



Universidade de Brasília

**DÉBORA DE OLIVEIRA BICALHO SANTOS**

**10/0027890**

**A VARIAÇÃO CAMBIAL NO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**Análise de julgados do STJ e do TCU**

**Brasília/DF**

**2015**

**DÉBORA DE OLIVEIRA BICALHO SANTOS**

**A VARIAÇÃO CAMBIAL NO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**Análise de julgados do STJ e do TCU**

Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em Direito pela  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília –  
UnB.

Orientador: Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho.

Brasília, 20 de novembro de 2015.

**DÉBORA DE OLIVEIRA BICALHO SANTOS**

**A VARIAÇÃO CAMBIAL NO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**Análise de julgados do STJ e do TCU**

Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em Direito pela  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília –  
UnB.

Orientador: Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho  
(Orientador – Presidente)

---

Prof<sup>ª</sup>. Mestre Lilian Barros de Oliveira Almeida  
(Membro)

---

Prof. Mestre Bruno Rangel Avelino  
(Membro)

---

Prof. Doutorando Thiago Luís Sombra  
(Suplente)

A Deus e Nossa Senhora, por sempre guiarem meus passos,  
Aos meus pais, pelo apoio incondicional, e por vezes irreal, diariamente depositado em mim,  
Ao meu irmão, por transformar a vida em algo tão leve e divertido.

*“Ó mar salgado, quanto do teu sal  
São lágrimas de Portugal!  
Por te cruzarmos, quantas mães choraram,  
Quantos filhos em vão rezaram!  
Quantas noivas ficaram por casar  
Para que fosses nosso, ó mar!*

*Valeu a pena? Tudo vale a pena  
Se a alma não é pequena.  
Quem quer passar além do Bojador  
Tem que passar além da dor.  
Deus ao mar o perigo e o abismo deu,  
Mas nele é que espelhou o céu.”*

*Fernando Pessoa.*

## RESUMO

A questão cambial, apesar de fugir à seara jurídica e alinhar-se a fatores de política econômica nacional e mercado internacional, afeta significativamente o equilíbrio dos contratos administrativos. Este trabalho pretende analisar o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira, considerando suas hipóteses de aplicação segundo o ordenamento jurídico pátrio, bem como os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Contas da União acerca do tema. Para compreender a natureza do instituto, devem ser analisadas as hipóteses que podem levar à sua ruptura e o que as diferencia dos riscos naturais existentes em qualquer relação comercial. Será analisada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em face da variação cambial, tendo como exemplo a desvalorização do real em 1999 e a sua semelhança com a alta do dólar verificada em 2015.

Palavras-chave: contratos-administrativos, variação cambial, equilíbrio econômico-financeiro, teoria da imprevisão.

## SUMÁRIO

Introdução.....	8
1. Contratos administrativos .....	10
1.1. Conceito de contrato administrativo.....	12
1.2. Peculiaridades do contrato administrativo e a supremacia da administração .....	14
1.3. Equilíbrio Econômico-Financeiro .....	16
1.3.1 Histórico .....	16
1.3.2 Conceito .....	18
1.3.3 Natureza Constitucional do princípio .....	20
2. Ruptura do equilíbrio econômico-financeiro.....	25
2.1 Eventos Causadores .....	25
2.2. Áreas administrativas .....	27
2.2.1 Alteração unilateral do contrato. ....	27
2.2.2. Fato do príncipe .....	28
2.2.3. Fato da administração .....	30
2.3. Áreas econômicas .....	31
2.3.1. Caso fortuito e força maior .....	31
2.3.2. Teoria da imprevisão .....	31
2.4. Recomposição da equação econômico-financeira .....	36
2.4.1. Reajuste.....	36
2.4.2. Revisão .....	37
2.4.3. Atualização financeira .....	38
3. Análise crítica de julgados do STJ e TCU .....	40
3.1. A questão do câmbio.....	40
3.2. Panorama 1999 – panorama atual. ....	41
3.3. Variação cambial como fator de desequilíbrio na equação econômico-financeira .....	42
Conclusão.....	53
Bibliografia Consultada .....	55

## Introdução

A alta do dólar verificada em 2015 em muito se assemelha à crise vivenciada em 1999, quando o mercado cambial brasileiro passou a operar sob regime de livre flutuação da taxa de câmbio. A questão cambial, no entanto, foge à seara jurídica e alinha-se a fatores de política econômica nacional e mercado internacional. Não há, assim, como prever efetivamente a real extensão dos efeitos da atual crise econômica mundial e sequer quanto tempo levará para que cesse seus efeitos danosos.

No âmbito dos contratos administrativos, a variação da moeda americana afeta significativamente o fornecimento de produtos de origem estrangeira, desequilibrando a relação econômico-financeira inicialmente pactuada. Este trabalho discute se a crise vivenciada no ano em curso pode ou não ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública pelos particulares.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, inciso XXI, consagra o equilíbrio econômico-financeiro como elemento essencial do contrato administrativo, como mecanismo apto a manter as condições efetivas da proposta. Por sua vez, a Lei 8.666/93 dá efetividade à garantia constitucional. Em seu artigo 65, inciso II, alínea “d” há previsão de tutela ao equilíbrio econômico-financeiro para a hipótese de *“fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis.”* Ou seja, o referido dispositivo prevê a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos firmados pelo ente estatal quando preenchidas os requisitos expressamente estipulados.

Em que pese haver previsão constitucional e legal assegurando a manutenção da equação, defendida também por diversos doutrinadores e acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União, existe ainda discussão a respeito das hipóteses de cabimento, da previsão editalícia, entre outros aspectos inerentes ao assunto.

No presente trabalho, será analisada a atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União frente aos pedidos de reequilíbrio da equação econômico-financeira na hipótese da teoria da imprevisão em decorrência da abrupta elevação do dólar frente ao real. Para tanto, serão analisados julgados do ano de 1999 que reconheceram (ou não) a variação cambial como evento imprevisível, apto à aplicação da teoria da imprevisão.

No primeiro capítulo abordar-se-ão noções introdutórias referentes ao contrato administrativo, bem como suas peculiaridades, considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro e a natureza constitucional do princípio do equilíbrio econômico-financeiro.

Já no segundo capítulo, o enfoque será na ruptura do equilíbrio econômico-financeiro e os institutos existentes no ordenamento pátrio aptos a promover a recomposição da equação econômico-financeira, com destaque para o reajuste, revisão e atualização financeira.

Por fim, no terceiro capítulo será feita a análise jurisprudencial para discutir se, diante dessas concepções, a possibilidade de uma grave crise econômica com aumento substancial da moeda americana seria apta a ensejar o reequilíbrio de contratos administrativos em curso. Isto é, se a alteração drástica no cenário fático econômico enquadrar-se-ia na hipótese de álea econômica extraordinária, suscetível de justificar o equilíbrio na equação dos contratos administrativos.

## 1. Contratos administrativos

O ser humano sempre buscou estabelecer laços, compartilhar experiências, unir esforços e nunca viver só. Sundfeld destaca, ainda, que *“a vida humana é, essencialmente, uma experiência compartilhada. A vida impõe, portanto, a formação de grupos sociais”*<sup>1</sup>. Nesse sentido, se faz essencial a criação de regras para organização da sociedade. Daí nasce o Estado, que detém o monopólio do uso da força bem como produz as regras disciplinadoras de convivência. Tais regras são denominadas normas jurídicas e servem *“para reger a relação da pessoa Estado com as demais pessoas”*<sup>2</sup>.

O conjunto de todas as normas jurídicas forma o Direito, que pode ser dividido em dois grandes grupos: direito público, formado pelo conjunto de normas reguladoras das relações entre Estado e indivíduo; direito privado, reguladores das relações dos indivíduos entre si<sup>3</sup>:

Agregando-se essas referências, podemos dizer que o Direito Público é o ramo do Direito composto de normas jurídicas tratando: das relações do Estado com os indivíduos; da organização do próprio Estado, através da divisão de competências entre os vários agentes e órgãos; das relações entre Estados.<sup>4</sup>

Carvalho Filho atribui à instituição do Estado de Direito o ponto de origem do nascimento do Direito Administrativo, como sistema jurídico de normas e princípios<sup>5</sup>. Com efeito, elucida que:

O fenômeno nasce com os movimentos constitucionalistas, cujo início se deu no final do século XVIII. Através do novo sistema, o Estado passava a ter órgãos específicos para o exercício da administração pública e, por via de consequência, foi necessário o desenvolvimento do quadro normativo disciplinador das relações internas da Administração e das relações entre esta e os administrados. Por isso, pode considerar-se que foi a partir do século XIX que o mundo jurídico abriu os olhos para esse novo ramo jurídico, o Direito Administrativo<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> SUNDFELD, Fundamentos de Direito Público 2010, p. 19.

<sup>2</sup> Idem, 2010, p. 23.

<sup>3</sup> Idem, 2010, p. 24.

<sup>4</sup> Idem, p. 25.

<sup>5</sup> CARVALHO FILHO, Manual de Direito Administrativo, 2012 p. 7.

<sup>6</sup> Idem p. 7.

O Direito Administrativo, como ramo autônomo, surgiu no final do século XVIII e início do século XIX. Anteriormente, o que havia eram normas esparsas, apenas órgãos encarregados do exercício de funções administrativas<sup>7</sup>. Di Pietro assevera que:

Mas a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado<sup>8</sup>.

Sundfeld ressalta, ainda, o Direito Administrativo como sendo o “*direito comum da administração pública e norma reguladora das relações entre administração e administrados*”<sup>9</sup>. Sobre o tema, Furtado leciona que “*historicamente, os atos administrativos constituem o principal instrumento de atuação da administração pública*”<sup>10</sup> e, com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, há um aumento exponencial de instrumentos celebrados com os particulares.

Uma das diferenças básicas entre a atuação da Administração e dos particulares é a possibilidade destes praticarem qualquer ato desde que não proibido por lei. Aqueles, por sua vez, sujeitam-se ao regime administrativo, tendo toda a sua atuação definida em lei. Ademais, a atividade do Estado será sempre pautada pela realização do interesse público e pelo princípio da legalidade.

Admitindo-se a personificação do Estado e a possibilidade jurídica de serem firmados pactos bilaterais, consequência lógica é a viabilidade de o Estado figurar como uma das partes da relação obrigacional. Tradicionalmente, compreendem-se os contratos como as relações jurídicas formadas por união de vontades, em que ambas as partes comprometem-se a obrigações recíprocas<sup>11</sup>. Assevera Bandeira de Mello que “*o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes*”<sup>12</sup>.

O instituto do contrato, todavia, tem origem no Direito Privado, Francisco Amaral o conceitua como “*o acordo de vontades contrapostas para o fim de criar, modificar ou*

---

<sup>7</sup> DI PIETRO, 2011, p. 1.

<sup>8</sup> Idem, p. 1.

<sup>9</sup> SUNDFELD, op. cita, p. 7.

<sup>10</sup> FURTADO, 2013, p. 263.

<sup>11</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 633.

<sup>12</sup> Idem, p. 633.

*extinguir relações jurídicas, em que uma das partes pode exigir da outra uma prestação economicamente apreciável”<sup>13</sup>.*

Assim como no direito privado, ressalta Carvalho Filho que “*o substrato básico dos contratos é o acordo de vontades com objetivo determinado, pelo qual as pessoas se comprometem a honrar as obrigações ajustadas*”<sup>14</sup>. No mesmo sentido, Bandeira de Mello conceitua o contrato como uma forma de concentração de interesses e que, uma vez constituído, faz lei entre as partes<sup>15</sup>.

## **1.1. Conceito de contrato administrativo**

Segundo Bandeira de Mello, a doutrina francesa foi responsável por desenvolver a teoria do contrato administrativo e, por sua vez, a doutrina brasileira assentou-se nos estudos franceses, reconhecendo-lhe as mesmas características que lhe são imputadas pelo direito francês<sup>16</sup>.

No início do século XX, o Conselho de Estado da França deparou-se com duas questões a serem solucionadas: qual o regime inerente ao contrato administrativo? Quando se deve reputar administrativo um contrato? No que tange ao primeiro dilema, ficou assentado que o traço peculiar ao contrato administrativo se volta para a supremacia de uma das partes. Referida superioridade é resultado da prevalência do interesse público sobre interesses particulares. Ademais, ressalta Bandeira de Mello, esta supremacia se expressa tanto na possibilidade de instabilizar a relação jurídica quanto na autoridade do ente estatal<sup>17</sup>. Conclui que “*estes traços são havidos como necessários para garantir a regular satisfação do interesse público substanciado no contrato. É bem de ver que as particularidades de cada qual especificam-se, ademais, nas cláusulas exorbitantes que porventura contenham*”<sup>18</sup>.

Em relação ao segundo aspecto, conforme se depreende da doutrina francesa, o contrato será administrativo quando atender a um dentre três requisitos: receber tal qualificação por lei; ter por objeto a própria execução de um serviço público; conter cláusulas

---

<sup>13</sup> AMARAL, 2003, p. 141.

<sup>14</sup> CARVALHO FILHO, 2011, p. 171.

<sup>15</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p.632

<sup>16</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 635.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 635.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 635.

exorbitantes<sup>19</sup>. No que toca às cláusulas exorbitantes, Bandeira de Mello explana que “*a cláusula exorbitante caracteriza-se por seu caráter incomum em um contrato de Direito Privado, seja porque aí seria nula, seja porque inadaptada a ele ainda que não fora nula*”<sup>20</sup>.

O autor afirma, ainda, que a doutrina majoritária brasileira denomina contrato administrativo o instituto criado pelo direito francês e o fundamenta como:

(...) um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado<sup>21</sup>.

Nesta esteira, Hely Lopes Meirelles conceitua contratos administrativos como “*o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração*”<sup>22</sup>.

Os contratos administrativos são regidos por normas de direito público, em que se inserem privilégios e prerrogativas para a Administração em face do particular. É conferido ao ente estatal, ainda, a possibilidade de anular, modificar ou rescindir a avença pactuada. Furtado atribui como traço mais característico dos contratos a presença de cláusulas exorbitantes, aquelas que conferem supremacia ao Estado e, como resultado, deixam as partes em posição de desigualdade. Ainda de acordo com o autor, tais cláusulas são assim denominadas por extrapolarem as regras do Direito Privado e conferirem à Administração poderes exorbitantes em face do particular<sup>23</sup>.

Nos contratos administrativos, diferentemente do Direito Privado, admitem-se, ainda, alterações produzidas tanto por acordo entre as partes como exclusivamente pela Administração Pública. Justen Filho completa, ainda, que “*a modificação unilateral é institucionalizada e não caracteriza rompimento dos princípios aplicáveis*”<sup>24</sup>.

Nos contratos celebrados pelo ente estatal, existe uma competência discricionária - não confundida com liberdade - para a Administração alterar os acordos realizados. Consoante entendimento de Justen Filho, a Administração tem uma competência anômala e deve identificar a necessidade e a conveniência de alterar as condições inicialmente

---

<sup>19</sup> Ibidem, p. 635.

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 636.

<sup>21</sup> BANDEIRA DE MELLO, 1996, p. 401.

<sup>22</sup> MEIRELLES, 2000, p. 194.

<sup>23</sup> FURTADO, 2007, p. 438.

<sup>24</sup> JUSTEN FILHO, 2015, p. 522

pactuadas<sup>25</sup>. Assim, toda a atuação depende da observância do princípio do devido processo legal.

Uma vez que a Administração decida pela necessidade de celebração de contrato, este deve sempre ser precedido de abertura de procedimento licitatório. Como assinala Furtado, tal procedimento visa assegurar aos interessados a oportunidade de manifestar interesse e apresentar propostas com vistas ao fornecimento de bens, à prestação de serviços ou à execução de obras<sup>26</sup>.

O tema licitações não será aqui objeto de pesquisa, no entanto insta ressaltar que a despeito de a licitação ser a regra, há hipóteses em que ao administrador é permitido celebrar contratos sem que se tenha que recorrer ao procedimento licitatório.

Por fim, a Lei 8.666/93, Lei de Licitações e Contratos, dispõe em seu artigo 1º, parágrafo único que *“considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública direta e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”*

Deste modo, conclui-se que os contratos administrativos possuem como intento possibilitar a efetivação de objetivos considerados de interesse público para o ente estatal.

## **1.2. Peculiaridades do contrato administrativo e a supremacia da Administração**

Historicamente, a atividade material da Administração tem se pautado por atos unilaterais de vontade. Todavia, observa Furtado, *“esta se tem utilizado com cada vez mais frequência de novos instrumentos para formalizar o seu relacionamento com os particulares”*<sup>27</sup>. Com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, o ente estatal tende cada vez mais a assumir novas atribuições, especialmente no que tange à prestação de serviços públicos ou de utilidade pública. A existência de tais contratos, portanto, assume feição essencial na atividade da Administração, sendo o instrumento mais adequado de pactuação com os particulares.

---

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO, 2015, p. 523

<sup>26</sup> FURTADO, 2007, p. 22

<sup>27</sup> Ibidem, p. 403

Os contratos administrativos se distinguem dos celebrados no âmbito privado por terem sua atuação atrelada à realização do interesse público, diversamente destes últimos, em que há a disponibilidade de vontade das partes. Ademais, os referidos contratos têm como principais características a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado.

Em decorrência dos poderes que lhe foram conferidos, o ente estatal pode adotar providências que impliquem alterações no ajuste inicial, sempre com a finalidade de assegurar o interesse público. No entanto, lembra Bandeira de Mello, “*o chamado contrato administrativo de modo algum configura relação em que assistem vantagens e poderes apenas para uma das partes*”<sup>28</sup>. Ao particular é devida integral proteção quanto ao aspecto econômico, “*esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia*”<sup>29</sup>.

Furtado assevera, ainda, que “*os contratos administrativos apresentam como maior particularidade, e nesse ponto são originais, a circunstância de sua disciplina jurídica estar totalmente subordinada à busca da plena realização do interesse público*”<sup>30</sup>.

Sundfeld leciona que:

é perfeitamente natural ao contrato administrativo a faculdade de o Estado introduzir alterações unilaterais. Trata-se de instrumentá-lo com os poderes indispensáveis à persecução do interesse público. Caso a Administração ficasse totalmente vinculada pelo que avençou, com o correlato direito de o particular exigir a integral observância do pacto, eventuais alterações do interesse público – decorrentes de fatos supervenientes ao contrato – não teriam como ser atendidas. Em suma, a possibilidade de o Poder Público modificar unilateralmente o vínculo é corolário da prioridade do interesse público em relação ao privado, bem assim de sua indisponibilidade<sup>31</sup>.

Di Pietro elenca oito características, de presença obrigatória, para caracterizar um contrato administrativo no sentido próprio e restrito, quais sejam: presença da administração pública como poder público; finalidade pública; obediência à forma prescrita em lei; procedimento legal; natureza de contrato de adesão, natureza *intuitu personae*; presença de cláusulas exorbitantes e, por fim, mutabilidade<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 640.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 641.

<sup>30</sup> FURTADO, 2013, p. 280

<sup>31</sup> SUNDFELD, 1992, p. 152.

<sup>32</sup> DI PIETRO, 2011, p. 264.

Insta destacar o aspecto da mutabilidade, dado que, a despeito de ser a mutabilidade um dos traços característicos do contrato administrativo, o ordenamento jurídico brasileiro garante na Carta Magna, a intangibilidade das cláusulas financeiras dessas contratações. A temática deve ser analisada sob duas óticas distintas, acentua a referida autora, “*o das circunstâncias que fazem mutável o contrato administrativo e o da consequência dessa mutabilidade, que é o direito do contratado à manutenção de equilíbrio econômico-financeiro*”<sup>33</sup>.

### **1.3. Equilíbrio Econômico-Financeiro**

#### **1.3.1 Histórico**

Há muito que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos vem sendo objeto de discussão pela doutrina e pelos Tribunais Superiores. Ressalta Nester:

Um marco sobre o tema é a tese de cátedra apresentada em 1960 por Caio Tácito, a respeito da adoção do princípio no âmbito das concessões de serviço público. O autor descreveu de forma concisa a experiência dos Direitos francês e norte-americano e a recepção do instituto pelo ordenamento pátrio, para concluir que o equilíbrio econômico-financeiro, derivado das garantias constitucionais da justa remuneração do capital do concessionário e da proibição ao confisco da propriedade é 'condição essencial de legalidade na concessão de serviço público, cabendo ao Estado o dever de sua preservação’<sup>34</sup>.

A percepção de equilíbrio econômico-financeiro como instituto aplicável aos contratos administrativos teve sua origem no direito francês. Anteriormente à relativização da imutabilidade contratual, não havia qualquer excepcionalidade prevista que ocasionasse a alteração das condições pactuadas. Aqui, os concessionários de serviço público estavam sujeitos a riscos similares aos negócios privados, suportando todo o ônus da avença.

Conforme apresenta Furtado, a primeira decisão acerca do reconhecimento da necessidade da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ocorreu em 1910 pelo Conselho de Estado da França. Na demanda, o prefeito de Bouches-du-Rhône exigiu maior frequência de trens na temporada do verão em virtude da alta demanda dos usuários, alterando

---

<sup>33</sup> DI PIETRO, 2011, p. 280.

<sup>34</sup> NESTER, 2003, p. 125

assim, unilateralmente o contrato. Por outro lado, a concessionária *Copagnie Générale Français des Tramways* exigiu a devida contraprestação. Em 21 de março de 1910, o Conselho do Estado Francês, através do Comissário de Governo Léon Blum, proferiu decisão afirmando o equilíbrio sob o argumento de que “*deve haver honesta equivalência entre o que se concede ao concessionário e o que dele se deve exigir*”<sup>35</sup>. A referida sentença reconheceu a existência de garantias em favor do particular contratado, determinando a obrigatoriedade da justa correspondência entre obrigações e direitos do concessionário. Justen Filho assim traduziu parte do voto:

É da essência mesma de todo contrato de concessão de procurar e de realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que são acordadas ao concessionário e as cargas a ele impostas. As vantagens e cargas devem se equilibrar de modo a formar a contrapartida dos benefícios prováveis e das perdas previstas. Em todo contrato de concessão está implicada, como em uma operação aritmética, a equivalência honesta entre aquilo que é atribuído ao concessionário e aquilo que dele é exigido. É isso que se chama a equivalência financeira e comercial, a equação financeira do contrato de concessão<sup>36</sup>.

Di Pietro destaca que a referida mutabilidade no contrato de concessão apresentado no direito francês é devida graças ao princípio da indisponibilidade do interesse público, de modo a assegurar a continuidade na prestação do serviço<sup>37</sup>. Assim, tendo em vista a execução de um serviço público que deve ser ininterrupto, impõe-se a necessidade de os contratos serem mutáveis e flexíveis.

Nesta visão, o ente estatal pode e deve alterar a avença sempre que a persecução do interesse público for prejudicada, de modo a adaptá-lo a nova realidade. Di Pietro ressalta que “*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*”<sup>38</sup>. Por conseguinte, o instituto do equilíbrio econômico-financeiro foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, parte da doutrina defende que o princípio foi alterado de sua concepção original assim, Bandeira de Mello assinala que “*no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário*”<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> FURTADO, 2013, p. 302.

<sup>36</sup> JUSTEN FILHO, 2001, p. 145.

<sup>37</sup> DI PIETRO, 2011, p. 280.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>39</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 658

No mesmo sentido, Justen Filho defende que:

a diferença fundamental entre o Direito brasileiro e o francês consiste na concentração adotada entre nós, abarcando todas as diferentes concepções vigentes na França (...) a concepção da intangibilidade da equação econômico-financeira apresenta, no Brasil, relevância muito mais significativa do que a ela se reserva na França<sup>40</sup>.

### 1.3.2 Conceito

Justen Filho define a equação econômico-financeira como “*a relação entre encargos e vantagens assumidos pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato*”<sup>41</sup>.

No mesmo sentido, Di Pietro leciona que “*o equilíbrio econômico-financeiro constitui a relação que se estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por via do contrato*”<sup>42</sup>.

Por fim, Hely Lopes Meirelles ressalta a necessidade de se manterem as condições inicialmente pactuadas:

O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do contratado objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o projeto, ou o modo e forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público<sup>43</sup>.

O equilíbrio econômico-financeiro fundamenta-se na preservação das condições de pagamento inicialmente pactuadas, a fim de que se mantenha estável a relação entre as obrigações do particular e da Administração pelo fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço.

Atualmente, a equação dos encargos dos contratados não é vista de maneira estática, mas sim sob uma ótica dinâmica, devendo-se recompor o referido equilíbrio caso haja perda no decorrer da execução. Para tanto, Furtado leciona que é ônus das partes o dever

---

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 387.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>42</sup> DI PIETRO, 2009, p. 57

<sup>43</sup> MEIRELLES, 2001, p. 208.

de acompanhar a realidade fática que envolve a execução do contrato e o seu permanente cotejamento com o que foi inicialmente acordado<sup>44</sup>. Nesse sentido, o exercício da atividade estatal não deve modificar o equilíbrio original, entretanto, caso isso ocorra, deve-se proceder à concomitante alteração das cláusulas relativas ao pagamento do contratado<sup>45</sup>. Nesta esteira, Diógenes Gasparini defende ser poder-dever da Administração manter o referido equilíbrio:

É dever na medida em que se reconhece ao contratado particular o direito de ver, durante a vigência do ajuste ao qual empresta a sua colaboração, preservada a equação econômico-financeira. É poder nos exatos termos em que se sabe ser a Administração Pública contratante a única detentora da competência para restaurar o equilíbrio da mencionada relação encargo-remuneração, desbalanceada por certo evento<sup>46</sup>.

Do mesmo modo, a Ministra do STF Carmen Lúcia, classifica como dever do poder estatal preservar a intangibilidade do equilíbrio financeiro e ressalta que *“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”*<sup>47</sup>.

Ainda acerca do tema, Justen Filho ressalta o aspecto abrangente do equilíbrio da equação econômico-financeira. Aduz que *“isso compreende não apenas o montante de dinheiro devido ao particular contratado, mas também ao prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos, a abrangência do contrato e qualquer outra vantagem que a configuração da avença possa produzir”*<sup>48</sup>.

Assim, define-se a equação econômica no instante da apresentação da proposta e *“leva em consideração os encargos do contratado e o valor pago pela Administração, devendo ser preservada durante toda a execução do contrato”*<sup>49</sup>. Com o aceite da proposta e formação do contrato, *“delimita-se a equação econômico-financeira que orientará toda a execução do ajuste”*<sup>50</sup> devendo ser mantidas as condições inicialmente pactuadas. Ainda nesse sentido, afirma Arthur Souza:

Apesar da posição de superioridade ocupada pela Administração nos contratos administrativos, ela e o particular devem ocupar lugares equidistantes na balança do campo econômico-financeiro, o que significa

---

<sup>44</sup> FURTADO, 2013, p. 301.

<sup>45</sup> JUSTEN FILHO, 2015, p. 526.

<sup>46</sup> GASPARINI, 2001, p. 406

<sup>47</sup> ROCHA, 1996, p. 106.

<sup>48</sup> JSUTEN FILHO, 2001, p. 296.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, 2012, p. 213.

<sup>50</sup> SOUZA, 2014 p. 81.

dizer que a mesma relação de custos e lucros, receitas e despesas existentes quando da licitação deve perdurar durante toda a execução do contrato celebrado<sup>51</sup>.

É importante ressaltar que o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pode ser invocado tanto pelo particular (contratado) quanto pelo Poder Público (contratante), sempre que houver necessidade. Exemplificando, na hipótese de aumento de custos contratuais em virtude de situações não imputadas ao contratado, o Poder Público deverá majorar o valor a ser pago pela execução do contrato ao contratado. Da mesma forma, se os custos contratuais diminuïrem, o Poder Público deverá minorar os valores a serem pagos ao contratado. Assim, o referido equilíbrio aproveita a ambas as partes contratantes, constituindo mecanismo de defesa do particular frente à supremacia do Estado.

De modo a garantir a manutenção da paridade, sempre que se alterar a equivalência dos encargos, independentemente de qual lado seja, há que se falar em restabelecimento do equilíbrio. Conforme leciona Niebuhr:

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conquanto sirva a ambas as partes contratantes, é fundamental para os contratados. Ela desenha espécie de reserva de proteção ao contratado em face da superioridade da Administração. Nessa reserva, que corresponde à equação econômico-financeira do contrato, não vale a superioridade da Administração; vale o direito do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato<sup>52</sup>.

### 1.3.3 Natureza Constitucional do princípio

Consoante ensinamento de Caio Tácito, o embrião do princípio do equilíbrio financeiro surgiu na Constituição de 1934, que “*marca o critério da justa retribuição do capital como fator essencial a fim de permitir o atendimento normal das necessidades públicas de expansão e melhoramento dos serviços concedidos*”<sup>53</sup>. Por sua vez, a Constituição de 1937, confere à tarifa dupla função: fornecer recursos para o aprimoramento do serviço e retribuir o capital investido. O art. 147 da Carta Magna, “*atribui à revisão das tarifas o papel de permitir que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa e adequada ao atendimento regular da prestação dos serviços*”<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>52</sup> NIEBUHR, 2012, p. 882.

<sup>53</sup> TÁCITO, 1996, p. 407.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 408.

O princípio da preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos foi reconhecido expressamente pela primeira vez na Constituição Federal de 1967, que assim estabelecia:

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

(...)

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

Com fundamento neste artigo, o STF decidiu em acórdão do qual foi relator o Ministro Aliomar Baleeiro:

Na concessão de serviço público, como ato complexo, meio-regulamentar, meio contratual, o concedente pode modificar, por lei, o funcionamento do serviço, alterando o regime dos bens públicos envolvidos e até impondo novos ônus ao concessionário, 'desde que a este assegure o equilíbrio financeiro', para remuneração e amortização do capital efetivamente investido<sup>55</sup>.

Vale transcrever os principais fundamentos do voto do Ministro Relator:

Hoje admite-se que não apenas a parte estatutária desse ato complexo, misto, duplo, contrato e regulamento, possa ser modificado. Também a parte contratual, dado que a empresa tem sempre a garantia da equação financeira. O que o Governo não pode é tirar-lhe o equilíbrio financeiro, não pode, de maneira nenhuma, privá-la de uma renda pela qual ela possa obter seu lucro, pagar dividendos e juros de seus empréstimos, obter novos empréstimos, amortizá-los dentro do prazo contratual, realizar novos investimentos e reaver, no tempo, o capital efetivamente aplicado.

Atualmente, o art. 37, XXI, da CF, estabelece a necessidade de manutenção das condições efetivas da proposta vencedora na licitação ou na contratação direta, assim dispondo:

Art. 37, XXI, CF - 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. (grifo nosso)

Ainda no âmbito constitucional, Bandeira de Mello evidencia que o equilíbrio econômico-financeiro está ainda presente no art. 5º, XXXVI, segundo o qual “a lei não

---

<sup>55</sup> MS 17957, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 6/12/67, RTJ 46/144.

*prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*” O referido autor afirma que *“a equação econômico-financeira contratual é um direito adquirido do contratado, de tal sorte que normas a ele sucessivas não poderiam afetá-lo”*<sup>56</sup>.

O princípio da tutela à equação econômico-financeira deriva também de postulados previstos na Carta Constitucional, quais sejam, princípio da eficácia administrativa, isonomia e proteção à propriedade privada.

O princípio da eficácia administrativa relaciona-se com o equilíbrio financeiro na medida em que o ente estatal deve desembolsar o menor valor possível nas suas contratações. Deste modo, aduz Justen Filho, *“a ausência de garantia aumentaria o risco dos particulares, especialmente em vista das competências anômalas peculiares ao contrato administrativo”*<sup>57</sup>. O ente estatal apenas logrará o menor preço quando reduzir os riscos referentes a eventos futuros. Assim, a proteção à intangibilidade ocasiona uma redução geral nos preços pagos pelo Estado.

No que tange à isonomia, a ocorrência de eventos extraordinários poderia ocasionar benefícios e vantagens para uma das partes, à custa do outro contratante. Frisa Justen Filho que *“os benefícios que o particular tivesse deixado de auferir seriam apropriados pela comunidade, o que significaria que todos teriam se privilegiado à custa de um particular específico”*<sup>58</sup>. Por conseguinte, deve o ente estatal sempre rever as condições a fim de impor a manutenção da situação original.

Por fim, no tocante à propriedade privada Justen Filho evidencia que *“a Constituição Federal assegura o direito de propriedade e interdita ao Estado apropriar-se do patrimônio privado sem prévia e justa indenização”*<sup>59</sup>.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 8666/93 confere efetividade ao artigo 37 da CF. Justen Filho ressalta que *“a Lei 8.666/93 reconheceu, de modo expreso, a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras à mutação imposta unilateralmente pela Administração”*<sup>60</sup>. O art. 57, §1º da referida lei garante o direito ao reequilíbrio nos casos de prorrogação de prazos contratuais, assim dispondo:

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada

---

<sup>56</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 644.

<sup>57</sup> JUSTEN FILHO, 2009, p. 124.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 124.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 124.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 529

a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo.

Por sua vez, o art. 58, §§1º e 2º trata das situações de modificação unilateral do contrato pela Administração:

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

(...)

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

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

No que tange à criação ou alteração de tributos ou outras disposições legais, o art. 65, § 5º prevê o reequilíbrio quando houver revisão dos preços:

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

(...)

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

Assim, o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é garantia consagrada no texto constitucional. Vale dizer que, uma vez ocorrida modificação de um dos polos da equação, deve haver correspondente alteração na outra parte.

Insta ressaltar que o presente trabalho possui enfoque na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, isto é, serão abordadas as situações que rompem o equilíbrio após a formação da equação econômica, especificamente após uma abrupta alta do dólar, como observada no ano de 2015. Desta maneira, fixar-se-á a premissa de que a licitação atendeu a todos os princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal.

Por fim, ressalta-se que o referido equilíbrio ocorre na seara administrativa, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário. No entanto, frisa Sundfeld que a Administração sujeita-se sempre à impugnação pelo interessado na via judicial<sup>61</sup>. No mesmo sentido Nester evidencia que:

---

<sup>61</sup> SUNDFELD, 1995, p. 241.

Contudo, não raro constata-se a recusa por parte da Administração Pública em reconhecer o direito à recomposição da equação econômico-financeira quando pleiteada pelos particulares sob as mais diversas hipóteses. Nesse contexto, a jurisprudência tem desempenhado importante papel no delineamento do instituto e sua aplicação. (p. 126) A variação cambial e o equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos Administrativos - Alexandre Wagner Nester. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 1-384, abr./jun. 2003, p. 125 - 143.

Assim, nos deteremos, mais adiante, a analisar os acórdãos, nos quais o Judiciário reconheceu a necessidade da recomposição econômico-financeira dos contratos administrativos.

## 2. Ruptura do equilíbrio econômico-financeiro

O presente trabalho enfoca a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, premissa para que os contratos administrativos sejam honrados por ambas as partes. Nesse sentido, mostra-se imprescindível a aferição das situações que ensejam desequilíbrio depois da composição da equação econômico-financeira.

Conforme exposto no capítulo anterior, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro é garantia consagrada no texto constitucional e infraconstitucional. Todavia, o referido equilíbrio pode ser desfeito por diversos fatores, seja em virtude de alterações unilaterais do ente estatal, seja por meio da instituição de tributos, crises econômicas ou, por vezes, falta de pagamento. Justen Filho o define como:

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<sup>62</sup>.

Um dos aspectos mais controvertidos em matéria contratual remete-se à necessidade de definição das ferramentas indispensáveis à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos pactos avençados<sup>63</sup>. São encontrados diversos critérios na doutrina e jurisprudência aptos a servir de parâmetro para recuperação do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos. Referidos critérios podem derivar tanto de situações previsíveis quanto imprevisíveis, haja vista a necessidade da utilização de mecanismos que permitirão o retorno ao *status* de equilíbrio. No primeiro caso, pode o próprio contrato oferecer ferramentas que permitam a recomposição, de modo que não haja um enriquecimento indevido de qualquer das partes. As circunstâncias ditas imprevisíveis, certamente não estão previstas em qualquer contrato, mas nem por isso se toma impossível a aplicação de mecanismos que permitam o reequilíbrio.

### 2.1 Eventos Causadores

---

<sup>62</sup> JUSTEN FILHO, 2015, p. 530.

<sup>63</sup> FURTADO, 2007, p. 608.

Justen Filho leciona que, para que seja caracterizada a quebra do equilíbrio e sua consequente recomposição, é necessária a ocorrência de dois pressupostos: i) ocorrência superveniente de eventos extraordinários e, ii) ampliação/redução dos encargos ou vantagens previstas<sup>64</sup>.

A fim de que sejam utilizados os mecanismos de correção do equilíbrio econômico-financeiro, faz-se necessário que ocorra algum fato, posterior à proposta, que venha a agravar qualquer uma das partes contratantes. Di Pietro aponta três tipos de áleas ou riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração: álea ordinária ou empresarial, álea administrativa e álea econômica<sup>65</sup>.

A álea ordinária ou empresarial está presente em qualquer espécie de negócio. Nesse caso, segundo Di Pietro, quem responde é o particular, uma vez que é um risco que todo empresário corre, resultante do próprio mercado. Por se tratar de álea ordinária, em que o particular responde integralmente e que não enseja resposta do poder estatal, não será aqui abordada.

As áleas administrativas e econômicas são consideradas extraordinárias, e assim, requerem a recomposição do equilíbrio da equação econômico-financeira.

A álea administrativa pode ser desdobrada em três modalidades: decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo, sendo a Administração responsável por restabelecer o equilíbrio por ela rompido; a decorrente do fato do príncipe, em que atos da Administração repercutem indiretamente sobre a avença, cabendo também a entidade estatal a busca pelo equilíbrio; e a decorrente do fato da Administração, que agrava, impede ou torna impossível a execução do contrato<sup>66</sup>.

Por sua vez, a álea econômica corresponde às circunstâncias imprevisíveis, excepcionais ou inevitáveis que, conforme explica Di Pietro “*causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da Teoria da Imprevisão*”<sup>67</sup>. Necessário ressaltar que a referida álea não deverá ser confundida com riscos ordinários inerentes a todo e qualquer contrato, mas sim quando excede os riscos normais admitidos na avença.

Não obstante, apesar do direito brasileiro ter buscado inspiração no direito francês a fim de adotar referidas teorias, na doutrina francesa cada situação gera efeitos distintos. Na álea administrativa, o ente estatal responde sozinho pela recomposição do equilíbrio, e por sua

---

<sup>64</sup> JUSTEN FILHO, 2015, p. 530.

<sup>65</sup> DI PIETRO, 2011, p. 281.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 281.

<sup>67</sup> Ibidem, p. 281.

vez, na álea econômica, os prejuízos se repartem, dado que não decorrem da vontade de nenhuma das partes<sup>68</sup>. Justen Filho elucida a matéria:

apenas para tornar mais clara a compreensão da questão, cabe lembrar que, no Direito francês, os efeitos jurídicos da aplicação da Teoria do Fato do Príncipe e da Teoria da Imprevisão são distintos. Configurado o fato do príncipe, o particular tem direito a ser indenizado integralmente. Se for aplicada a Teoria da Imprevisão, os efeitos onerosos serão distribuídos entre as partes (ainda que a parcela mais significativa dos encargos seja atribuída à Administração Pública)<sup>69</sup>.

Em contrapartida, no ordenamento jurídico brasileiro entende-se que independentemente da álea enfrentada, o particular tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em decorrência do art. 37, XXI, da Carta Magna<sup>70</sup>. No âmbito infraconstitucional, o art. 65, II, “d”, da Lei 8666/93 dispõe que aplicar-se-á a recomposição da equação econômico-financeira na ocorrência dos diferentes eventos, uniformizando, assim, a solução jurídica<sup>71</sup>. Di Pietro ressalta que:

Em consequência, a solução tem sido a mesma em qualquer das teorias; inclusive é a solução adotada também para as hipóteses de caso fortuito e força maior. Em todos os casos, a Administração Pública responde sozinha pela recomposição de equilíbrio econômico-financeiro. A invocação das teorias serve apenas para fins de enquadramento jurídico e fundamentação para a revisão das cláusulas financeiras do contrato<sup>72</sup>.

Será analisado a seguir cada um dos eventos que conferem mutabilidade aos contratos administrativos, não sendo analisada a álea ordinária, por se tratar de risco presente em qualquer tipo de negócio, como já foi dito antes.

## **2.2. Áleas administrativas**

### **2.2.1 Alteração unilateral do contrato.**

---

<sup>68</sup> Ibidem, p. 281.

<sup>69</sup> JUSTEN FILHO, 2009, p. 125.

<sup>70</sup> DI PIETRO, 2011, p. 281.

<sup>71</sup> JUSTEN FILHO, 2009, p. 125.

<sup>72</sup> DI PIETRO, 2011, p. 282.

Sendo o contrato administrativo instrumento para atender às necessidades coletivas, impõe-se que cláusulas do referido mecanismo poderão ser alteradas de modo à melhor satisfação do interesse público. O exercício dessa prerrogativa prescinde de previsão contratual, apresentando-se como poderes instrumentais para alcance das necessidades coletivas.

Assevera Di Pietro que, uma vez se tratando de imposição, o poder de alteração unilateral do contrato não é ilimitado. O poder estatal encontra limites em dois princípios básicos: variação do interesse público e equilíbrio econômico-financeiro, presentes respectivamente no artigo 58, I e 65, §6º, ambos da Lei 8.666/93<sup>73</sup>. E afirma que *“essa prerrogativa da Administração faz com que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo seja essencialmente dinâmico, ao contrário do que ocorre nos contratos de direito privado, em que o equilíbrio é estático”*<sup>74</sup>. A autora discorre ainda sobre a distinção entre o equilíbrio do contrato de direito privado e o administrativo. Assevera que no primeiro a alteração não autorizada por ambas as partes denota inadimplemento contratual, por outro lado, *“quando a alteração feita nos limites legais decorrer de ato da Administração, não se caracteriza falta contratual, mas prerrogativa a ela reconhecida no interesse público, com a conseqüente obrigação de restabelecer o equilíbrio econômico do contrato”*<sup>75</sup>.

Nesse seguimento, Caio Tácito lembra que a dinâmica dos contratos evidencia-se pela finalidade pública que lhes é inerente, podendo suas *“cláusulas serem alteradas unilateralmente pela administração sempre que necessário a que se cumpra, adequadamente, a causa do contrato, respeitado o seu sinalagma”*<sup>76</sup>.

### **2.2.2. Fato do príncipe**

Ainda no campo da álea administrativa, o fato do príncipe alcança os atos praticados pelo Poder Público, não como parte contratual, mas por impactar reflexamente o contrato.

Di Pietro conceitua o fato do príncipe como *“medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando*

---

<sup>73</sup> DI PIETRO, 2011, p. 282.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 282.

<sup>75</sup> DI PIETRO, 2011, p. 283.

<sup>76</sup> TÁCITO, 1997, p. 1388.

*desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado*”<sup>77</sup>. E cita o exemplo de majoração de tributos que incidam sobre matérias-primas essenciais ao cumprimento do contrato.

Nesse sentido, para Justen Filho, a teoria do fato do príncipe reside em uma lesão patrimonial proveniente da autoridade pública contratante. Insta ressaltar que tal lesão decorre de um ato estatal válido. E completa que “*a teoria do fato do príncipe consagra o direito de indenização a um particular em vista da prática de ato lícito e regular imputável ao Estado*”<sup>78</sup>. Por fim, Furtado esclarece que o fato do príncipe é decorrente de ato genérico praticado pela Administração que irá afetar o contrato<sup>79</sup>.

A conclusão, válida tanto para o fato do príncipe quanto para o fato da Administração, é que sempre que a Administração afetar direta ou indiretamente o equilíbrio do contrato, deverão ser adotadas as medidas necessárias para restabelecê-lo, nos termos do art. 58, §2º, da Lei 8.666/93<sup>80</sup>.

Frisa-se que, para Di Pietro, adotando a posição francesa, a teoria do fato do príncipe somente será aplicada se houver coincidência entre a autoridade responsável pelo ocorrido e a que celebrou o contrato, já que sendo de esfera diversa de governo, há aplicação da teoria da imprevisão<sup>81</sup>.

De modo diverso, Carvalho Filho não faz distinção quanto ao ente que produziu a oneração:

Parte da doutrina entende que o fato deve emanar da mesma pessoa jurídica que celebrou o ajuste. Com a devida vênia, entendemos que o ‘príncipe’ é o Estado ou qualquer uma de suas manifestações internas, de modo que nos parece aplicável a teoria se, por exemplo, um ato oriundo da União Federal atingir um particular que tenha contratado com um Estado-membro<sup>82</sup>.

Hely Lopes Meirelles destaca que deve haver a compensação integral dos prejuízos sofridos pelo particular, aptos a viabilizar a continuidade da execução, sob pena de rescisão com indenização<sup>83</sup>.

---

<sup>77</sup> DI PIETRO, 2011, p. 283.

<sup>78</sup> JUSTEN FILHO, 2015, p. 531.

<sup>79</sup> FURTADO, 2007, p. 620

<sup>80</sup> Ibidem, p. 620

<sup>81</sup> DI PIETRO, 2011, p. 283.

<sup>82</sup> CARVALHO FILHO, 2007, p. 178-179.

<sup>83</sup> MEIRELLES, 1987, p. 210.

### 2.2.3. Fato da administração

O fato da Administração alcança qualquer comportamento do ente estatal, como parte no contrato, que possa tornar impossível a execução do contrato ou provocar seu desequilíbrio econômico<sup>84</sup>. Explica Di Pietro que:

O fato da Administração pode provocar uma suspensão da execução do contrato, transitoriamente, ou pode levar a uma paralisação definitiva, tornando escusável o descumprimento do contrato pelo contratado e, portanto, isentando-o das sanções administrativas que, de outro modo, seriam cabíveis. Pode, também, provocar um desequilíbrio econômico-financeiro, dando ao contratado o direito a sua recomposição<sup>85</sup>.

Falta de pagamento por longo prazo, não entrega do local da obra ou até mesmo ausência de desapropriação necessária podem ser citados como exemplos de fatos da Administração. Desse modo, ações ou omissões do ente estatal que estarão diretamente relacionados à execução da avença podem ser caracterizados como fatores impeditivos, capazes de autorizar a rescisão do contrato com a devida indenização ao particular<sup>86</sup>.

Evidencia-se que o fato da Administração não se confunde com a força maior, uma vez que neste, o fato é estranho à vontade das partes, enquanto naquele o evento é imputável ao ente estatal<sup>87</sup>. Além disso, ressalta Di Pietro “*a força maior torna impossível a execução do contrato, isentando ambas as partes de qualquer sanção, enquanto o fato da Administração pode determinar a paralisação temporária ou definitiva, respondendo a Administração pelos prejuízos sofridos pelo contratado*”<sup>88</sup>.

Questão controversa no que tange ao fato da Administração é a possibilidade de o particular parar a execução do contrato, invocando a *exceptio non adimpleti contractus*. A maioria dos doutrinadores entende não ser aplicável referida exceção aos contratos firmados com o poder público, haja vista não poder a Administração ficar prejudicada pela paralisação na execução<sup>89</sup>.

Em razão dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o privado, não se aplica a cláusula mencionada no ordenamento jurídico. Di Pietro admite que:

---

<sup>84</sup> DI PIETRO, 2011, p. 284.

<sup>85</sup> DI PIETRO, 2011, p. 284.

<sup>86</sup> FURTADO, 2007, p. 620.

<sup>87</sup> DI PIETRO, 2011, p. 284.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 284.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 285.

Essa doutrina sofre hoje algum abrandamento, pois já se aceita que a *exceptio non adimpleti contractus* seja invocada pelo particular contra a Administração, embora sem a mesma amplitude que apresenta no direito privado. (...) O particular deve, como regra, dar continuidade ao contrato, evitando, de, *sponte sua*, paralisar a execução do contrato, já que a rescisão unilateral é prerrogativa da Administração; o que o particular pode e deve fazer, até mesmo para acautelar seus interesses, é pleitear a rescisão, administrativa ou judicialmente, aguardando que ela seja deferida<sup>90</sup>.

## 2.3. Áleas econômicas

### 2.3.1. Caso fortuito e força maior

Nesta circunstância, ocorre a impossibilidade absoluta de dar continuidade ao contrato, sendo ambas as partes liberadas sem qualquer responsabilidade por inadimplemento. Di Pietro assevera que “a força maior constitui um dos fundamentos para a rescisão do contrato, tendo esta efeito meramente declaratório de uma situação de fato impeditiva da execução”<sup>91</sup>.

Hely Lopes Meirelles completa que, além da inevitabilidade e impresivibilidade, é necessário que o impedimento que obsta a regular execução do contrato seja absoluto para que o evento seja caracterizado como caso fortuito ou força maior. Dessa maneira, frente à ocorrência de tais eventos, não se exige o cumprimento da obrigação<sup>92</sup>.

### 2.3.2. Teoria da imprevisão

Di Pietro assim conceitua a teoria da imprevisão:

Álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Ibidem, p. 284.

<sup>91</sup> DI PIETRO, 2011, p. 289.

<sup>92</sup> MEIRELLES, 2009, p. 240-241.

<sup>93</sup> DI PIETRO, 2011, p. 286.

Desde o direito romano já se reconhecia a vulnerabilidade do princípio da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*). Ressalta a referida autora que “antes de ser uma regra jurídica, ela foi uma regra moral adotada pelo cristianismo; exigia-se equivalência das prestações sempre que se estivesse em presença de um ato a título oneroso”<sup>94</sup>.

A teoria da imprevisão foi construída pelo Conselho de Estado Francês, órgão de cúpula da jurisdição administrativa na França e, afirma Di Pietro, “nada mais é do que aplicação da antiga cláusula *rebus sic stantibus*”<sup>95</sup>. A teoria consolidou-se no caso da Companhia de Gás de Bordeaux, em que as concessionárias de gás não podiam prosseguir na exploração de carvão sem irem à falência, visto que a guerra de 1914 tinha provocado repentino aumento no preço do carvão. A decisão do Conselho, em 30 de março de 1916, permitiu a revisão das tarifas. Vale a transcrição de alguns trechos do julgado:

[...] que a variação do preço das matérias-primas em razão das circunstâncias econômicas constitui um risco do mercado que pode, de acordo com o caso, ser favorável ou desfavorável ao concessionário, e residem aí seus riscos e perigos, considera-se que cada parte terá considerado este risco nos cálculos e previsões que fez antes de comprometer-se;

Mas considerando que, em consequência da ocupação pelo inimigo da maior parte das regiões produtoras de carvão na Europa continental, da cada vez mais considerável dificuldade de transporte por mar em razão tanto da requisição dos navios quanto do caráter e da duração da guerra marítima, o aumento ocorrido durante a guerra atual no preço de carvão, que é a matéria-prima da fabricação do gás, acabou por atingir uma tal proporção que ele não somente tem um caráter excepcional no sentido habitualmente dado ao termo, mas provoca no custo de fabricação do gás um aumento que, a ponto de fracassarem todos os cálculos, certamente ultrapassa os limites extremos das majorações que podem ser arcadas pelas partes quando da outorga do contrato de concessão; [...] a economia do contrato encontra-se completamente perturbada.

[...]

Pelo acórdão Companhia geral de iluminação de Bordeaux, o Conselho de estado emanou a teoria da imprevisão, que permite assegurar a perenidade dos contratos administrativos no caso de perturbação temporária da economia desses, devido a acontecimentos que as partes não podiam prever.

[...]

A jurisprudência ulterior fixou as condições de aplicação da teoria da imprevisão. Em primeiro lugar, os acontecimentos que afetam a execução do contrato devem ser imprevisíveis. Pode tratar-se de circunstâncias econômicas, fenômenos naturais ou medidas tomadas pelos poderes públicos, mas em todos os casos devem malograr as previsões que razoavelmente podiam ser feitas quando da conclusão do contrato. Em segundo lugar, devem ser externos às partes; em especial, quando se devem à administração contratante, é a teoria do fato do príncipe e não a da imprevisão que será aplicada. Em terceiro lugar, devem provocar uma

---

<sup>94</sup> Ibidem, p. 286.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 286.

perturbação da economia do contrato. Certamente, não devem fazer obstáculo à execução do contrato porque seriam então irresistíveis e exonerariam o co-contratante de suas obrigações; mas não deve se tratar de uma simples dificuldade de ganho.

[...] tem o direito a ser compensado, se não na totalidade, pelo menos na maior parte da carga extracontratual, ou seja, no montante do déficit provocado pela execução do contrato durante o período no qual houve perturbação pelas circunstâncias imprevisíveis<sup>96</sup>.

A teoria da imprevisão visa resguardar o equilíbrio contratual frente a fatos imprevisíveis ou inevitáveis, bem como agravos econômicos. Di Pietro assim se posiciona:

Alega-se, em favor da teoria, que, se de um lado, a ocorrência de circunstâncias excepcionais não libera o particular da obrigação de dar cumprimento ao contrato, por outro lado não é justo que ele responda sozinho pelos prejuízos sofridos. Para evitar a interrupção do contrato, a Administração vem em seu auxílio, participando também do acréscimo de encargos. Essa compensação o particular só pode pleitear quando continuar a execução do contrato; e nunca será integral, porque não cobre o total do déficit financeiro do cocontratante; reparte-se o prejuízo para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro<sup>97</sup>.

No momento em que o contrato é firmado, define-se o equilíbrio entre as partes, estando presente implicitamente em todos eles a cláusula *rebus sic stantibus*, cujo propósito, leciona Furtado é recompor o equilíbrio caso seja perturbado durante a execução do contrato<sup>98</sup>. No mesmo sentido, Di Pietro:

Como se vê, a expressão *rebus sic stantibus* é parte dessa frase e designa a cláusula que é considerada implícita em todos os contratos de prestações sucessivas, significando que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecem (*rebus sic stantibus*) como eram no momento da celebração<sup>99</sup>.

No que tange ao princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual os pactos devem ser cumpridos, insta ressaltar que, durante longo tempo, foi utilizado como empecilho ao reequilíbrio dos contratos, consoante Furtado “*sob o argumento de que o contrato deve ser executado nos exatos termos em que foi firmado*”<sup>100</sup>.

O princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual as partes se obrigam a cumprir o acordado, foi apresentado durante o século XIX como empecilho à

---

<sup>96</sup> LIMA, 2010, p. 80.

<sup>97</sup> DI PIETRO, 2011, p. 287.

<sup>98</sup> FURTADO, 2007, p. 608.

<sup>99</sup> DI PIETRO, 2011, p. 286.

<sup>100</sup> FURTADO, 2007, p. 608.

recomposição da equação econômica do contrato sob o argumento de que o contrato deve ser executado nos exatos termos em que foi firmado<sup>101</sup>.

A partir de uma nova concepção de equilíbrio, em que tal conceito é tido como dinâmico e não mais estático, o referido princípio não impede a necessidade de recomposição do equilíbrio do contrato. Nessa nova perspectiva, impõe-se às partes o dever de acompanhar o contexto fático que circunda a realização do contrato e, ainda, conforme ressalta Furtado:

o seu constante cotejamento com aqueles fatores que resultaram na definição dos encargos das partes a fim de, verificado o desequilíbrio e comprovados determinados parâmetros, promover a alteração do contrato de modo a recompor o equilíbrio inicialmente definido<sup>102</sup>.

Nesse sentido, a preservação do equilíbrio não constitui violação ao princípio mencionado, mas sim realização. Diferentemente do âmbito privado, nos contratos públicos os mecanismos de reequilíbrio financeiro devem estar previstos no próprio instrumento e na lei. O grande obstáculo, indica Furtado, é indicar expressamente todas as situações e todos os remédios adotados para corrigir o desequilíbrio.

A Lei 8.666/93, em seu art. 65, II, “d”, expressamente prevê a possibilidade de ser realizada, por acordo entre as partes, a recomposição do equilíbrio do contrato<sup>103</sup>. Segundo o referido dispositivo, os fatos previsíveis, cujas consequências se possam calcular não são aptos a ensejar a recomposição de preços. Furtado acrescenta ainda que “*a lei não visa suprimir a imprevidência do particular ou sua imperícia em calcular o comportamento da curva inflacionária, por exemplo. Apenas o resguarda de situações extraordinárias, fora do risco normal da economia de seus negócios*”<sup>104</sup>. Completa ainda que:

De fato, admitir a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos fora das circunstâncias definidas em lei, vale dizer, aceitar a recomposição de preços nos contratos a todo tempo e modo, na hipótese de o contratante apenas demonstrar alterações na relação econômico-financeira, seria negar qualquer sentido ao instituto da licitação e premiar o licitante que, por má-fé ou inépcia empresarial, apresentou proposta que, com o tempo, revelou-se antieconômica<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> Ibidem, p. 301.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 608.

<sup>103</sup> O art. 65, II, “d” da lei 8.666/93 estabelece que “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.”

<sup>104</sup> FURTADO, 2013, p. 302.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 302.

Caso referida teoria fosse aplicada indistintamente, a Administração seria conduzida a aceitar propostas apenas aparentemente mais econômicas. O referido autor explana que, nessa situação, empresas com previsões bem feitas seriam prejudicadas por concorrentes que trariam malefícios para o ente público apenas meses mais tarde. E continua:

Variações de custos previsíveis, para mais ou para menos, são normas na atividade empresarial e constituem a álea normal do empreendimento a serem suportadas pelo empresário contratado. Impõe-se, desse modo, a definição dos requisitos necessários à recomposição do equilíbrio econômico do contrato<sup>106</sup>.

Impõe-se então necessário definir os requisitos aptos à aplicação da teoria da imprevisão, que não se constituem como álea normal do empreendimento. Di Pietro classifica os fatos ensejadores em i) imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis; ii) estranhos à vontade das partes; iii) inevitáveis; iv) causadores de desequilíbrio muito grande no contrato<sup>107</sup>.

Furtado ressalta que o administrador deve agir com ponderação ao promover a recomposição do equilíbrio contratual e “*sempre justificar com toda a prudência os fundamentos que justificam a aplicação da teoria e o porquê da fixação de novos valores*”<sup>108</sup>. Aduz ainda serem incabíveis explicações genéricas a fim de justificar a aplicação da teoria.

Para demonstrar a aplicação de tal teoria, Furtado cita o exemplo de um contrato para fornecimento de peças importadas a serem pagas em moeda estrangeira ao fornecedor, quando um mês após iniciada a execução do contrato, o dólar sofreu expressiva valorização frente ao real. Conclui que em tal hipótese é devida a recomposição de preços do contratado, uma vez que tal aumento exagerado não poderia ser esperado ou previsto:

Admitimos a recomposição do valor do contrato em face da exagerada desvalorização do real frente ao dólar, moeda a ser utilizada por aquele que contratou com a Administração para pagar a seu fornecedor no exterior. Pequenas desvalorizações da moeda nacional, que normalmente ocorrem no mercado, não devem, em hipótese alguma, serem utilizadas para o aumento do valor do contrato com a Administração Pública<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Ibidem, p. 610.

<sup>107</sup> DI PIETRO, 2011, p. 303.

<sup>108</sup> FURTADO, 2007, p. 610.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 613.

## 2.4. Recomposição da equação econômico-financeira

Conforme demonstrado no subtópico anterior, a intangibilidade abarca somente os efeitos patrimoniais da contratação. Nada impede a alteração unilateral do conteúdo das prestações, vedando-se, no entanto, a alteração do equilíbrio entre encargos e vantagens da avença pactuada.

Para corrigir o desequilíbrio da equação no curso do contrato, a legislação pátria estabelece instrumentos aptos a restaurar a situação inicial, com destaque para o reajuste, a revisão e a atualização de preços<sup>110</sup>. Sublinha-se que as denominações dos institutos são diversas, podendo ser a revisão chamada de recomposição de preços ou repactuação como sendo apartada do reajuste.

### 2.4.1. Reajuste

Conforme dispõe o art. 55, III, e 40, XI, da Lei 8666/93 o reajuste tem como finalidade preservar o valor do contrato em virtude da inflação, sendo assim cláusula necessária aos contratos administrativos. As partes devem eleger previamente determinado índice de correção em virtude da previsibilidade das oscilações econômicas que ocasionam o desequilíbrio no contrato.

Furtado relaciona o reajuste de preços a variações dos custos de produção e, sendo previsíveis, poderão estar previstos no contrato<sup>111</sup>. Tais cláusulas têm como objetivo atualizar os valores do contrato em decorrência de situações previsíveis. Assevera que o referido mecanismo caracteriza-se como meio de reposição de perdas geradas pela inflação bem como podem ser utilizados como critérios índices que medem a inflação, como por exemplo, o INPC. Assim, a periodicidade anual do reajuste deve levar em consideração a data de apresentação da proposta<sup>112</sup> e o valor da proposta que deve ser preservado no decorrer do contrato.

Se o edital não estabelecer a cláusula do reajuste, Oliveira e Carvalho Filho defendem que se considera irreajustável o valor da proposta. Oliveira leciona que uma vez apresentadas as propostas e, por sua vez, tendo ciência do edital, anuíram com todos os seus

---

<sup>110</sup> OLIVEIRA, 2012, p. 213.

<sup>111</sup> FURTADO, 2007, p. 613.

<sup>112</sup> OLIVEIRA, 2012, p. 214.

termos, constituindo o reajuste posterior violação ao princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório<sup>113</sup>.

No entanto, Marçal Justen Filho refuta tal entendimento e leciona que a ausência da cláusula não impediria a recomposição dos preços. Segundo o autor, “*o reajuste ensejaria a preservação automática da equação econômica, tendo em vista a previa estipulação de um índice*”<sup>114</sup>.

## 2.4.2. Revisão

A revisão, também chamada de recomposição, baseia-se em uma análise de dois momentos distintos, destinando-se a restabelecer a relação original. Os fatos supervenientes e imprevisíveis que desequilibram a equação econômica dão origem à revisão do contrato. O referido mecanismo deve ser observado independentemente de previsão contratual e as partes devem formalizar a revisão do contrato para restaurar o equilíbrio perdido<sup>115</sup>.

A revisão é o único dos institutos “*em que os contratantes não podem dispor e se obrigar previamente por não poderem antever seus contornos*”<sup>116</sup>. Adotando terminologia diversa, Marçal Justen Filho o denomina de “*recomposição do equilíbrio econômico-financeiro*” e Lucas Rocha Furtado o conceitua como “*um sinônimo de repactuação*”<sup>117</sup>. Por sua vez, Justen Filho leciona que “*a revisão consiste no exame dos custos e vantagens diretos e indiretos, contemplados nas propostas do particular, visando verificar sua alteração substancial e restabelecer, se necessário, a relação originalmente existente*”<sup>118</sup>.

Uma vez que seus efeitos não podem ser previamente determinados, é vedado ao edital do procedimento licitatório dispor ou se obrigar previamente ao cumprimento deste. Nesse sentido:

A revisão do contrato não depende de previsão no instrumento convocatório ou mesmo no próprio contrato. Trata-se de direito outorgado aos contratantes condicionado à ocorrência de fato imprevisível ou com consequências imprevisíveis. Ocorrendo certos pressupostos (...). A revisão do contrato talvez seja a expressão máxima do direito constitucional ao equilíbrio

---

<sup>113</sup> Ibidem, p. 214.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 214.

<sup>115</sup> OLIVEIRA, 2012, p. 216.

<sup>116</sup> SOUZA, 2014, p. 82.

<sup>117</sup> FURTADO, 2007, 610.

<sup>118</sup> JUSTEN FILHO, 2015, p. 538

econômico-financeiro, que, pois, não pode ser restringido por ato administrativo ou por contrato<sup>119</sup>.

Assevera Furtado ainda que:

A lei, porém, dispõe que o fato provocador do equilíbrio do contrato não necessariamente terá de ser imprevisível. Ainda que ele pudesse ser previsto, se seus efeitos forem incalculáveis, estará autorizada a recomposição de preços com fundamento em referida teoria da imprevisão<sup>120</sup>.

Frisa-se que, por constituir alteração, deve ser feito por meio de aditivo contratual, bem como não se exige tempo mínimo para a sua aplicação, podendo-se aplicar o instituto da revisão mesmo antes do início da execução do contrato ou mesmo antes de sua assinatura<sup>121</sup>.

### **2.4.3. Atualização financeira**

A atualização financeira consiste na correção monetária, quando do atraso dos pagamentos, bem como no pagamento relativo aos juros moratórios, a partir do inadimplemento da obrigação.

A atualização está relacionada à ocorrência de atraso nos pagamentos devidos pelo ente estatal, sendo obrigatória cláusula no contrato que discipline o seu pagamento. Assim, tendo o particular cumprido o contrato, é dever da Administração pagar a quantia devida atualizada monetariamente. Ressalta Furtado que a correção *“é devida independentemente de previsão no instrumento do contrato – ainda que pela lei deva o contrato prever tal cláusula e indicar esses critérios de atualização”*<sup>122</sup>.

Furtado traça distinção entre os institutos do reajuste e da recomposição em que aquele necessariamente deve constar no contrato, não sendo admitido na hipótese de sua ausência contratual. Já recomposição, ensina o referido autor, justamente por se tratar de fato imprevisível, não há como constar no contrato.

Outra diferença também importante consiste no fato de que o reajuste tem periodicidade de aplicação anual, enquanto a recomposição pode ser feita a qualquer tempo.

---

<sup>119</sup> NIEBUHR, 2012, p. 895.

<sup>120</sup> FURTADO, 2007, 614.

<sup>121</sup> SOUZA, 2014, p. 85.

<sup>122</sup> FURTADO, 2007, 619.

Por fim, estando o reajuste previsto no contrato, sua aplicação não deve ser feita por aditivo, ao contrário da recomposição<sup>123</sup>.

A partir do exposto, discute-se a possibilidade de uma crise econômica, como a vivenciada em 2015, ser apta a ensejar o reequilíbrio dos contratos administrativos em curso. Isto é, se a alteração no cenário econômico enquadrar-se-ia na álea econômica extraordinária.

---

<sup>123</sup> Ibidem, 616.

### 3. Análise crítica de julgados do STJ e TCU

O capítulo anterior versou a respeito dos eventos causadores da quebra do equilíbrio contratual. O presente capítulo visa demonstrar, por meio exemplificativo da crise econômica vivenciada em 2015, uma situação concreta que dá ensejo à revisão contratual em face da ocorrência de álea econômica. Para tanto, será realizada uma análise da atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União no que tange exclusivamente à variação cambial, adotando-se, para tanto, o dólar americano como referencial. Cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas da União foram escolhidos como parâmetro por serem Cortes de unificação de entendimentos.

Tendo em vista o atual e crescente aumento do dólar americano frente ao real, buscar-se-á evidenciar as principais questões enfocadas pelo STJ e pelo TCU, bem como a possibilidade da aplicação da teoria da imprevisão no regime jurídico dos contratos atualmente pactuados com a Administração Pública.

O presente trabalho busca, a partir da análise do acórdão paradigma RMS 15.154/PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ, 2 dez. 2002, bem como de outros processos escolhidos de modo a contrastar decisões do mesmo Tribunal em análise, pesquisar os requisitos para aplicação do princípio do equilíbrio econômico-financeiro em face da variação cambial.

#### 3.1. A questão do câmbio

A globalização financeira, discorre Prates, *“emerge a partir da eliminação das barreiras internas entre os diferentes segmentos dos mercados financeiros, da interpenetração dos mercados monetários e financeiros nacionais e da sua integração aos mercados globalizados”*<sup>124</sup>.

Em decorrência da globalização, os contratos administrativos muitas vezes têm seu preço de alguma forma vinculado a determinada moeda estrangeira, com seus custos serem atrelados a insumos ou a materiais estrangeiros. Nessa hipótese a mínima variação da moeda influi consideravelmente no aumento ou diminuição dos custos do contrato.

---

<sup>124</sup> PRATES, 2015, p. 19.

Nesse sentido, quando um produto cujo preço é atrelado ao dólar é adquirido, a variação cambial repentina, tal como vista ao longo de 2015, constitui fato superveniente caracterizador de álea extraordinária econômica.

### 3.2. Panorama 1999 – panorama atual.

Em 1999, o Banco Central do Brasil abandonou o sistema de intervenção permanente no mercado, liberando a oscilação da moeda estrangeira. Nessa esteira, Prates assevera que:

Este regime foi instituído pelo Comunicado nº 6.565, de 18 de janeiro de 1999, do Banco Central do Brasil (BCB), mediante o qual a autoridade monetária informou à sociedade que, a partir daquela data, ‘deixaria que o mercado definisse a taxa de câmbio, nos segmentos livre e flutuante, vindo a intervir, ocasionalmente, com o objetivo de conter movimentos desordenados da taxa de câmbio.’<sup>125</sup>

Giambiagi e Moreira assim descrevem o panorama do ano de 1999:

Em tais circunstâncias, a taxa de câmbio real/dólar, que tinha encerrado em R\$ 1,2087 no final de dezembro de 1998 e que no último dia de regime de política cambial plenamente controlada (12 de janeiro de 1999) estava em R\$ 1,2114, sofreu um aumento vertiginoso, subindo de forma praticamente sistemática até 3 de março, quando a média do dia (Ptax) foi de R\$ 2,1647, embora durante o dia a cotação houvesse atingido R\$ 2,23<sup>126</sup>.

No dia 24 de junho de 2015, o portal de notícias Valor Econômico informava que o Brasil enfrentava a pior das recessões pós-real<sup>127</sup>. No mesmo sentido, no dia 31 de março do mesmo ano, o sítio da revista Veja noticiava “*alta do dólar em 2015 é a maior desde 1999 — quando o BC mudou o regime cambial. Moeda americana terminou o trimestre com alta de 20% em relação ao real. Em março, valorização é de 11,7%*”.<sup>128</sup> Por fim, o portal de notícias do G1 publicou em 31.03.2015 que “*foi a maior valorização do dólar em um primeiro*

---

<sup>125</sup> PRATES, 2015, p. 91.

<sup>126</sup> GIAMBIAGI E MOREIRA, 1999, p. 2.

<sup>127</sup> Disponível em < <http://www.valor.com.br/brasil/4106150/pior-das-recessoes-do-pos-real>> Acesso em 22 de agosto de 2015.

<sup>128</sup> Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/alta-do-dolar-em-2015-e-a-maior-desde-1999-quando-o-bc-mudou-o-regime-cambial/>> Acesso em 22 de agosto de 2015.

*trimestre desde 1999, quando o Brasil desvalorizou o real e adotou o regime de câmbio flutuante*<sup>129</sup>.

Assim, nota-se grande variação do dólar, fato que pode ser atribuído ao risco-país e às interferências do governo para valorização da moeda interna, ocasionando o aumento do preço de muitos insumos, bens e equipamentos fabricados e comercializados no Brasil<sup>130</sup>.

Questiona-se, no presente trabalho, sobre a repercussão dessa variação cambial nos contratos da Administração. Seria possível atrelar a revisão contratual à variação do dólar?

### **3.3. Variação cambial como fator de desequilíbrio na equação econômico-financeira**

A fim de elucidar o tema, Furtado cita o exemplo de um contrato celebrado para o fornecimento de peças importadas a serem pagas com moeda estrangeira, com vigência de um ano e sem qualquer cláusula de reajuste. A este caso, o autor contrapõe o exemplo de um contrato para fornecimento de mão de obra, em que um mês após o início de sua vigência, houve dissídio da categoria com consequente aumento salarial concedido pela Justiça do Trabalho. Para sua resolução, Furtado leciona que, na variação exagerada do dólar, impõe-se a recomposição do preço do contrato; o dissídio dos trabalhadores, por sua vez, não preenche os requisitos da recomposição do contrato. Explana, ainda, que:

O tratamento diferenciado decorre do fato de que se o aumento exagerado do dólar não poderia ser esperado ou previsto, não havia como o contratado, ou qualquer outro licitante, ter considerado essa possibilidade no momento em que apresentou sua proposta à Administração. No segundo contrato, o dissídio da categoria profissional ocorre todo ano, de modo que era perfeitamente previsível a concessão de algum ganho para os empregados da empresa contratada. Caberia a ela no momento em que apresentou sua proposta considerar a possibilidade de a categoria profissional obter algum tipo de aumento no dissídio<sup>131</sup>.

Assevera que o reequilíbrio no exemplo citado apenas é devido em face da exagerada desvalorização da moeda brasileira frente à americana e que, por sua vez, *“pequenas desvalorizações da moeda nacional, que normalmente ocorrem no mercado, não*

---

<sup>129</sup> Disponível em <http://g1.globo.com/economia/mercados/noticia/2015/03/dolar-fecha-dia-no-vermelho-mas-encerra-marco-com-forte-alta.html> Acesso em 24 de agosto de 2015.

<sup>130</sup> SILVA, 2010, p. 41.

<sup>131</sup> FURTADO, 2013, p. 303.

*devem, em hipótese alguma, ser utilizadas para aumento do valor do contrato com a Administração Pública*”<sup>132</sup>.

Consoante ensinamento de Justen Filho, a legislação e jurisprudência mantêm-se no sentido de que tais variações, provocadas pela valorização/desvalorização do câmbio não sejam aceitas como hipótese de revisão ou reajuste dos contratos administrativos<sup>133</sup>. O Superior Tribunal de Justiça diferencia a variação cambial ordinária da desvalorização do real frente à moeda estrangeira. A primeira trata-se de fato previsível e comum na realidade empresarial, impossibilitando-se a aplicação da teoria da imprevisão frente a tais acontecimentos<sup>134</sup>.

O acórdão utilizado como paradigma reconhece a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado com a Administração Pública em virtude da excessiva desvalorização cambial ocorrida em janeiro de 1999. Trata-se de um contrato administrativo de fornecimento de produtos de informática, material completamente importado e, conseqüentemente, severamente afetado pela súbita desvalorização do real frente ao dólar americano. Em julgamento que contém um dos mais relevantes precedentes sobre o tema, em voto do ministro Luiz Fux, admitiu-se a aplicação da teoria da imprevisão, por entender que a abrupta desvalorização do real em face ao dólar americano, ocorrida em 1999, adequava-se à hipótese da alínea "d", inc. II, do art. 65 da Lei 8666/93. A Corte Superior anulou, ainda, a sanção administrativa aplicada à empresa por descumprimento contratual.

O acórdão restou assim ementado:

**CONTRATO ADMINISTRATIVO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO VÍNCULO. DESVALORIZAÇÃO DO REAL. JANEIRO DE 1999. ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA REFERENTE AO PREÇO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E FATO DO PRÍNCIPE.**

1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, 88 § 5º e 6º, da Lei 8.666/93. Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula *mater* da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as "condições efetivas da proposta".

2. 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.

---

<sup>132</sup> Ibidem, p. 304.

<sup>133</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 903.

<sup>134</sup> SOUZA, 2014, p. 88.

3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (*ad impossibilia memo tenetur*).
4. Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da *exceptio non adimplet contractus* imputável à administração, *a fortiori*, implica admitir sustar-se o "início da execução", quando desde logo verificável a incidência da "imprevisão" ocorrente no interregno em que a administração postergou os trabalhos. Sanção injustamente aplicável ao contratado, removida pelo provimento do recurso.
5. Recurso Ordinário provido.<sup>135</sup>

A Teoria da Imprevisão é aplicada, conforme demonstrado no capítulo 2, quando se verificar que eventos econômicos imprevisíveis ou de efeitos incalculáveis tornem a execução do contrato excessivamente onerosa. E, caso seja demonstrado, é dever da Administração realizar a recomposição econômico-financeira.

Conforme visto, os fatos que possibilitam a teoria da imprevisão são i) imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis; ii) estranhos à vontade das partes; iii) inevitáveis; iv) causadores de desequilíbrio muito grande no contrato.

O primeiro pré-requisito a ser analisado é a imprevisibilidade ou previsibilidade, de consequências incalculáveis. No voto analisado, o Relator cita trecho de voto de processo diverso consignando que:

A álea aceitável em casos como este é aquela que pode ser antevista normalmente pelo cidadão comum com base, apenas, na observação do histórico da cotação do câmbio, e esta, como é notório, apresentava-se estável há mais de quatro anos, permitindo supor que era uma tendência segura. Portanto, é forçoso reconhecer que houve, sim, uma abrupta e imprevista alteração no regime cambial que vigera deste 1994. **Antever essa reviravolta com tanta antecedência, se tal era possível, só mesmo para privilegiados especialistas. (sem grifo no original)**

Assim, poder-se-ia apenas considerar esse um evento previsível quando presumido por meio de análises bem sucedidas. Cabe ressaltar que não se pode imputar desídia ao particular, uma vez não ser esperado que o homem médio preveja tais alterações cambiais.

O segundo pré-requisito diz respeito à condição de que o prejuízo seja alheio à vontade das partes. Demonstra-se evidente que o particular e sequer a Administração Pública, como parte no contrato, possuam relação direta com a variação cambial.

---

<sup>135</sup> STJ - RMS: 15154 PE 2002/0089807-4, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 19/11/2002, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/12/2002.

A política cambial pode ser definida como “o conjunto de ações governamentais diretamente relacionadas ao comportamento do mercado de câmbio, inclusive no que se refere à estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos”<sup>136</sup>. As alterações havidas no mercado cambial brasileiro são determinadas pelo Conselho Monetário Nacional e executadas pelo Banco Central. Nesse sentido, apesar de tais atos serem realizados por entes governamentais, seus efeitos não podem ser imputados a qualquer das partes contratantes.

O terceiro pré-requisito é a inevitabilidade. A alta do dólar não está incluída dentro da atividade rotineira da atividade comercial, constituindo-se assim álea extraordinária que o particular não pode evitar. O acórdão ressaltou que:

O que estaria incluído dentre desse risco seria uma variação dentro das bandas já fixadas pelo governo, ou até mesmo uma ampliação dessa banda, mais nunca uma completa mudança na política cambial, que culminou com a enorme desvalorização do real frete ao dólar norte americano.

Por fim, o último pré-requisito relaciona-se com o exagerado desequilíbrio no contrato. O objeto da avença consistia em fornecimento, instalação e configuração de *softwares* de proteção, material importado dos Estados Unidos da América. No caso em apreço, a desvalorização causou um aumento de mais de 40% no custo dos equipamentos contratados. Desta forma, restou demonstrado exagerado aumento nos custos da execução do contrato para o particular.

Assim sendo, o referido evento econômico preencheu todos os pré-requisitos apresentados, ensejando a aplicação da teoria da imprevisão.

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União adota posição favorável à aplicação da revisão, conforme acórdão de relatoria do ministro Walton Alencar Rodrigues:

Representação formulada por equipe de auditoria do TCU. Possíveis irregularidades na CBTU. Celebração de contrato contendo previsão de reajuste com base na variação cambial do dólar norteamericano. Regime de administração contratada. Desvalorização cambial elevada. Restabelecimento do equilíbrio econômicofinanceiro. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Contrato. Licitação internacional. Formalização em moeda estrangeira. Reajuste com base na variação cambial. Análise da matéria.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> Disponível em <[http://www.bcb.gov.br/pre/bc\\_atende/port/mercCam.asp#16](http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/mercCam.asp#16)> Acesso em 10 de setembro de 2015.

<sup>137</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 0464/2000 – Plenário, rel. Walton Alencar, DOU de 23.6.2000.

No caso analisado, reconheceu-se a aplicação da teoria da imprevisão para recompor, agora em benefício da Administração, a equação econômico-financeira afetada em face da exagerada desvalorização cambial.

Na situação fática apresentada, a Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU firmou no ano de 1999, contrato com o ente público associado à prestação de serviço de transporte. No contrato havia previsão de reajuste com base na variação cambial do dólar americano em face de se tratar de licitação internacional com a formalização em moeda estrangeira. No entanto, com a prorrogação do prazo de execução inicialmente previsto no contrato, sobreveio álea econômica ante a desvalorização cambial.

O relator consignou que:

Sob o ponto de vista legal, não há óbice ao reajuste pela variação cambial contemplado no contrato firmado pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU.

Todavia, sob o aspecto econômico, não há negar que, em virtude da desvalorização cambial, ocorrida no início de 1999, o valor em reais recebido pela contratada elevou-se substancialmente, sem que os seus custos, essencialmente vinculados a insumos nacionais, aumentasse na mesma proporção, haja vista que o maior custo incorrido pela contratada é com pessoal, que tem sua remuneração fixada em reais.

Isso configura alteração imprevisível e inevitável na esfera econômica, estranha à vontade das partes, que acarretou distorção entre o valor recebido e os encargos suportados pela contratada, em benefício desta e, de outra parte, na mesma proporção, a imposição de ônus excessivo à contratante, o que enseja a aplicação da teoria da imprevisão (*rebus sic stantibus*). Ressalte-se que essa teoria, albergada pela atual Lei de Licitações, no seu art. 65, inciso II, alínea d, pode ser empregada tanto em favor do contratado quanto em favor do contratante.

(...)

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento nos arts. 1º, inciso II, e 41 da Lei nº 8.443/92, DECIDEM:

(...)

8.3. recomendar à entidade que adote providências com vistas à renegociação do contrato nº 026-98/DT em virtude da desvalorização cambial, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial e proporcionar a justa remuneração do serviço, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666/93.

Os referidos precedentes são considerados inovadores, Nester observa que:

Até então existia lacuna no que se refere à recomposição cambial em função de eventos econômicos tais como a desvalorização cambial. Com a decisão do TCU, evitou-se que o particular se locupletasse indevidamente em prejuízo dos cofres públicos. Com o acórdão do STJ, abriu-se campo para o entendimento de que o particular não pode ser penalizado por eventos

econômicos extraordinários, a ponto de financiar o contrato firmado com o poder público.<sup>138</sup>

Em contraponto aos acórdãos ora analisados, o STJ, no caso em apreço, rejeitou a aplicação da revisão referente à variação cambial ordinária. No acórdão, a recorrida, por meio de processo licitatório, firmou com a recorrente, contrato administrativo de fornecimento de máquinas. Ressalta-se que a alta do dólar majorou o custo do produto em 60% em um período de 40 dias. Confira-se a ementa:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. INEXECUÇÃO. MULTA.

(...)

2. A variação cambial é acontecimento previsível no ambiente negocial com moedas estrangeiras.

3. Não-reconhecimento, pelo acórdão recorrido, de que a variação cambial apontada pela recorrente afetou, in casu, a comutatividade e o equilíbrio contratual.

4. Multa contratual aplicada com apoio nos arts. 86, § 2º, e 87, § 1º, c/c o art. 77 da Lei 8.666 de 1993 (Lei de Licitações).

5. Interpretação e aplicação de cláusula contratual em harmonia com os preceitos legais que a regulam.

6. Recurso especial desprovido<sup>139</sup>.

De acordo com o precedente analisado, a crise cambial, além de previsível, possuía duração por tempo certo, sem afetar a comutatividade e o equilíbrio contratual. Assim, concluiu-se que a simples variação cambial não pode ser considerada como fator imprevisível a permitir a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Insta ressaltar que mesmo em face da ocorrência de alta imprevisível do dólar, o Tribunal manteve a sanção administrativa aplicada pelo não cumprimento do contrato. O Ministro Rel. José Delgado consignou, ainda, que:

Não há que se falar, na hipótese, de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Alterações na política cambial são previsíveis. Elas devem ser consideradas em qualquer pacto negocial com moeda estrangeira. A variação da moeda deve ser observada como risco normal da atividade negocial bilateral.

Com entendimento convergente, o TCU “*evitando que situações regulares de variação cambial sejam assemelhadas às abruptas alterações da moeda*”<sup>140</sup>, rejeitou a revisão contratual embasada na variação cambial. Entendeu que:

---

<sup>138</sup> NESTER, 2009, p. 5.

<sup>139</sup> STJ - REsp 699.860/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2005, DJ 13/06/2005.

RELATÓRIO DE LEVANTAMENTO DE AUDITORIA (FISCOBRAS 2007). CONSTRUÇÃO DAS PLATAFORMAS PETROLÍFERAS SEMI-SUBMERSÍVEIS P-51 E P-52, CONVERSÃO DE DOIS NAVIOS PETROLEIROS NAS PLATAFORMAS P-50 E P-54, DO TIPO FPSO (**FLOATING PRODUCTION STORAGE AND OFFLOADING**), E A ADAPTAÇÃO DA PLATAFORMA P-47, DO TIPO FSO (**FLOATING STORAGE AND OFFLOADING**) EM FPSO, TODAS DESTINADAS À EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO NA BACIA DE CAMPOS. DIVERSAS IRREGULARIDADES. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E REAJUSTE CONTRATUAL INDEVIDOS SOB OS ARGUMENTOS DE VARIAÇÃO CAMBIAL, AQUECIMENTO DE MERCADO E VARIAÇÃO DE PREÇO DO AÇO ESTRUTURAL, ESTE POR FORÇA DA UTILIZAÇÃO DE DEMONSTRATIVO DE FORMAÇÃO DE PREÇO (DFP) DETALHADO, CARACTERIZANDO SUPERFATURAMENTO, AQUELES EM RAZÃO DE VEDAÇÃO EXPRESSA NOS CONTRATOS, GERANDO DANO. FALHAS NO GERENCIAMENTO DOS PLEITOS REFERENTES A CUSTOS DE EXTENSÃO DE PRAZO. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS DE ACEITABILIDADE DE PREÇOS UNITÁRIOS REFERENTES A SERVIÇOS ADICIONAIS DE **ONSHORE** E **OFFSHORE**. PLANILHAS REFERENTES A SERVIÇOS ADICIONAIS DE **ONSHORE** E **OFFSHORE** COM PREÇOS UNITÁRIOS DE HOMEM-HORA ACIMA DAQUELES PREVISTOS NA ESTIMATIVA DE CUSTOS. CUSTOS DE EXTENSÃO DE PRAZO PAGOS SEM COMPROVAÇÃO DA SUA NÃO-INCLUSÃO NO BDI E SEM A COMPROVAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DE VALORES UNITÁRIOS COM OS DO CONTRATO. SUPERFATURAMENTO NO PAGAMENTO DE SOLICITAÇÕES DE ALTERAÇÕES DE ESCOPO, COM APLICAÇÃO DE BDI EM DUPLICIDADE. FRAGILIDADE E FALTA DE TRANSPARÊNCIA NO PROCESSO DE AFERIÇÃO DO ÍNDICE DE CONTEÚDO NACIONAL DO CONTRATO EPC DA P-54. OPERAÇÕES DE **HEDGE**. CONSIDERAÇÕES. PARECERES TÉCNICOS CONTRAPOSTOS. ESPECULAÇÃO. AUSÊNCIA DE VARIAÇÕES CAMBIAIS IMPREVISÍVEIS OU ONEROSIDADE EXCESSIVA POR FATOS SUPOSTAMENTE EXTRAORDINÁRIOS. ÁLEA QUE SE SITUA NO RISCO EMPRESARIAL. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. RETENÇÃO CONTRATUAL DEFINITIVA PARA RESSARCIMENTO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. EXECUÇÃO DAS GARANTIAS. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. COMUNICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL E À COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS.

Não se aplica a teoria da imprevisão e a possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas devido a oscilações naturais dos fatores de mercado.<sup>141</sup>

A lei 10.192/2001, que trata sobre medidas complementares ao Plano Real, dispõe, no artigo 1º, parágrafo único, inc. I e II c/c art. 3º, que:

---

<sup>140</sup> SOUZA, 2014, p. 90.

<sup>141</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3282/2011 – Plenário, rel. min. Augusto Nardes, Sessão 7.12.2011.

Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

I - pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;

II - reajuste ou correção monetária expressas em, ou vinculadas a unidade monetária de conta de qualquer natureza;

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

Assim, é vedada a pactuação de cláusulas contratuais que vinculem o reajuste ou a correção dos contratos administrativos a índices de variação cambial ou de moeda estrangeira ou unidade monetária de qualquer natureza. Nesse sentido, Marçal Justen Filho assevera que:

Lembre-se que a legislação restringiu sensivelmente as hipóteses de cabimento de reajuste de preços vinculada a variação cambial. (...) A vedação legislativa destinou-se a evitar que a indexação à variação cambial fosse utilizada como sucedâneo da correção monetária. Tratou-se de impedir que bens e serviços produzidos no Brasil tivessem seus preços vinculados à moeda estrangeira. Nesse sentido, a vedação geral à prática de indexação e à utilização de instrumentos de reajuste em prazo inferior a doze meses, consagrada em virtude do Plano Real, apanham inclusive a previsão de variação cambial para o preço pactuado em contratações ao interno no Brasil.<sup>142</sup>

Exceção à regra está prevista no art. 5º da Lei de Licitações que possibilita, nas licitações internacionais, vincular-se o preço da proposta a outra moeda que não a nacional. O art.42 dispõe que “nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.”

Furtado cita o exemplo de um contrato celebrado com a Administração de fornecimento de produtos importados, com súbita e inesperada desvalorização posterior do real. Aduz que referida situação configuraria exemplo de aplicação de teoria da imprevisão, bastando que se recompusesse a equação de equilíbrio para que se pudesse executar o contrato. Conclui que:

---

<sup>142</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 503

“(…) na prática essas distinções entre teoria da imprevisão, fato do príncipe e da Administração, caso fortuito e força maior deixam de ser tão relevantes em face de três aspectos: 1. Em todos esses casos, a alteração do contrato irá depender de acordo das partes; 2. O fundamento legal para que se promova essa alteração contratual – em qualquer dos casos indicados – será o art. 65, II, ‘d’, da Lei 8.666.93 e; 3. Toda e qualquer alteração contratual, seja ela unilateral ou consensual, pressupõe a necessária justificação”<sup>143</sup>.

Desta forma, dado que o montante a ser pago cinge-se diretamente à cotação da moeda estrangeira, se o particular contratante comprovar que a variação repercutiu diretamente na execução da avença pactuada, impõe-se como necessário o instituto da revisão. Do mesmo modo, impor-se-á a revisão quando houver desvalorização do dólar frente ao real, permanecendo a Administração em prejuízo no contrato.

Isto posto, se determinada circunstância apresentava-se como imprevisível no momento da celebração do contrato, e efetivamente afeta o equilíbrio econômico-financeiro da avença, caberá a recomposição dos preços. Não é razoável que o particular tenha que arcar com o ônus integral, já que ambos - poder público e contratante - são igualmente vítimas da drástica desvalorização do real. Gomes completa que:

"Com base no disposto, deve-se demonstrar o fato imprevisível, ou previsível de consequências imprevisíveis, seja ele a variação cambial exagerada e imprevisível ou oriunda de fato do qual se poderia prever sua elevação, porém não de forma tão exacerbada. Foi o que ocorreu em 1999, quando a cotação do dólar, após a adoção do câmbio livre, pulou aproximadamente de R\$ 1,00 para R\$ 2,00. Era previsível que o governo adotasse o sistema de câmbio livre em detrimento do câmbio fixo com a consequente elevação da cotação do dólar americano, porém não que esta cotação atingiria patamares tão elevados"<sup>144</sup>.

Admite-se que um salto tão imenso, com uma rápida e crescente desvalorização da moeda nacional frente a outras moedas fortes, pode inviabilizar o adimplemento de prestações antes plenamente suportáveis no âmbito da Administração Pública.

O fundamento para a revisão decorre do próprio art. 37, XXI da Constituição, que determina a manutenção da equação econômico-financeira estabelecida no ato da apresentação das propostas. Nesse sentido, se o custo do objeto do contrato sujeita-se à cotação do dólar, a variação para mais ou para menos desequilibra as relações de encargos do contrato. Tais fatores devem ser considerados de maneira a se manterem as condições iniciais durante todo o seu desenvolvimento. Um contrato administrativo somente estará equilibrado

---

<sup>143</sup> FURTADO, 2013, p. 311.

<sup>144</sup> GOMES, 2003, p. 541.

quando os fatores que atuam durante sua execução formarem um sistema em que se anulam e não permitem modificações de suas condições iniciais<sup>145</sup>.

Todavia, a revisão do contrato não ficará vinculada diretamente à cotação do dólar, cláusula vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A revisão deve-se basear no grau de aumento de encargo suportado pelo particular, visando manter a equivalência das prestações quando da apresentação da proposta. A oscilação do dólar, por si só, não é razão suficiente para que se aplique obrigatoriamente a revisão contratual com base na teoria da imprevisão.

Ademais, o fato de o contrato ter como objeto bens originalmente importados, não significa, também, a obrigatoriedade da aplicação do instituto da revisão. Mendes leciona que:

O fornecedor que pleiteia a revisão terá de demonstrar, cabalmente, que o evento objetivo (oscilação do dólar) ensejou o desequilíbrio na relação contratual específica. Havendo a demonstração cabal do desequilíbrio, caberá à Administração recompor a situação. Caso contrário, deverá indeferir o pleito e exigir o cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado, sob pena da incidência de sanções cabíveis e previstas no contrato<sup>146</sup>.

Restou demonstrado que o posicionamento do STJ não é uniforme quanto à possibilidade de revisão em face da variação cambial. No entanto, restando configurada onerosidade excessiva das circunstâncias que advieram a partir de certo momento, quando em curso a relação obrigacional, faz-se necessário a recomposição ou revisão do contrato administrativo, o qual será devida tanto para o contratado quanto para a Administração Pública, nos casos em que o desequilíbrio econômico causado pela elevação ou redução de custos em virtude da variação cambial alcance a álea extraordinária.

Assim, caso o particular demonstre que a variação cambial apresentada em 2015 preencha os requisitos aptos à aplicação da teoria da imprevisão, será possível a revisão para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

De outro modo, o risco assumido pelos particulares que travam avença com o ente estatal seria de tal ordem que impossibilitaria a formulação de propostas condizentes com os preços praticados no mercado. Assim, toda contratação administrativa abrangeria a álea extraordinária, de tal maneira que, a busca da Administração pelo menor preço restaria inviabilizada pela provável postura defensiva adotada – ressalte-se, legítima – dos particulares, que formulariam propostas com preços tão elevados quanto necessários para

---

<sup>145</sup> BONATO, 2012, p. 237.

<sup>146</sup> MENDES, 1999, p. 99.

evitar, além dos riscos normais às atividades empresariais e ao mercado (álea ordinária), os riscos extraordinários e imprevisíveis<sup>147</sup>. Em síntese, haveria um aumento automático e indesejado nos custos de transação.

---

<sup>147</sup> NESTER, 2009, p. 6.

## Conclusão

A escalada do dólar tem se mostrado firme e constante. No decorrer de 2015, veículos de comunicação noticiaram que, nos últimos doze meses, a valorização da moeda americana em relação ao real atingiu patamares altíssimos. Um ganho maior para o mesmo período apenas havia sido observado no ano de 1999, período em que o Brasil abandonou a âncora cambial. A intensa valorização da moeda americana vem provocando, no momento atual uma desorganização da economia, impactando diretamente o cotidiano da população.

Como reagir diante das repercussões produzidas na cotação do dólar? Como se sabe, a variação cambial não se restringe somente a fatores de política econômica nacional e mercado internacional, repercute, também, no que tange a questões jurídicas. Nesse sentido, os contratos administrativos muitas vezes têm seu preço de alguma forma atrelado à determinada moeda estrangeira, com seus custos estando ligados a insumos ou a materiais estrangeiros. Nessa hipótese a mínima variação da moeda influi consideravelmente no aumento ou diminuição dos custos do contrato

Uma questão jurídica - leia-se a variação cambial inserida nos contratos administrativos - não pode ser decidida à luz apenas de argumentos econômicos. A dinâmica de mercado não pode se sobrepor aos princípios do Estado Democrático de Direito, como a indisponibilidade e a supremacia do interesse público.

A Constituição Federal de 1988 assegura expressamente em seu artigo 37, inciso XXI, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Não obstante, a legislação infraconstitucional confere soluções para garantir efetivamente o equilíbrio da avença pactuada, dentre eles a revisão, utilizada para circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis, por meio da aplicação da teoria da imprevisão; o reajuste, passível de utilização quando ocorram possíveis elevações dos preços; por fim, a correção monetária, decorrente do processo inflacionário.

A definição clássica de divisão de riscos no contrato administrativo ensina que o Poder Público deve assumir os riscos que decorrem das áleas extraordinárias, ou seja, álea econômica e a álea administrativa, enquanto o particular suporta as áleas ordinárias, aquelas que derivam do risco do negócio.

Como tais eventos de variação do câmbio podem surgir de ações independentes da atuação do Poder Público, o particular fica, por vezes, vulnerável aos diversos riscos inerentes à execução do objeto pactuado com a Administração Pública. Assim, não há como classificar

a variação cambial ou tentar encaixá-la em uma dita cláusula de reajuste, visto ser a imprevisibilidade instituto alheio ao conceito de reajuste. Se assim fosse, tornar-se-ia automático o reajustamento do contrato, dispensando-se qualquer real e efetiva modificação do custo contratual.

A aplicação da teoria da imprevisão aqui retratada, não se presta a beneficiar ou prejudicar qualquer das partes contratantes, destinando-se tão somente, a manter o equilíbrio dos encargos suportados pelo particular e a remuneração a ele paga pelo ente estatal. Sendo assim, uma vez demonstrado pelo particular que o referido aumento repercutiu diretamente na execução do contrato celebrado, será devida a revisão. Por sua vez, a revisão da avença não será vinculada diretamente à cotação do dólar, mas sim ao grau de aumento dos encargos observados para ambas as partes.

A jurisprudência, ainda oscilante, estabeleceu que, desde que presentes requisitos, o particular não deve arcar com a álea econômica extraordinária, de modo a amortecer os impactos causados pelos riscos cambiais.

A defesa aqui não é meramente do particular, mas da eficiência econômica, em que se estaria permitindo o adimplemento contratual por parte do particular que celebrou contrato com a Administração Pública de forma condizente com a realidade em que o contrato se perpetuara e, conseqüentemente, alcançando o interesse público com a existência de ganhos de eficiência para ambas as partes contratantes.

Se assim não fosse, o risco assumido pelos particulares em razão da álea extraordinária seria incorporado ao preço inicial do contrato firmado com o ente estatal, frustrando-se a busca da Administração pelo preço mais vantajoso, que melhor atenderia ao interesse público.

Conclui-se então, que a crise econômica delineada no ano de 2015 insere-se na condição de evento macroeconômico imprevisível, apto a ensejar a teoria da imprevisão, desde que o particular demonstre, no caso em apreço, os efeitos reais da mudança de cambio no contrato em curso.

## Bibliografia Consultada

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2003, p. 141.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2010.

BONATO, Hamilton. *Licitações e Contratos de Obras e Serviços de Engenharia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das Agências Reguladoras*. In: SEMINÁRIO "O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS", 2002, Brasília.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2009

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª edição revista e atualizada – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de Licitação e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato*. Boletim de Licitações e Contratos. Volume 7. São Paulo: Editora. 2001.

GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício M. *Taxas de juros e de câmbio real após a desvalorização do Real: um cenário tentativo para 1999/2002*. **Revista do BNDES**, n. 11, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos*. In: Revista do Advogado, v. 29, n. 107, p. 122-131, dez. 2009.

\_\_\_\_\_. *Algumas Considerações Acerca das Licitações em Matéria de Concessões de Serviço Público*. Direito do Estado – Novos Rumos. São Paulo: Editora Max Limonad. 2001.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2015.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Dialética. 2003.

LIMA, Solange Afonso de. *Funções econômica e social do contrato administrativo: equilíbrio econômico-financeiro*. 2010. 135f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010, p. 80. LIMA, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25.ed São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Licitação e Contratos Administrativos*. 14ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2001.

MENDES, Renato Geraldo. *A questão da variação do dólar e suas repercussões sobre os contratos administrativos*. In: ILC Informativo de Licitações e Contratos v.6 n. 60. p. 96-99. 1999.

NESTER, Alexandre Wagner. *Crise econômica e equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 27, maio 2009, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=27&artigo=885>, acesso em 29/09/2015

\_\_\_\_\_. *A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 17, jul. 2008, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=18&artigo=825>, acesso em 29/09/2015

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ROCHA, Cármem Lucia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo. Editora Saraiva. 1996.

SILVA, Caroline Rodrigues. *Inviabilidade da vinculação do reajuste à variação cambial nos contratos administrativos de TI*. In: Revista JML Licitações e Contratos/JML Consultoria e Eventos - v. 9, n. 35 (abr./jun.2015) – Curitiba: JML Editora, 2006, p. 40-43.

STJ - RMS: 15154 PE 2002/0089807-4, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 19/11/2002, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/12/2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratos administrativos: acréscimos de obras e serviços: alteração (Parecer)*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 2. São Paulo: Malheiros, 1992.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed., Editora Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TÁCITO, Caio. *Concessão de energia elétrica – tarifas – equilíbrio financeiro*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 203, jan./mar. 1996.

\_\_\_\_\_. *Fato do príncipe e contrato administrativo*. In: TÁCITO, Caio. Temas de direito público: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.