutenção da proposta vencedora.

Para Di Pietro (2014, p. 290) é:

[...] toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o cocontratante particular, a execução do contrato" (Escola, 1977, v. 1:434); ou, de forma mais completa, é "toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução"

Assim, a álea administrativa decorrente do fato da administração, é voltada para as omissões estatais, de modo que, a Administração Pública deixa de proceder com condutas que lhe são cabíveis.

Esse ato omissivo recai somente em desfavor do contratado/particular, ou seja, não se trata de um ato geral, que é imposto a toda a coletividade, e sim um ato específico que atinge apenas o contratado, sendo um ato interno ao contrato.

Exemplo é o contratado solicitando o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato ante “[...] aumento quantitativo de volumes de escavações e demais serviços[...].” [Processo AC 10713150001889001 MG. Publicação: 13/09/2017. Relator Albergaria Costa], conforme aconteceu no Estado de Minas Gerais.

Mazza (2018, p.687) aventa outro exemplo que é o fato da “[...] Administração não providenciar desapropriação necessária para a duplicação de rodovia [...].”

O fato do príncipe de acordo com o Carvalho (2017, p. 559) é o:

[...] desequilíbrio contratual também é causado pelo poder público e, por esta atuação, haverá necessidade de recomposição do preço. Ocorre que, neste caso, há uma atuação extracontratual (geral e abstrata) do ente estatal que termina por atingir diretamente a relação contratual.

Nessa senda, Di Pietro (2014, p. 290) estabelece que “que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido.”

A álea administrativa decorrente do fato do príncipe é direcionada para atuação estatal de caráter geral, sendo um ato externo ao contrato.

Mazza (2018, p.684) estabelece como exemplos a “[...] criação de benefício tarifário não previsto, aumento de tributo promovido pela entidade contratante. [...]”

Conforme bem estabelecido pelos dizeres doutrinários, a álea administrativa, seja em decorrência do fato do príncipe ou da administração, enseja no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, uma vez que em nada o licitante/empresário cooperou para o desnivelamento das bases financeiras firmadas.

Pelo contrário, o licitante/empresário exercendo sua atividade mercantil é surpreendido pela atuação da própria Administração Pública, que lhe imputa um encargo que desrespeita a margem lucrativa outrora pactuada, inclusive podendo ocasionar a descontinuidade do serviço contratado.

Nesses casos, é clarividente o direito do contratado em pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

2.3 Álea econômica extraordinária

A álea econômica extraordinária é denominada como teoria da imprevisão.

Essas áleas são aquelas que remetem a causas econômicas que desequilibram a relação econômico-financeira do contrato, em decorrência de fatos imprevisíveis ou fatos previsíveis de efeitos incalculáveis.

Nessa trilha, Di Pietro (2014, p. 290) assealha que:

[...]que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão; a Administração Pública, em regra, responde pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

Assim, para que haja o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato nessa hipótese, é imprescindível o acontecimento de um evento exterior, não sujeito a vontade das partes, que seja imprevisível e inevitável para todos os atores contratuais.

O gestor público para realinhar o contrato nesses termos, segundo Di Pietro (2016, p. 331) deverá observar que o fato foi “[...] imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; estranhos à vontade das partes; inevitável; cause desequilíbrio muito grande no contrato. [...]”

Cita-se como exemplo, as oscilações de preço de fornecedora singular de produtos que aumenta o custo, sem trazer nenhuma previsibilidade ao empresariado.

Importante destacar que, se os fatos eram previsíveis ao particular/contratado, este não fará jus ao reequilíbrio contratual, devendo suportar o ônus pelo aumento.

Nesse prumo, Di Pietro (2016, 331) expõe que “[...] se for fato previsível e de consequências calculáveis, ele é suportável pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária; [...]”

Não se pode olvidar que, se o fato aconteceu por culpa exclusiva do contratado, este responderá integralmente pelo acréscimo, sem nenhuma prerrogativa para reequilibrar o contrato.

2.4 Álea por caso fortuito e força maior

Por fim, Carvalho ensina (2017, p. 558) que caso fortuito ou força maior:

[...] situações imprevisíveis ou inevitáveis que alteram a relação contratual. Pode decorrer de fatos humanos, desde que não sejam provocados por nenhuma das partes do acordo, ou podem ser causados por fatos da natureza, em relação aos quais nenhuma medida pode ser tomada para obstar sua precipitação.

Nessas situações a equação econômico-financeira é quebrada, sem qualquer possibilidade de manutenção do vínculo contratual, pois existe a absoluta impossibilidade no

prosseguimento da prestação obrigacional estampada no pacto administrativo, inclusive sendo hipótese de sua rescisão.

Ensina Di Pietro (2016, p. 331) que nas hipóteses de caso fortuito ou força maior “[...] verifica-se a impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato.[...]”

Assim, cita-se como exemplo a rebelião no sistema carcerário do Carandiru, que inviabilizou a conclusão das obras no presídio pelo contratado, uma vez que os impactos do motim extrapolaram qualquer previsibilidade razoável, é o que se infere da jurisprudência do STJ:

Ementa

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA. NOVA CASA DE DETENÇÃO DO CARANDIRU. FORÇA MAIOR, CASO FORTUITO, INTERESSE PÚBLICO E SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO CONTRATUAL MOTIVADA POR GRAVE PERTURBAÇÃO INTERNA. CONTRATO PERFECTIBILIZADO À LUZ DO DL N. 2.300/86. EVENTOS RESCISÓRIOS OCORRIDOS JÁ NA VIGÊNCIA DA LEI N. 8.666/93. PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS E DA APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIPLOMAS LEGISLATIVOS. INCIDÊNCIA DO ART. 79, § 2º, DA LEI N. 8.666/93.

1. Trata-se de recurso especial interposto pela Companhia Paulista de Obras e Serviços - CPOS, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado: "Contrato administrativo - Caso fortuito ou de força maior - A culpa do devedor impede o reconhecimento do caso fortuito ou de força maior para rescisão de contrato administrativo. Recurso improvido." 2. Nas razões recursais, sustenta a recorrente ter havido violação aos arts. 1.058 do Código Civil de 1916 e 68, inc. XVIII, do Decreto-lei n. 2.300/86, ao argumento de que as rebeliões ocorridas no complexo prisional do Carandiru, na forma como se processaram, caracterizariam força maior ou caso fortuito. Além disso, reputa-se haver divergência jurisprudencial a ser sanada. 3. Na esteira do que foi asseverado no REsp 1.112.895/SP, os fatos estão bem delineados pela instância ordinária. Muitos deles, inclusive, podem ser caracterizados como notórios, dispensando prova e análise de lei local (Súmula n. 280 do STF, por analogia), notadamente aqueles que dizem respeito à opção da Administração Pública de não prosseguir na construção de uma Nova Casa de Detenção do Carandiru em função das rebeliões sangrentas que tomaram lugar no complexo prisional, sobretudo em função de sua localização em perímetro urbano. 4. Daí porque avaliar se, no caso, ficou ou não caracterizada a força maior não esbarra nas Súmulas n. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que não há controvérsia acerca dos fatos, mas sim acerca de sua qualificação jurídica. 5. Não há como acolher a tese esposada pela origem, no sentido de que rebeliões em complexos penitenciários não são fatos imprevisíveis e, mais do que isto, que a atuação falha do Estado nos fatídicos episódios descaracterizaria o fortuito e a força maior. 6. A verdade é que, como sustentado pelo recorrente, embora as rebeliões sejam uma constante no sistema carcerário brasileiro, a extensão e os impactos daquelas ocorridas no complexo prisional Carandiru extrapolaram qualquer perspectiva de previsão governamental, o que acarreta, sem dúvida, a caracterização da força maior/caso fortuito. 7. A imprevisibilidade importante aos contratos administrativos diz não apenas com a ocorrência de certo fato, mas também com os efeitos de certo fato (casos em que a ocorrência era previsível, mas a amplitude das conseqüências não). [...] (STJ, 2012, online)

3. Reequilíbrio contratual como um direito fundamental do particular/contratado

Os acontecimentos das áleas administrativa, econômica extraordinária e caso fortuito ou força, ensejam no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Nesses casos, se exige do interprete da lei, para fins de concessão de reajustamento contratual, a constatação se a álea decorre de efeitos ordinários ou extraordinários, se de fatos comuns de mercado - pelos quais o contratado deve suportar o prejuízo - ou se de fatos imprevisíveis ou previsíveis de efeitos incalculáveis ou se de fatos próprios da Administração Pública.

Diante disso, existe a expressa possibilidade de alteração dos contratos administrativos para que seja mantida a relação originariamente estabelecida entre as obrigações impostas ao empresário/contratado e a respectiva contraprestação oferecida pela Administração Pública em face do serviço prestado ou aquisição do produto.

Denota-se, portanto, que o equilíbrio econômico-financeiro, equação obtida no momento de apresentação de proposta pelos licitantes/empresários, torna-se um direito constitucional do contratado, pois deve-se manter as condições efetivas da proposta primeira, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou acerca do tema, assim determinando:

ADMINISTRATIVO LICITAÇÃO. CONTRATO E ADITIVO PARA FORNECIMENTO DE SEIS HELICÓPTEROS PARA A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. PREÇO AJUSTADO EM MOEDA NACIONAL (REAL). VENCEDORA CONTRATANTE QUE NECESSITAVA IMPORTAR AS AERONAVES PAGANDO EM MOEDA ESTRANGEIRA (DÓLAR). DESVALORIZAÇÃO DO CÂMBIO OCORRIDA EM JANEIRO DE 1999. TEORIA DA IMPREVISÃO. ÁLEA EXTRAORDINÁRIA CONFIGURADA. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. ART. 65, II, 'D', DA LEI Nº 8.666/93. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO DA EMPRESA PARTICULAR PROVIDO.

1. Em consonância com o estabelecido no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que garante a manutenção das condições efetivas da proposta de contrato celebrado com a Administração, a Lei de Licitações prevê a possibilidade de revisão contratual com o fito de preservação da equação econômica da avença, podendo essa correção, dentre outras premissas, advir da teoria da imprevisão, a teor do disposto no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93. 2. De outro lado, os contratos que tenham por objeto a prestação de serviço firmados em real e executados no exterior, eventualmente submetidos a variação cambial significativa e inesperada, são passíveis de repactuação, conforme previsão do art. 65, inciso II,

d, da Lei 8.666/1993, caso constatada a oneração excessiva, com o rompimento da equação econômico-financeira firmada. 3. No caso concreto, a empresa autora, ora recorrente, requer indenização pecuniária, mediante a revisão de contrato administrativo para o fornecimento de helicópteros (por ela entregues) destinados ao serviço de remoção de vítimas de acidentes, resgates e operações especiais do Departamento da Polícia Rodoviária Federal, com preço originariamente fixado em moeda nacional (real), ante a alegada quebra da equação econômico-financeira, decorrente da forte desvalorização da moeda brasileira frente ao dólar, fenômeno ocorrido em janeiro de 1999, como consequência da mudança de política cambial então implementada pelo Banco Central. 4. Uma vez demonstrado que as aeronaves necessitavam ser adquiridas pela licitante vencedora no exterior, com o desembolso em dólar realizado logo após a mencionada e drástica alteração da política cambial (passando-se do sistema de bandas para o de livre flutuação do dólar), fato esse que, à época, não poderia ser previsto e que acabou por onerar sobremaneira a empresa recorrente, configurada resulta a álea econômica extraordinária e extracontratual de que trata o art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93, legitimando a indenização por ela pleiteada. 5. Como já decidido por esta Primeira Turma do STJ no RMS 15.154/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 19/11/2002, "O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes". 6. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 2018, online)

4. Da hipótese de não reequilíbrio econômico-financeiro do contrato

Importante ressaltar que o acontecimento de álea ordinária/empresarial, em nenhuma hipótese enseja no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Conforme já dito alhures, a álea ordinária/empresarial são acontecimentos corriqueiros e ordinários que devem ser suportados pelo próprio contratado, em decorrência do exercício de sua atividade empresarial.

Malgrado desequilibrem a avença contratual, impossível imputação do fato à Administração Pública, pois esta nada cooperou para o acontecimento da assimetria econômico-financeira.

Nesse prumo, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ART. 18 DO CPC - LICITAÇÃO - CONTRATO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA - PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO LICITANTE DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO - INFLAÇÃO - PROPOSTA DO LICITANTE MAL CALCULADA - ÁLEA ORDINÁRIA, QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO-APLICAÇÃO - DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

[...] 5. Não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência do STJ.

6. Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estar-se-ia beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas, não apresentaram valor mais atraente. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (STJ, 2008, online)

5. Instrumentos jurídicos aptos a reequilibrar o contrato administrativo

A título de peça informativa, uma vez que não é objeto deste artigo descrever os instrumentos jurídicos aptos a reequilibrar o contrato administrativo, a Lei n.º 8.666/93 outorga instrumentos jurídicos para que a Administração Pública em conjunto com o particular, procedam com a essa recomposição financeira da avença. Nesse prumo, a doutrina convencionou classificar esses artifícios jurídicos como:

Revisão (realinhamento de preço), que para Justen Filho (2012, p. 906) é:

[...] 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 refletiva nos índices comuns de inflação) ou quando os encargos contratualmente previstos são ampliados ou tornados mais elevados.

Lado outro, o instrumento jurídico de reajuste de preços, nos dizeres de Justen Filho (2012, p.908):

[...] é uma solução desenvolvida na experiência estrangeira, mas que recebeu aplicação muito intensa na prática contratual brasileira. [...] Trata-se de alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias. Usualmente, reputa-se que o reajuste somente poderá ser admitido se previsto no ato convocatório e no instrumento contratual. 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 equilíbrio rompido em virtude de eventos supervenientes imprevisíveis etc.

Já a atualização monetária, conforme Justen Filho (2012, p. 910) seria uma compensação genérica pela perda do valor monetária.

Por sua vez, a repactuação de preços, nos ensinamentos de Justen Filho (2012, p. 912)

[...] é destinado a 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. Deve-se entender que existe um dever da Administração de verificar se, renovada a contratação, a manutenção dos preços originais (eventualmente reajustados) acarretará algum benefício para o particular. O restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. [...]

Existe direito do contratado de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando vier a ser rompido. Se os encargos forem ampliados quantitativamente ou tornados mais onerosos qualitativamente, a situação inicial estará modificada. O mesmo se passará quando atenuados ou amenizados os encargos do contratado. Porém, essa hipótese é menos frequente e será tratada como excepcional nestes comentários.

A margem de lucro pactuada deve ser respeitada, sob pena de enriquecimento ilícito da própria Administração Pública. É o que vocifera Carvalho (2017, 556):

[...] a margem de lucro que havia sido pactuada não pode ser modificada por situação alheia à vontade das partes, haja vista a avença ensejar ao particular contratado a garantia dos valores a serem pagos pelo serviço prestado, em obediência, inclusive à regra de que a proposta vencedora deve ser obedecida em todos os seus termos, conforme se analisará, de forma devida, no tópico seguinte.

Conforme já mencionado, os contratantes não podem arcar com as imprevisões alheias a sua vontade. Do mesmo modo que a Administração Pública não pode pagar além da equação econômico-financeira firmada no momento da aceitação da proposta do contratante.

6. Considerações finais

Sendo assim, conclui-se que a Lei n.º 8.666/93 concede ao gestor público mecanismos para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Sem embargo, conforme explicitado no presente artigo, não é qualquer circunstância fática que autoriza o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O reajuste contratual deve se dar motivos alheios à vontade dos contratantes, por fato posterior à apresentação de proposta, que eleve de forma não culposa os custos de prestação de serviço, bem como se exigindo a comprovação de ocorrência de fatos extraordinários, caracterizados por serem imprevisíveis e/ou previsíveis de consequências inevitáveis, que redundam em retardar ou mesmo impedir a execução do que foi contratado pela Administração.

Assim, respondendo às hipóteses aventadas no introdutório desse artigo, para que haja o reequilíbrio contratual faz-se forçosa a demonstração cabal da álea administrativa ou econômica extraordinária, sem qual é impossível o realinhamento econômico-financeiro do contrato.

Não é por mero ato de liberalidade do gestor público que o contrato administrativo deva ser revisto, nem muito menos por fatos ordinários e corriqueiros, pois sem um motivo superveniente motivador, o alcaide não está autorizado a modificá-lo, sob pena de ferir o princípio da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e demais correlatos.

Assim, constatada a álea ordinária/empresarial o gestor público não poderá conceder qualquer tipo de reequilíbrio econômico financeiro contratual, pois os acontecimentos de desequilíbrio nesses casos, não podem ser imputados à Administração Pública, em decorrência do risco empresarial que a atividade mercantil carrega consigo.

Contrário sensu, realizado o diagnóstico do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato por alguma álea ensejadora do pedido revisional, não há motivos para que o gestor deixe de reequilibrar a avença administrativa, por se tratar de um direito constitucional e fundamental do contratado.

Uma vez que, nos dizeres Justen Filho (2016, p.1182 e 1183):

[...] a Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Deve-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com encargos mais onerosos e perceba a remuneração originariamente prevista. Ampliados 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 aplica-se a qualquer evento que afete a equação econômico-financeira.

REFERÊNCIAS

Brasil. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988, Brasília, DF, out. de 1988.

Brasil. Lei n.º 8.666/93, 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, Brasília, DF, jun. de 1993.

Brasil. Lei n.º 8.429/92, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. São Paulo: Ed. Malheiros, 2017.

Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo, São Paulo: Atlas, 2017.

Carvalho, Matheus. Manual de direito administrativo. Salvador: JusPODIVM, 2017.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2014.

Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2012.

Justen FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Mazza, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2018.

Meduar, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo. São Paulo. Malheiros, 2018

STJ. REsp 1433434 / DF. RECURSO ESPECIAL 2011/0163895-7. Rel. Ministro Sérgio Kukina. Primeira Turma, julgamento em 20/02/2018, DJe 21/03/2018.

STJ. REsp 710078 / SP. RECURSO ESPECIAL 2004/0175914-5. Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Segunda Turma, julgamento em 23/03/2010, DJe 12/04/2018.

STJ. REsp 744446 / DF. RECURSO ESPECIAL 2005/0066286-7. Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS. Segunda Turma, julgamento em 17/04/2008, DJe 05/05/2008.

TCE. Consulta n. 811.939. Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Sessão do dia 26/05/2010

TJMG. Apelação Cível n.º 1.0024.09.702577-9/001 7025779-11.2009.8.13.0024 (1); Relator(a): Des.(a) Áurea Brasil. Data de Julgamento: 09/02/2012. Data da publicação da súmula: 24/02/2012.

TJMG. Apelação Cível n.º 1 10713150001889001; Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa. Data de Julgamento: 16 de Agosto de 2017. Data da publicação da súmula: 13/09/2017.

TCU. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.