

O COMPLETO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

The complete economic and financial rebellion of contracts administrative

Patrícia Leguiça Corrêa¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Breve exposição sobre o histórico do instituto, o conceito, as legislações e os regramentos vigentes para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. 2. Como aferir a ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos. 3. Mecanismos atuais que visam ao reequilíbrio econômico-financeiro e suas funções. 4. Possíveis caminhos para que se evite a realização de reequilíbrios incompletos. 5. O TCU e o STJ vêm identificando as seguintes causas que resultam na revisão do equilíbrio econômico-financeiro ou na sua negativa. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a demonstração das atuais posições doutrinárias e os mecanismos que estão sendo adotados na busca do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. A doutrina tradicional tinha como referências a aplicação de teorias e mecanismos, que não mais correspondiam aos atuais contratos administrativos que vieram surgindo nos últimos tempos, como ocorre com as concessões e PPPs. Para o desenvolvimento desse trabalho foi efetuado um levantamento bibliográfico a respeito do tema proposto e foi efetuado um estudo de dados, destacando os que eram coerentes com os títulos desenvolvidos nesta pesquisa. Por fim, a conclusão de que a doutrina e a jurisprudência continuam no aprimoramento e na aplicação dos mecanismos utilizados atualmente para que ocorra a efetivação de reequilíbrios econômico-financeiros cada vez menos incompletos.

Palavras-chave: Completo. Reequilíbrio Econômico-financeiro. Contratos administrativos.

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate the current doctrinal positions and the mechanisms that are being adopted in the search for the economic and financial balance of administrative contracts. The traditional doctrine had as references the application of theories and mechanisms, which no longer corresponded to the current administrative contracts that have appeared in recent times, as it happens with the concessions and PPPs. For the development of this work, a bibliographic survey was carried out regarding the proposed theme and a data study was carried out, highlighting those that were consistent with the titles developed in this research. Finally, the conclusion that doctrine and jurisprudence continue in the improvement and application of the mechanisms currently used for the realization of economic financial rebalances less and less incomplete.

Keywords: Complete. Economic financial rebalancement. Administrative contracts.

¹ Analista jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade IDC (atual Imed). Texto desenvolvido sob a orientação do professor Juliano Heinen, procurador do Estado do Rio Grande do Sul, doutorando em Direito pela UFRGS, mestre em Direito pela Unisc.

INTRODUÇÃO

Vive-se em um mundo globalizado em que as economias de alguns países influenciam e acarretam mudanças no cenário econômico de diversos outros. Essas influências externas que tendem a modificar a economia de um país, bem como as políticas internas, muitas vezes aplicadas de forma ineficientes, podem gerar grandes impactos econômicos. Pode vir a repercutir, inclusive, nos contratos que são celebrados entre os entes públicos e privados. Em face disso, é difícil vislumbrar que uma empresa firme um contrato com qualquer interessado sem pensar em condições que mantenham o equilíbrio registrado no início do contrato durante toda a sua execução até a sua conclusão. Em consequência disso, o nosso ordenamento jurídico buscou resguardar esse equilíbrio por intermédio das seguintes previsões legislativas: na Constituição da República Federativa do Brasil, na Lei de Licitações e outras leis extravagantes sobre esse assunto, que tentaram trazer meios capazes de manter as condições iniciais da contratação até a execução final do contrato.

Este trabalho foi dividido em capítulos, da seguinte forma:

No capítulo 1, visando a contextualizar o leitor, foi feita uma breve exposição sobre o histórico do instituto, conceito, as legislações e os regramentos vigentes para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

No capítulo 2 foi realizada uma explanação de como aferir a ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos.

No capítulo 3 foram abordados os mecanismos atuais que visam ao reequilíbrio econômico-financeiro e suas funções.

No capítulo 4 foram analisados os possíveis caminhos para que se evite a realização de reequilíbrios incompletos.

No capítulo 5 foi feito um levantamento da jurisprudência atual do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Por fim, a conclusão e as recomendações foram apresentadas para que os interessados nesse tema possuam um instrumento para dar continuidade a esse trabalho.

A importância desse tema decorre da ocorrência de desequilíbrios econômicos, e não apenas financeiros, na execução dos contratos administrativos, e porque essa diferença, como já afirmado por alguns autores, é desconhecida muitas vezes até por juristas. Quais seriam as providências cabíveis para que o reequilíbrio fosse o mais completo possível, nos dois fatores, econômico e financeiro, diante da falta de previsão legal de um procedimento mais eficaz para a realização da completa recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato?

A legislação vigente deixou muitas lacunas a serem preenchidas pela doutrina e jurisprudência, no sentido da correta aplicação da equação do equilíbrio econômico-financeiro com o objetivo de restabelecer as partes ao mais completo reequilíbrio contratual. Portanto, resta demonstrada a importância das pesquisas que busquem

apontar as alternativas possíveis para suprir essas lacunas legislativas, visando a efetivar o reequilíbrio da equação econômico-financeira dos contratos administrativos e apontar os fatores que assegurariam o direito das partes contratantes à preservação do mais completo equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, com o objetivo de garantir a condição econômico-financeira igual ou semelhante a que as partes contratantes tinham antes da ocorrência do evento gravoso.

1. BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE O HISTÓRICO DO INSTITUTO, O CONCEITO, AS LEGISLAÇÕES E OS REGRAMENTOS VIGENTES PARA A RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro teve sua origem na França e decorreu da evolução do significado de imutabilidade dos contratos. Trouxe como resultado a premissa da equivalência entre os encargos e as obrigações contratuais.

No século 19 imperava de forma absoluta o postulado *pacta sunt servanda*, segundo o qual o contrato fazia lei entre as partes, devendo ser cumprido sem ressalvas. Todavia, no curso da sua execução, muitas vezes, o cenário fático-econômico se alterava, gerando situações gravosas para as partes, ainda assim elas não afastavam nem mesmo diminuía o dever contratual de ordinário adimplemento do contrato (FERREIRA; GUÉRIOS, 2011).

A partir da Primeira Guerra Mundial ocorreu uma superação do modelo anterior, o que começou a requisitar a reversibilidade dos contratos por conta da ocorrência de mudanças inesperadas do *status quo* (FERREIRA; GUÉRIOS, 2011).

A falta de previsão de alteração das condições contratadas com o Estado em favor dos particulares que executavam funções estatais, resultava em incertezas para os mesmos, uma vez que fatos imprevisíveis a qualquer momento poderiam anular os cálculos previamente realizados para tornar a concessão uma contratação lucrativa e atraente para a administração. Como consequência, diversos desses contratos resultavam na interrupção da prestação do serviço público ou de uma obra (ALENCAR, 2010).

A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro adota essa posição, para quem a recomposição passou a ser um direito do concessionário:

Passou-se a entender que deveria haver equivalência entre encargos e obrigações e, sempre que houvesse rompimento do equilíbrio estabelecido no início do contrato, o concessionário deveria ter direito à recomposição. (DI PIETRO, 2010, p. 97).

Vinha à tona a denominada *teoria da imprevisão*, abrindo espaço para a revisão (judicial) das obrigações assumidas quando sobreviesse fato superveniente substancialmente lesivo para o equilíbrio contratual causador de lesão, por um lado, e de enriquecimento sem causa, de outro.

A indiferença do Estado e do Direito para com a rigidez advinda dos contratos não se mostrava mais aceitável em decorrência das gritantes necessidades da sociedade. Na seara da autonomia da vontade, mudanças acabaram por ocorrer, que passou a ser interpretada de forma relativa e não mais absoluta, conferindo maior importância à boa-fé, à equidade e ainda à função social do contrato.

A complexidade das relações sociais e comerciais fez com que os princípios até então aplicáveis aos contratos não mais respondessem adequadamente, forçando a incorporação de outros que pudessem satisfazer os desafios e efeitos dos fenômenos atuais. Entre eles, os princípios da boa-fé objetiva, da função social (do contrato) e da equivalência (equilíbrio econômico e financeiro e dos deveres e das obrigações).

Nessa nova concepção do direito dos contratos e na busca do equilíbrio entre as prestações contratadas, eleva-se o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos ao patamar de princípio, com o objetivo de proteger os contratantes contra lesões ou onerosidades excessivas que impossibilitam o cumprimento do que foi avençado. Por conseguinte, sempre que ocorresse o rompimento do equilíbrio estabelecido, a parte afetada teria o direito a recompor sua posição inicial de quando realizou o pacto contratual.

Desde então se desenvolveram, na jurisprudência francesa, várias teorias como: fato do príncipe, teoria do fato da administração e teoria da imprevisão, as quais tinham seu cerne na preservação do equilíbrio econômico-financeiro e a continuidade dos contratos. Como ocorre com os institutos jurídicos que são introduzidos em ordenamentos jurídicos diversos, a concepção original da teoria do equilíbrio econômico-financeiro foi modificada pelo direito brasileiro.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário”. (MELLO, 2010, p. 658).

Segundo Marçal Justen Filho:

A quebra do equilíbrio é um fenômeno essencialmente econômico.

Consiste na alteração do resultado econômico extraível da contratação administrativa e somente pode ser reconhecida por meio de uma comparação entre duas realidades diversas. É necessário cotejar a previsão adotada pelas partes por ocasião da formulação da proposta com as condições de efetiva execução da contratação, verificadas em momento posterior.

A quebra do equilíbrio econômico-financeiro e o reconhecimento do direito a sua recomposição depende da presença de dois pressupostos básicos:

- ocorrência superveniente de eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculáveis; e
- ampliação dos encargos e (ou) a redução das vantagens originalmente previstas (JUSTEN FILHO, 2010, p. 520).

E continua:

A recomposição da equação econômico-financeira pode fazer-se por diferentes vias, cuja escolha depende das circunstâncias concretas. A legislação brasileira não impõe alternativa determinada como solução obrigatória a ser seguida.

A recomposição da equação econômico-financeira realiza-se por meio de providências que ‘compensem’ ou ‘contrabalem’ a redução das vantagens ou (e) ampliação das desvantagens (JUSTEN FILHO, 2010, p. 528).

Essa previsão legislativa é natural, considerando que a economia do Brasil oscila constantemente, não sendo justo que os contratantes arquem com esse custo derivado de situação que lhe é alheia. Assim, essa possibilidade de reequilíbrio nada mais é do que a manutenção da equação financeira do contrato administrativo, prevista tanto na Carta Magna como na Lei de Licitações e Contratos e demais legislações infraconstitucionais sobre o assunto que as seguem.

O direito à manutenção das condições efetivas da proposta, primeiramente aparece na Constituição da República, no inc. XXI do art. 37 da CF-1988, que dispõe:

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. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

É conhecido que os contratos administrativos atentam a equação que estabelece de forma equilibrada a prestação (obrigação) do contratado e a contraprestação pecuniária da Administração Pública. Essa é a denominada equação econômico-financeira, que, por força constitucional, deve ser mantida durante toda a vigência do contrato.

As condições efetivas da proposta devem ser aferidas conforme o que estiver contido nos seguintes itens: na proposta do contratado, no edital da licitação (quando esse existir), no instrumento contratual e ainda na legislação que regula o ajuste. Quando ocorrer um evento que altere tais condições efetivas da proposta, faz surgir o direito ao reequilíbrio contratual naquele caso.

Cumprido salientar que a previsão constitucional remete à legislação ordinária que disciplina especificamente sobre esse tema. Ocorrendo um sucedâneo de leis como se demonstra a seguir:

– A Lei nº 8.666/93, artigos 55 e 65, “d”:

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

II – 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.

[...]

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

[...]

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 (BRASIL, 1993).

Assim, o art. 65, que cuida das alterações contratuais, unilaterais e consensuais, em seu § 6º, também põe à salvaguarda a equação econômico-financeira, nos seguintes termos: “[...] Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial” (BRASIL, 1993).

Da inteligência do ordenamento jurídico e da nossa doutrina depreende-se que a equação econômico-financeira dos contratos administrativos constitui direito subjetivo dos contraentes, e somente se ocorrer a anuência de ambos contraentes para ser modificada.

Cita a Lei nº 8.987/95, artigo 9º e §§:

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

[...]

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

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

§ 4º - Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração (BRASIL, 1995).

Importante notar que, embora a lei traga a previsão de revisão, trata-se de reajuste neste caso. Portanto, os fatos abrangidos pela cláusula de reajuste do contrato, além de previsíveis, são expressamente previstos quando do nascimento da relação contratual.

Cita a Lei nº 11.079/04, art. 5º, III e IV:

Art. 5º. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

- a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;
- as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais (BRASIL, 2004).

Temos como característica inovadora dos contratos de parceria público-privada a disciplina da sua tutela de riscos. Há previsão legal da repartição objetiva dos riscos entre as partes (art. 5º, III), levando em conta a capacidade do contratado. Essa delegação de riscos é essencial para que o contrato alcance o objetivo principal de sua composição, a eficiência econômica na prestação de serviços públicos.

Diz a Lei nº 12.462/11, art. 9º, § 4º:

Art. 9º. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

[...]

§ 4º - Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

- I – para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e
- II – por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 2011).

No caso do inciso I supra, o que a legislação fez foi tratar de reequilibrar a relação contratual que fora inicialmente ajustada entre as partes, uma vez que essa foi modificada por fatos alheios à vontade dos contratantes (álea extraordinária). Já no inciso II, permitiu-se a realização dos aditivos nos casos em que se admite legalmente o ente estatal aumentar ou diminuir os limites estabelecidos no contrato (quantitativa e qualitativamente).

Cumprе ressaltar que são essas as previsões legislativas que possuímos até o presente momento com referência ao tema abordado. E a doutrina e jurisprudência já constataram que as mesmas deixaram lacunas para disciplinar melhor os casos de reequilíbrios econômico-financeiros dos contratos administrativos.

2. COMO AFERIR A OCORRÊNCIA DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS

Segundo a doutrina de Eros Roberto Grau e Paula Forgioni, são esses os pressupostos necessários a autorizar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos:

21. Para que surja, em benefício do contratado, o direito ao reequilíbrio de qualquer contrato administrativo, é necessário que:

I) o contratado seja de longa duração ou, pelo menos, a obrigação seja diferida (*tractum successivum et dependentiam* de futuro, no velho aforismo);

II) após a vinculação do particular, tenha ocorrido um fato que não poderia ter sido previsto inicialmente, por mais diligente que fosse a parte;

III) esse fato não tenha decorrido do comportamento do particular, ou seja, sua superveniência não se tenha verificado por culpa sua;

IV) esse mesmo fato tenha gerado um desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato, de forma que ocorra a diminuição do retorno a ser granjeado pelo particular.

Em suma: o fato superveniente deve ser (i) imprevisível; (ii) não decorrente de culpa do particular contratante e (iii) desestabilizador da equação econômico-financeira da avença que, por sua vez, deve (iv) ser de longa duração ou, pelo menos, prever obrigações a serem cumpridas em momento posterior (GRAU; FORGIONI, 2005 *apud* LOBATO, 2012).

Nesse sentido, o desequilíbrio da equação econômico-financeira estará configurado e, portanto, terá o contratado direito subjetivo ao reequilíbrio, quando se tratar de contrato de trato sucessivo e ocorrer fato imprevisível e posterior à apresentação da proposta vencedora, não imputável ao solicitante.

O rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato pode se configurar em virtude da ocorrência de fato imprevisível e superveniente à apresentação da proposta ou, quando previsível, que tragam consequências incalculáveis. Sendo capaz de ecoar negativamente na equação econômica e financeira do contrato, pode colocar em risco a própria execução do seu objeto, por meio de elevação desproporcional entre as incumbências do particular e a remuneração devida pela Administração.

Importante destacar que o instituto do equilíbrio econômico-financeiro não é aplicável apenas em relação ao aspecto financeiro dos contratos administrativos, ressaltando a questão da remuneração devida ao particular, mas também protege

inúmeras outras cláusulas contratuais, como prazos e periodicidades para pagamentos, e qualquer outra questão que altere a relação entre encargos e retribuições. Diz respeito a qualquer questão que possa favorecer uma parte em prejuízo da outra, causando assim desequilíbrio quando considerado o acordo inicialmente estabelecido.

Romeu Felipe Bacellar Filho valida essa abrangência do equilíbrio econômico-financeiro:

O equilíbrio econômico e financeiro do contrato administrativo representa exatamente isto, a relação entre os encargos e a remuneração a ser paga, alcançando não apenas os valores devidos ao particular, mas também o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos e qualquer outro direito que possa estar relacionado com os encargos. Deve haver absoluta consonância entre as imposições e a remuneração, sendo certo que a relação deve ser mantida em equilíbrio até a finalização do contrato (BACELLAR FILHO, 2009, p. 116).

Cármem Lúcia Antunes Rocha, ministra do Supremo Tribunal Federal, proferiu comentário classificando como dever da Administração preservar a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro:

A alteração das cláusulas referentes aos dados econômico-financeiros dos contratos de concessão ou permissão, quando tanto se faça necessário segundo os termos previstos legalmente, é não apenas uma possibilidade, mas até mesmo um dever da entidade pública. (ROCHA, 1996, p. 106)

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não trata apenas de compensação em relação às alterações produzidas unilateralmente pela Administração. Em acréscimo às hipóteses previstas pela Lei de Licitações e Contratos, de eventos imprevisíveis e eventos previsíveis de consequências incalculáveis, abrangendo eventos das áleas ordinária, administrativa ou econômica, devem ser considerados também motivos de força maior. A legislação traz as situações em que essa equação econômico-financeira dos contratos pode ser rompida.

Enquanto no direito francês a diferença entre os eventos extraordinários pertencentes aos agrupamentos administrativos e econômicos é relevante, pois os efeitos jurídicos divergem, no Brasil existe uma resposta única aos eventos extraordinários, independente de sua classificação como pertencente à álea administrativa ou econômica.

São três os fatores que identificam a obrigatoriedade de revisão do contrato administrativo para a preservação do seu equilíbrio econômico-financeiro:

- a) ocorrência de evento imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis (teoria da imprevisão: era impossível prever antecipadamente a ocorrência do fato ou suas consequências);
- b) superveniência do evento (posterior à apresentação da proposta pelo particular);

- c) ocorrer a desproporcional alteração no encargo assumido pelo particular (causador de impossibilidade econômica de cumprimento do contrato, ou, ao menos, de relevantes dificuldades na sua execução).

Quando ocorrer a superveniência de fatos imprevisíveis, que sejam retardadores ou impeditivos da execução do contrato, a força maior, o caso fortuito e o fato do príncipe, esses devem ser de tal proporção que desnorciem a própria estrutura inicial do contrato. Quer dizer, está se tratando de evento extracontratual e extraordinário que traga abalo ao convencionado inicialmente pelas partes contratantes, conforme se verifica:

- a) alteração unilateral do contrato pela Administração – é a chancela da necessidade de se equacionar a supremacia do Estado nos contratos administrativos, que lhe permite alterar a qualquer tempo e unilateralmente o contrato, com a garantia ao particular contratado à manutenção das condições econômicas inicialmente pactuadas;
- b) o fato do príncipe – consiste em um ato da Administração que é alheio à relação contratual, que incide ou repercute sobre o contrato, tornando-o mais oneroso ao contratado, sem a concorrência desse, criando um direito subjetivo à revisão contratual e conseqüente recomposição do valor como forma de ressarcir os prejuízos causados nessa relação contratual;
- c) teoria da imprevisão – ocorre quando torna a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado, em função de álea econômica, sendo imperiosa a revisão do ajuste nesse caso.

Conforme se verificou, são todos eventos imprevistos ou imprevisíveis que afetam a equação econômico-financeira do contrato e, por conseqüência, dão ensejo à revisão do ajuste, para que o contratado possa buscar o reequilíbrio. De tal modo, são várias teorias que surgem para fundamentar a revisão contratual baseada na alteração das circunstâncias que deram base à celebração do contrato, duas são marcantes: a da imprevisão e a da base negocial.

Ocorreu uma ruptura com a teoria da imprevisão e uma transição para a teoria da base negocial, considerando a assunção da falsidade das premissas informacionais estabelecidas quando da celebração do contrato; esse parece ser o caminho mais adequado para se enfrentar os desafios do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados, como no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Isso significaria uma transição para uma teoria calcada na base fática, na qual o contrato foi celebrado. Perdendo força a ideia do contrato como vontade das partes e que o simples fracasso dessa vontade original poderia promover a recomposição contratual. Na atualidade, deve-se olhar para as circunstâncias reais sobre as quais o contrato foi celebrado, ocorrendo uma ruptura com a base volitiva do contrato (teoria da imprevisão).

Na lição de Cordeiro, citado por Marcos Nóbrega:

Logo, ancorar os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro com base na equivocada teoria da imprevisão aumentará os riscos da seleção adversa,

bem como os incentivos para a malversação da informação privada. Embora o texto legal restrinja a aplicação da teoria da imprevisão, a utilização dessa graceja no âmbito judicial, sendo objeto de vários arrestos que tentam recompor o que simplesmente nunca existiu, ou seja, um equilíbrio fictício quando da celebração do negócio que foi enuviando pela assimetria de informação existente entre as partes.

Na teoria da base negocial, por outro lado, há o substancial distanciamento da imprevisibilidade como vetor da intervenção no contrato, caracterizando uma gradual objetivação. Essa teoria foi aprofundada por Larenz, que a separava em uma base subjetiva e outra objetiva. Quanto à subjetividade, é necessário que ambos os contratantes partam da mesma base fática, calcando-se no conceito de erro. A base objetiva, por seu turno, é o conjunto de aspectos fáticos sobre os quais se funda o consenso. Nesse sentido, Cordeiro observa que Lorentz vê na base objetiva dois elementos:

a) a alteração das circunstâncias significa ausência de concretização da finalidade contratual ou b) quebra da equivalência das prestações, refletindo a insubsistência do sinalagma próprio dos contratos bilaterais. Para Gil, a teoria da base negocial assemelha-se a *unforeseen contingencies* do direito americano, mas foi no direito alemão que ela mais prosperou. Nesse sentido, o § 313 de BCB estabelece duas hipóteses de aplicação: a) modificação prejudicial das circunstâncias, que constituem a base do negócio depois de sua conclusão; e b) *revelação de falsidade de premissas consideradas essenciais e que constituem a base do negócio, já desde a celebração do contrato* (CORDEIRO, 2005 *apud* NÓBREGA, 2015, p. 1252; GIL, 2007 *apud* NÓBREGA, 2015, p. 1252, grifo do autor).

Paulo Lôbo, citado por Marcos Nóbrega, também afirma:

Lôbo diz acertadamente que na teoria da imprevisão, tal como a aplicada no Brasil, o evento causador do desequilíbrio não poderia ser previsto quando da celebração da avença. O foco na imprevisibilidade afasta situações consideradas comuns para contratos de duração continuada. Imprevisibilidade sempre haverá, por conta da incompletude implícita do contrato e a impossibilidade de antever todas as suas contingências. *A teoria da imprevisão, portanto, traz em seu ínsito a ideia de completude contratual – tão à moda dos arranjos contratuais tradicionais – mas descola-se da realidade ao confundir um natural estado de arte do contrato (incompletude) com uma situação excepcional* (LÔBO, 2012, p. 206 *apud* NÓBREGA, 2015, p. 1254, grifo do autor).

O legislador infraconstitucional estabeleceu que o particular-contratante deve ser responsabilizado e arcar com determinados riscos, e também quais os riscos que devem ser absorvidos pelo particular (empreendedor comum) e quais os riscos que devem ser suportados pelo Estado, o que resulta na proteção do particular-contratante por meio do equilíbrio econômico-financeiro. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, deve haver uma conciliação entre as duas possibilidades:

Na realidade, tem-se que conciliar duas ideias: de um lado, a de que, para o concessionário, a concessão constitui um empreendimento que visa ao lucro, mas que envolve determinados riscos; de outro, a de que, para a Administração, o objeto do contrato é um serviço público, e, portanto, uma atividade que atende à necessidade da coletividade e, por isso mesmo, não pode parar (DI PIETRO, 2010, p. 97).

Os chamados eventos ordinários, como depreendido de sua nomenclatura, são eventos e riscos considerados previsíveis, comuns, inerentes ao empreendimento, e devem ser suportados pelo particular contratante. De acordo com Carlos Ari Sunfeld, as situações denominadas como pertencentes à álea ordinária são “as variações de preços que se tornaram comuns e previsíveis na economia moderna e que afetam quotidianamente o contrato administrativo”. (SUNDFELD, 1995, p. 237).

A aplicação do princípio da equação econômico-financeiro ajuda a conjugação dos interesses públicos e particulares em uma relação jurídica contratual. Nesse caso, trata esses interesses não como antagônicos e de impossível articulação, mas como complementares e facilitadores da prestação de serviço público e da efetividade de direitos constitucionais.

Quando se aplicam as teorias já existentes, verifica-se que falta conhecimento econômico e financeiro dentro da teoria de equilíbrio econômico-financeiro que aplicamos no direito brasileiro. Em decorrência disso, nota-se que novos elementos têm que ser trazidos pela doutrina e pela criação de novas leis, para suprirem essas lacunas e tornarem essa teoria do equilíbrio econômico-financeiro efetiva na busca do reequilíbrio mais completo possível para as partes contratantes.

3. MECANISMOS ATUAIS QUE VISAM AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E SUAS FUNÇÕES

O equilíbrio econômico-financeiro pode ser reequilibrado durante a execução do contrato por meio de instrumentos, mecanismos, previstos na legislação vigente, entre os quais se destacam o reajuste e a revisão. Alguns autores falam ainda da repactuação.

O reajuste é considerado cláusula necessária dos contratos administrativos cujo objetivo é preservar o valor do contrato em razão da inflação (arts. 55, III, e 40, XI, da Lei nº 8.666/93) (BRASIL, 1993). Por isso, o reajuste de preços é destinado exclusivamente ao restabelecimento da equação econômico-financeira rompida pelas variações inflacionárias. Portanto, pode ser incluído antecipadamente no contrato em forma de índices que mensuram a inflação, como o INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) ou índices específicos, como o que mede os custos de produção na construção civil, no caso de contratos de obras e serviços de engenharia.

A revisão é feita com base nos fatos supervenientes e imprevisíveis, por exemplo, caso fortuito e força maior, ou nos fatos previsíveis, mas de consequências

incalculáveis, como a alteração unilateral do contrato que desequilibra a equação econômica contratual (arts. 58, § 2º, 65, II, “d” e §§ 5º e § 6º, da Lei nº 8.666/93). O objetivo da revisão é restaurar o equilíbrio econômico-financeiro contratual (BRASIL, 1993) e sua aplicação independe de previsão editalícia ou contratual ou, ainda, de periodicidade mínima para ser implementada.

Existe ainda o mecanismo da repactuação, referida por alguns autores, mas que entendem que estaria baseada em variação de custos componentes de planilhas de composição de preços. Portanto, não aplicável a qualquer tipo de reequilíbrio, sendo sua incidência somente possível para serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra, como limpeza e vigilância, por exemplo.

Quando se refere à discussão de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro de projetos de concessão ou PPP's, surge a proposta de estabelecer taxas diferentes para diluir no tempo, como exemplo:

- a) opera-se a recomposição por aumento de prazos nos contratos;
- b) efetiva-se por meio de pagamento de parcelas de um valor já reconhecido ser devido ao concessionário.

Conforme já constatado pela doutrina, em várias situações as regras sobre o reequilíbrio dos contratos e a forma como elas são aplicadas resultam em reequilíbrio do contrato apenas economicamente (mas não financeiramente), ou apenas financeiramente (mas não economicamente). Isso significa que as regras e práticas criadas para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro são insuficientes para dar completa eficácia à distribuição de riscos contratuais.

Em outras palavras, a atribuição pelos contratos de concessão e PPP's de riscos a uma das partes não necessariamente exime as outras partes de todas as consequências gravosas de tais eventos. É preciso resolver isso se realmente se quiser manter a credibilidade da distribuição de riscos contratuais e os incentivos das partes para maximização da eficiência na execução dos contratos, que decorrem de uma alocação adequada de riscos, suportada por um sistema de compensações que coloque as partes afetadas por eventos que são riscos de outras partes em condições semelhantes às que tinham antes da ocorrência de tais eventos.

Esse sistema de equilíbrio econômico financeiro possui três funções, segundo Maurício Portugal Ribeiro:

O sistema de equilíbrio econômico-financeiro tem basicamente três funções:

- a) desestimular a realização de alterações oportunistas pelo governante, exigindo que qualquer alteração seja devidamente compensada;
- b) proteger, estabilizar e dar cumprimento ao cerne do contrato, permitindo que seja dado cumprimento adequado à matriz de riscos ao longo do tempo;
- c) possibilitar a realização de alterações no objeto (quantitativa, v. g., aumento da área em que o serviço é prestado, e qualitativas, ex.: mudança nos níveis de serviço etc.) e em outros aspectos do contrato para adequá-lo às necessidades e mudanças consequentes da passagem do tempo.

[...]

É isso que justifica a função (a) acima exposta e que pode ser resumida na seguinte dicção: uma das funções do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é mitigar o risco de mudanças no contrato realizadas por oportunismo político.

Já a função (b) mencionada acima é um instrumento para garantir o adequado cumprimento da matriz de riscos do contrato, pois permite que se realizem as compensações de parte a parte, quando ocorrerem eventos cujo risco é atribuído a uma das partes, mas cujas consequências gravosas recaem sobre a outra parte.

A função (c) tem por objetivo permitir alterações no contrato para adequá-lo às necessidades que decorram da passagem do tempo, mudança tecnológica, ou outras circunstâncias que requeiram alterações quantitativas (por exemplo, da abrangência da área de prestação dos serviços prevista no contrato), ou qualitativas (mudanças, por exemplo, nos indicadores de serviço e no seu correlato sistema de pagamento) (RIBEIRO, 2011, p. 105-106).

Importante ainda ressaltar o que Maurício Portugal Ribeiro diz:

Atualmente, a incompletude dos sistemas de equilíbrio econômico-financeiro sequer é notada pela teoria do equilíbrio econômico-financeiro de contratos. Isso porque a teoria do equilíbrio econômico-financeiro de contratos tem sido até aqui parte da teoria jurídica. Raramente economistas ou financistas devotam atenção a esse tema. Os nossos juristas, em regra, não têm formação econômica ou financeira e, por isso, focam-se nos aspectos formais do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sem analisar os aspectos econômicos e financeiros do tema (RIBEIRO, 2015).

Cumprido ainda ressaltar que, com relação aos mecanismos atuais utilizados que visam à apuração do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, com a prova dos eventos indicados como álea extraordinária, cabe a prova de que tais eventos levaram ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Sem a comprovação do conjunto desses elementos, muitas vezes a jurisprudência nega o pedido ao reequilíbrio, como se verificará adiante.

4. POSSÍVEIS CAMINHOS PARA QUE SE EVITE A REALIZAÇÃO DE REEQUILÍBRIOS INCOMPLETOS

Pode-se considerar atualmente que os aspectos centrais dos contratos administrativos sejam a matriz de riscos e o sistema de equilíbrio-econômico financeiro. Uma vez que são eles que trazem a estipulação do conjunto de incentivos para a ação de cada parte na relação contratual.

Segundo Fernando Vernalha Guimarães:

Os contratos administrativos do século 21, principalmente os contratos concessionários, são contratos que prezam acima de tudo pela *eficiência*, o que exige um adequado ambiente institucional para a sua execução, com estabilidade regulatória e máxima segurança jurídica, uma regulação contratual apoiada num princípio de simetria entre os contraentes, seu controle e fiscalização conduzida ou orientada por agentes externos e independentes à Administração e uma adequada e detalhada alocação de riscos entre as partes. Nesse contexto, as prerrogativas e interferências administrativas são cada vez menos toleradas e a tutela da equação econômico-financeira se resume à tutela ao cumprimento da matriz de riscos do contrato, reduzindo-se sobremaneira o espaço para a tutela dos riscos extracontratuais.

Em razão disso, o exame da problemática da equação econômico-financeira na atualidade está estreitamente relacionado ao exame da matriz de riscos do contrato.

A temática do equilíbrio contratual adquiriu novos contornos, quando a preocupação com a tutela dos riscos extracontratuais passa a ser substituída pela preocupação com alocação dos riscos contratuais. Com isso, reduziu-se o espaço para a tutela jurídica do arbitramento *ex post* de riscos (conduzida pelo juiz, no âmbito de disputas judiciais sobre a responsabilidade acerca de riscos materializados) e ampliou-se a sua ‘tutela’ econômica, exercitada no momento da confecção dos contratos, o que promove uma substituição da lógica do arbitramento jurídico *corretivo* da responsabilidade sobre os riscos contratuais por uma alocação *preventiva de riscos*.

[...]

Diversos contratos do ciclo mais recente de concessões e PPP's, particularmente na área de transportes, preveem a utilização do fluxo de caixa marginal para fins de reequilíbrio contratual em hipótese da introdução de novas obras e serviços, fazendo remissão à regulamentação que disciplina a hipótese. O problema é que esses critérios, especialmente a taxa de desconto, podem sofrer revisões periódicas, mediante a atualização da regulamentação, o que instala uma indesejada insegurança jurídica e acaba por encarecer os custos transacionais à contratação (GUIMARÃES, 2016, p. 38 e 55, grifo do autor).

A temática do equilíbrio contratual adquiriu novos contornos quando a preocupação com a tutela dos riscos extracontratuais passou a ser substituída pela preocupação com alocação dos riscos contratuais. Com isso se reduziu o espaço para a tutela jurídica do arbitramento *ex post* de riscos (conduzida pelo juiz, no âmbito de disputas judiciais sobre a responsabilidade acerca de riscos materializados) e ampliou-se sua “tutela” econômica, exercitada no momento da confecção dos contratos. Isso promove uma substituição da lógica do arbitramento jurídico *corretivo* da responsabilidade sobre os riscos contratuais por uma alocação *preventiva de riscos*.

Portanto a equação econômico-financeira usada pela doutrina tradicional, representada pela igualdade de receitas-benefícios e custos-ônus, não faz sentido quando se percebe que os contratos são instrumentos de distribuição de riscos entre os contratantes. Deve-se esclarecer o seguinte:

Não se pode confundir realocação de risco com reequilíbrio econômico-financeiro. Esta última deve ser vista como caráter excepcional e extravagante aos riscos alocados no contrato. Ribeiro diz de forma enfática que 'a representação da equação econômico financeira, usada na doutrina jurídica tradicional, enquanto uma igualdade de receita/benefícios e custos/ônus simplesmente não faz sentido quando se percebe que os contratos são instrumentos de distribuição de risco' (RIBEIRO, 2011, *apud* NÓBREGA, 2015, p. 1260).

Nóbrega dá lição importante sobre a distribuição dos riscos:

Do ponto de vista econômico, incompletude e incerteza funcionam juntas: a incerteza do futuro engendra a incompletude dos contratos, incapazes de prever de forma exaustiva a lista de estados de natureza do porvir. Não há clara tradução jurídica para isso, mas Kitat faz algumas propostas. Em primeiro momento, observa que um contrato incompleto economicamente pode não sê-lo juridicamente. Aí temos que diferenciar duas classes de eventos: os conhecidos, mas de efeitos incertos, e os não conhecidos. Isso pode ser traduzido para risco e incerteza.

O problema é que como essa partilha dos riscos muitas vezes não é clara, a assunção do risco durante a execução contratual incentiva o contratado a repassares esse risco para outrem. Veja-se, por exemplo, a Lei de Concessões de Serviço Público (Lei nº 8.987/95). Ela aduz no inciso II do art. 2º: II – 'concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, *por sua conta e risco* e por prazo determinado' [...].

Essa regra é emblemática porque mostra o inadequado entendimento dos riscos e sua partilha no contrato administrativo. Embora a lei diga que todo o risco caberá ao concessionário, esse terá incentivo para repassar esse risco para uma terceira pessoa que, na grande maioria das partes, é o usuário do serviço (NÓBREGA, 2015, p. 1257, grifo do autor).

Portanto a matriz de riscos atribui às partes contratantes responsabilidades pela ocorrência de eventos que, às vezes, são controláveis, outras vezes não são controláveis pelas partes. Por isso ela é considerada um dos temas centrais do reequilíbrio dos contratos.

A equação econômico-financeira do contrato deveria ser representada colocando de um dos lados o objeto contratual e o conjunto de riscos atribuídos ao parceiro privado (no caso das concessões comuns e PPPs), e, do outro lado, o preço que é devido ao parceiro para prestar esse serviço e assumir os riscos dele decorrente. Pode

ser dito que a relação que deve ser protegida por essa equação econômico-financeira do contrato é a existente entre o serviço a ser prestado, sua matriz de riscos e a remuneração prevista na contratação.

Decorre disso que, quando houver uma revisão contratual, independente da sistemática utilizada para adequar-se à metodologia da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve ater-se a dar cumprimento no período contratado à matriz de risco desse contrato. Outro fator decorrente é a possibilidade da utilização de taxa de retorno, nos casos de modificação superveniente do contrato para inclusão de novos investimentos (altera o objeto do contrato abrangendo situação não prevista na matriz de risco).

Segundo Ribeiro (2015), para ocorrer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o percurso seria:

- a) verificação da ocorrência do evento;
- b) análise do contrato, lei e outras normas para estabelecer de quem é o risco;
- c) dimensionamento do impacto do evento;
- d) estipulação do valor da compensação;
- e) parâmetros para mensuração dos custos causados pelo evento;
- f) valor de dinheiro no tempo;
- g) definição de forma de compensação (variação de tarifa, variação do pagamento público, variação de prazo do contrato etc.).

O aumento de prazo reequilibra economicamente o contrato, mas financeiramente o problema de caixa não foi resolvido. Isso é um reequilíbrio incompleto! A recomposição da equação econômico-financeira dos contratos administrativos pode e deve, sempre que possível, ser efetuada por meio de um processo interno (*ex officio* ou a pedido).

Cabe ao Poder Judiciário conhecer e decidir os contratos administrativos e os de direito privado por conta da superveniência de fatos alteradores do equilíbrio contratual. Isso não significa, entretanto, que a vontade/pretensão de uma ou de outra parte, pública ou privada, prevalecerá. O importante é existir espaço legítimo para decisões judiciais intermediárias pautadas pela justiça contratual.

5. O TCU E O STJ VÊM IDENTIFICANDO AS SEGUINTE CAUSAS QUE RESULTAM NA REVISÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO OU NA SUA NEGATIVA

Sobre a aplicação da Teoria da Imprevisão e a possibilidade do equilíbrio contratual o TCU decidiu:

CONSULTA FORMULADA PELO MINISTRO DO TURISMO. QUESTIONAMENTO SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E DA POSSIBILIDADE DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL EM RAZÃO DE VARIAÇÕES CAMBIAIS OCORRIDAS DEVIDO A OSCILAÇÕES NATURAIS DOS FATORES DE MERCADO. ESCLARECIMENTOS.

TOS AO CONSULENTE. ARQUIVAMENTO (TCU – CONSULTA (CONS): 03427220160. Relator: Vital do Rêgo.

Outra decisão do TCU enfrentando o desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos com a administração:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONTRATO DE EXECUÇÃO DE OBRAS DE AMPLIAÇÃO, MELHORAMENTOS E RESTAURAÇÃO DE TRECHO DA BR-060\GO. ALTERAÇÃO DE FORMA DE OBTENÇÃO DE INSUMOS PARA EXECUÇÃO DAS OBRAS EM RELAÇÃO À PREVISTA NO PROJETO BÁSICO. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM DESFAVOR DA ADMINISTRAÇÃO. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE DOS GESTORES PÚBLICOS E DA EMPRESA RESPONSÁVEL PELA SUPERVISÃO DA OBRA. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DA EMPRESA CONTRATADA. DÉBITO. POSSIBILIDADE DE ELISÃO DO DÉBITO VIA COMPENSAÇÃO COM CRÉDITOS EM FAVOR DA CONTRATADA. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA. RELATÓRIO. (TCU - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE): 00267320126. Relator: JOSÉ MÚCIO MONTEIRO. Data de Julgamento: 7/3/2018, Plenário)

No mesmo sentido:

SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL LEVANTAMENTO SOBRE A SITUAÇÃO DOS CONTRATOS FIRMADOS NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE CONCESSÕES DE RODOVIAS DO PARANÁ. INDÍCIOS DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. DETERMINAÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. PEDIDOS DE REEXAME. IMPUGNAÇÃO DO SUBITEM 9.1 DO ACÓRDÃO 346\2012 – TCU - PLENÁRIO. COMANDO IMPOSITIVO. ARGUIÇÕES DE NULIDADE POR OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INCOMPATIBILIDADE COM AS RAZÕES DE DECIDIR. PROVIMENTO (TRÊS RECURSOS). REFORMA. NOVA DETERMINAÇÃO. EFEITO SUBSTITUTIVO. RETIRADA DO CARÁTER COGENTE ATRIBUÍDO À LEITURA DO DISPOSITIVO IMPUGNADO. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS VISANDO AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS. INICIATIVA DO ESTADO DO PARANÁ. MONITORAMENTO DAS TOMADAS DE DECISÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEGATIVA DE PROVIMENTO (DOIS RECURSOS). (TCU – SCN: 01420520114. Relator: Augusto Nardes. Data de julgamento: 23/11/2016).

Decisão do TCU sobre diferença de reajuste e repactuação:

[...] o reajuste de preços é a reposição da perda do poder aquisitivo da moeda por meio do emprego de índices de preços prefixados no contrato administrativo. Por sua vez a repactuação, referente a contratos de serviços contínuos, ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a planilha de custos e formação

de preços (TCU – REPRESENTAÇÃO (REPR): 033.286/2014-0. Relator: Benjamin Zymler. Data de julgamento: 24/6/2015. Plenário, grifo do autor).

Acórdão do STJ pela negativa de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRETENSÃO DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONTRATO DE EXECUÇÃO DE OBRA DE PAVIMENTAÇÃO DE ESTRADAS. ANÁLISE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. DOCUMENTOS NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME NA HIPÓTESE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA DESPROVIDO. 1. Insuscetível de revisão o entendimento da Corte de origem, por demandar interpretação de cláusulas contratuais e reexame do conjunto fático-probatório, atraindo a aplicação das Súmulas 5 e 7 do STJ. 2. O exame do laudo contábil pelas instâncias ordinárias, apontado pelo recorrente como prova da suposta necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, não revelou o aludido abalo, premissa fática que não pode ser afastada em sede de Recurso Especial. 3. Agravo Interno da empresa desprovido. (STJ - AgInt no AREsp: 295991 PR 2013/0035334-6, relator: ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 18/4/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/4/2017)

Os julgados citados acima demonstram que a jurisprudência está decidindo nos termos explicitados nos capítulos desse artigo, como se verifica.

O primeiro julgado (TCU), observa que a variação da taxa cambial, por si só, não é suficiente para fundamentar o pedido de reequilíbrio econômico, sendo necessário culminar consequências que fujam à normalidade e sejam imprevisíveis ao gestor médio, o que não foi demonstrado pela recorrente; o segundo e terceiro julgados (TCU) trataram dos requisitos para implementação ou não do pedido de reequilíbrio; o quarto julgado (TCU) referiu-se aos conceitos e diferença entre os mecanismos de reajuste e repactuação e como deve ser demonstrado a implementação dos mesmos; o quinto julgado (STJ) demonstrou que, com a prova do evento indicado como álea extraordinária, é preciso haver a demonstração de que tais eventos levaram ao desequilíbrio econômico-financeiro. Sem a comprovação do conjunto desses elementos, a jurisprudência nega o reconhecimento do reequilíbrio contratual, atraindo, dessa feita, a aplicação das súmulas 5 e 7 do STJ por demandar interpretação de cláusulas contratuais e reexame do conjunto fático-probatório.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou realizar uma breve exposição sobre o histórico do instituto, o conceito, as legislações, os regramentos vigentes e a demonstração de como aferir a ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos. Além

disso, abordou os mecanismos atuais que visam ao reequilíbrio econômico-financeiro e suas funções, procedendo a uma análise dos possíveis caminhos para que se evite a realização de reequilíbrios incompletos, mencionando-se, ao final, a jurisprudência atual do TCU e do STJ sobre o tema.

Dessa forma, pode-se concluir que:

O princípio do equilíbrio contratual atua como um dever de renegociação imposto aos contratantes, quaisquer que sejam, objetivando o restabelecimento da equação econômica do contrato, balizado pelo princípio da boa-fé e pelos deveres de lealdade e cooperação, a fim de atingir o fim econômico e social do contrato.

Cumpre salientar que a ausência de previsão contratual ou editalícia não prejudica a aplicação do restabelecimento do equilíbrio, pois sua origem não é contratual, e, sim, constitucional. Reequilibrar um contrato seria fazer a compensação entre as partes por ocorrência de riscos que impactam uma nova realidade.

Nosso ordenamento jurídico foi omissivo sobre qual é o efeito, qual a consequência que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro visa atingir. Não há sequer indicação do que deve ser recomposto. Houve, nos últimos anos, a edição de novas legislações que perderam a oportunidade de avançar e estabelecer critérios rumo a um procedimento mais eficaz para a realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Segundo autores que se aprofundaram sobre o assunto, como Maurício Portugal Ribeiro, ainda ficou sem solução um dos principais problemas das normas legais, que consiste no silêncio sobre o que, do ponto de vista financeiro, significa recompor o equilíbrio econômico-financeiro.

O que ficou evidente pela doutrina analisada é que a relação que deve ser protegida por essa equação econômico-financeira do contrato é a existente entre o serviço a ser prestado, sua matriz de riscos e a remuneração prevista na contratação, englobando conceitos jurídicos, econômicos e financeiros a serem aplicados, visando a obter o mais completo reequilíbrio dessa equação.

Como nos tempos atuais a administração não está conseguindo cumprir pontualmente com os encargos econômico-financeiros dos contratos celebrados, existe o direito do contratado de obter o reequilíbrio desses fatores ocorridos por conta dos atrasos, o que demonstra a necessidade de mais seriedade e confiabilidade na condução e execução dos contratos administrativos.

O presente artigo, por abordar um tema bastante atual, certamente ainda terá boa parte de seus questionamentos enfrentados pela doutrina e jurisprudência. Somando-se a isso as lacunas existentes na legislação vigente, fica o estímulo para que os interessados tenham um instrumento para dar continuidade a este trabalho.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Henrique Domenici de. **Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos em face da variação cambial**. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 4 dez. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em 4 dez. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 4 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 295.991 / PR. Agravante: Vermelho Construtora de Obras Ltda. Agravado: Companhia Paranaense de Energia. Relator: min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 18 de abril de 2017a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=70456386&num_registro=201300353346&data=20170426&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 12 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.546/2017 – Plenário. Responsáveis: CMC Brasil Engenharia e Construções S.A.; José Olímpio Maia Neto - servidor público do DNIT; João Lucas Evangelista de Oliveira – servidor público do DNIT; Strata Engenharia Ltda. Relator: Min. José Múcio Monteiro. [Brasília, DF], 19 de julho de 2017b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1546%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 12 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.431/2017 – Plenário. Interessados/Responsáveis: não há. Relator: Min. Vital do Rêgo. [Brasília, DF], 21 de junho de 2017c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1431%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 12 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.983/2016 – Plenário. Interessado: Senado Federal. Recorrentes: Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A - Econorte; Rodovias Integradas do Paraná - Viapar; Caminhos do Paraná S.A.; Concessionária Ecovia Caminho do Mar S.A.; Rodovia das Cataratas S.A. - Ecocataratas. Relator: min. João Augusto Ribeiro Nardes. [Brasília, DF], 23 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2983%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 12 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.488/2016 – Plenário. Interessado: Splice Indústria, Comércio e Serviços Ltda. Relator: Min. Vital do Rêgo. [Brasília, DF], 08 de junho de 2016b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1488%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 12 out. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23ª ed. São Paulo. Atlas, 2010.

FERREIRA, Daniel; GUÉRIOS, Patrícia Borges. **“Função social” e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, privados e administrativos**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, ano 14, nº 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9548&revista_caderno=4>. Acesso em 2 out. 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-60.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBATO, Marcelo Costa e Silva. Aspectos legais para a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40738&seo=1>>. Acesso em 20 out. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NÓBREGA, Marcos. A contratação integrada no regime diferenciado de contratação: inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico financeiro do contrato. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, ano 1, nº 2, 2015, p. 1215-1265. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1215_1265.pdf>. Acesso em 6 dez. 2016.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs**. Mountain View: Google, 18 nov. 2015. (2h19min20s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=HYB9pi8eTvg>>. Acesso em 5 jan. 2017. Canal: OAB RJ.

ROCHA, Cármem Lucia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.