

EDUARDO ALEXANDRE LANG

**TEORIA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO NOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para a conclusão do Curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Professor Pedro Henrique
Xavier**

**CURITIBA
2005**

TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO ALEXANDRE LANG

TEORIA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:


Prof. Pedro Henrique Xavier
Departamento de Direito Público, UFPR



Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho
Departamento de Direito Público, UFPR


Prof.ª Ângela Cássia Costaldello

Departamento de Direito Público, UFPR

Curitiba, 17 de outubro de 2005.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	1
2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	4
2.1 Breve Evolução Histórica da Noção de Contrato	4
2.2 O Contrato no Direito Público	5
2.3 Conceito de Contrato Administrativo	7
2.4 Características dos Contratos Administrativos	9
3 TEORIA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO	12
3.1 Aspectos Gerais da Teoria do Equilíbrio Econômico.....	12
3.2 Mutabilidade do Contrato Administrativo	15
3.3 Álea Ordinária ou Empresarial	16
3.4 Equilíbrio Econômico-Financeiro no Direito Positivo Brasileiro	17
4 ÁLEA ADMINISTRATIVA	21
4.1 Aspectos Gerais da Álea Administrativa	21
4.2 Alteração Unilateral do Contrato Administrativo.....	21
4.3 Alteração Bilateral do Contrato Administrativo	26
4.4 Fato do Príncipe	28
4.5 Fato da Administração	31
5 ÁLEA ECONÔMICA EXTRAORDINÁRIA	34
5.1 Aspectos Gerais da Álea Econômica Extraordinária.....	34
5.2 Teoria da Imprevisão	34
5.3 Caso Fortuito e Força Maior	38
5.4 Interferências Imprevistas	40
5.5 Cláusulas de Reajuste de Preços e Tarifas	41
6 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	48

RESUMO

Prevalece no Direito Administrativo contemporâneo, notadamente após o término da Primeira Guerra Mundial, com fulcro na chamada Teoria do Equilíbrio Econômico, a concepção de que a equação econômico-financeira dos contratos celebrados entre a Administração e os particulares deve ser reajustada sempre que submetida aos efeitos das áleas administrativa e econômica extraordinária. Assim, as obrigações contratuais devem ser interpretadas à luz das circunstâncias e dos fatos sob os quais foram pactuadas. Trata-se da aplicação, aos contratos administrativos, da vetusta, porém renovada, cláusula *rebus sic stantibus*.

Palavras-Chave: Alteração Unilateral do Contrato Administrativo; Fato do Príncipe; Fato da Administração; Teoria da Imprevisão; Caso Fortuito e Força Maior; Interferências Imprevistas; Cláusulas de Reajustes e Preços.

1 INTRODUÇÃO

A teoria do equilíbrio econômico nos contratos administrativos se desenvolveu com mais intensidade, na Europa, após o término da Primeira Guerra Mundial, em decorrência das profundas mudanças nas relações jurídicas contratuais até então existentes entre a Administração e os particulares. As muitas nações que participaram do conflito mundial se viram, no pós-guerra, completamente impossibilitadas de adimplir os contratos de longo prazo que haviam celebrado, já que os mesmos tinham sido pactuados em uma situação completamente diversa daquela na qual se encontravam após 1918.¹

Até aquele momento histórico, prevalecia no Direito Administrativo a doutrina advinda do Direito Romano do *pacta sunt servanda*, postulado segundo o qual os contratos devem ser necessariamente cumpridos a despeito de qualquer alteração na situação econômica das partes. Todavia, diante daqueles fatos novos e imprevisíveis gerados pela guerra, notadamente a repentina falta de mão-de-obra e de matérias-primas, os operadores jurídicos repensaram a cláusula *rebus sic stantibus*, denominando-a de teoria da imprevisão.²

A partir de então, as obrigações contratuais passaram a ser compreendidas em função das circunstâncias de fato e de direito que serviram de base para a celebração da respectiva avença. Sob este novo enfoque, a superveniência de fatos imprevisíveis que repercutam sobre o que foi inicialmente ajustado pelas partes deve prevalecer sobre o antigo postulado do *pacta sunt servanda*. Em suma, houve, na doutrina e na jurisprudência, um reestudo do direito contratual público, o que flexibilizou a idéia de imutabilidade dos contratos.³

¹ MARTINS DE ARAÚJO, K. **Contratos Administrativos: Cláusulas de Reajuste de Preços e Reajustes pelos Índices Oficiais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3132>> Acesso em: 24 jun. 2005.

² WIGNY, P. **Droit Adminsitratif**. 4. ed. Bruxelles: Editions Bruylant, 1962. p. 275.

³ MARTINS DE ARAÚJO, K., op. cit.

Sistematizar numa só teoria essa evolução por que passou o contrato administrativo a partir do início do século XX é o objetivo da presente monografia. Para a completa compreensão do tema, faz-se necessário, num primeiro momento, estabelecer um conceito de contrato como instituto pertencente à teoria geral do direito, de modo a possibilitar a distinção entre os contratos que se submetem ao regime jurídico de Direito Privado e os que, por sua vez, submetem-se ao regime jurídico de Direito Público. Estes últimos, celebrados pela Administração Pública com terceiros, são os que nos interessam.

Uma vez delimitado o campo primário de estudo, os chamados contratos administrativos, serão necessárias considerações acerca de suas características. Tal mecanismo permitirá explicitar as prerrogativas que a Administração Pública detém ao contratar sob o regime jurídico de Direito Público, e que influenciarão sobremaneira o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, bem como determinarão os limites de sua mutabilidade. Na seqüência, um breve apanhado da legislação pátria referente aos contratos administrativos será feito, como modo de situar o estudo dentro do direito positivo.

Após estes estudos preliminares, será iniciada a abordagem do tema propriamente dito, num capítulo que irá delinear, em linhas gerais, no que consiste a teoria do equilíbrio econômico aplicada aos contratos administrativos. Seus aspectos gerais serão abordados, possibilitando sedimentar uma base que servirá de apoio para os estudos das teorias específicas.

Ainda no mesmo capítulo, será realizada a análise da característica mais peculiar e exorbitante dos contratos administrativos: sua mutabilidade, explicitada na possibilidade de a Administração, amparada pelo interesse público, gerar uma instabilidade no vínculo contratual, modificando-o unilateralmente. Seus requisitos e limites serão estudados, assim como o necessário reequilíbrio econômico que deverá obrigatoriamente acompanhá-lo.

Ao final do estudo da teoria geral do equilíbrio econômico restará claro que um contrato administrativo submete-se basicamente a três grandes grupos de áleas: álea econômica ordinária ou empresarial; álea administrativa, subdivida em alteração

unilateral do contrato, fato do príncipe e fato da administração; e álea econômica extraordinária, que pode ser resumida na teoria da imprevisão, no caso fortuito e força maior, nas interferências imprevistas e nas cláusulas de reajuste de preços e tarifas.

A álea ordinária ou empresarial, por não causar um desequilíbrio no contrato administrativo, será apenas brevemente analisada. Já as áleas administrativa e econômica extraordinária, terão um capítulo exclusivo cada uma, no intuito de aprofundar o estudo.

Após todos esses estudos, pretende-se, com a conclusão, esquematizar em tópicos todas as informações importantes referentes à teoria do equilíbrio econômico nos contratos administrativos, visando a facilitar a apreensão do trabalho como um todo.

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 Breve Evolução Histórica da Noção de Contrato

O contrato é dos institutos jurídicos mais antigos na história da humanidade e, no percurso da evolução das sociedades, passou por grandes transformações, especialmente em razão dos renovados valores que foram se sucedendo. GOMES leciona que na fase embrionária do Direito Romano o contrato não prescindia, para gerar um vínculo jurídico obrigacional, da prática de um ato solene.⁴ Esse formalismo foi se abrandando com a evolução da sociedade romana, até que se aproximou da sua clássica expressão, qual seja, a plena manifestação de livre vontade que vincula os indivíduos.

BRAVO e UCHÔA SOUZA⁵ apontam que, com o declínio do Império Romano, a influência dos bárbaros germânicos ensejou um retorno à exacerbação do simbolismo, para, apenas mais tarde, na Idade Média, o contrato sofrer modificações inspiradas nas práticas religiosas, passando o juramento, com a evocação de Deus, a compor a forma, o que reforçou a sua força vinculante. Assim, no início da Idade Moderna houve um retorno à concepção bastante formalista do Direito Romano.⁶

Esses mesmos autores destacam que nos séculos XVIII e XIX prevaleceu na França o individualismo firmado pela teoria kantiana, consagrando-se a liberdade e a igualdade política.⁷ Desde então, as influências advindas das esferas econômica, política e social foram impondo transformações a ponto de, aos poucos, o contrato adquirir a concepção moderna: um acordo de vontades entre as partes que estabelece um vínculo jurídico capaz de produzir efeitos jurídicos. Foi a consagração do

⁴ GOMES, O. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 6.

⁵ BRAVO, M. C.; UCHÔA SOUZA, M. J. *O Contrato do Terceiro Milênio*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2365>> Acesso em: 12 fev. 2005.

⁶ GOMES, O., ob. cit., p. 6.

⁷ Id.

postulado do *pacta sunt servanda* – a força cogente e imutável da vontade dos contratantes.⁸

Posteriormente⁹, as Guerras Mundiais e a Revolução Industrial conduziram o Estado numa nova direção, de modo que a função social do contrato adquiriu cada vez mais amplitude, prestigiando-se o elemento ético da boa-fé, que confere equilíbrio na expressão da vontade humana, tendo-se esta sempre vinculada às necessidades da vida moderna. Sendo assim, impõem-se modificações na ordem jurídica vigente, de tal modo que os contratantes exigem segurança do Estado e este passa a garantir a igualdade com a proteção do economicamente mais fraco, e assim valoriza o interesse coletivo em detrimento do individual.¹⁰

Essa evolução do instituto atingiu não só as relações entre os particulares, mas também as avenças celebradas pela Administração, conforme se verá a seguir.

2.2 O Contrato no Direito Público

Visando à satisfação das finalidades públicas estipuladas por Lei, a Administração acaba por ajustar relações jurídicas com outras pessoas, por meio de atos unilaterais e de atos plurilaterais. Segundo GASPARINI, aqueles constituem quase sempre, atos administrativos,¹¹ enquanto estes, há seu tempo, são contratos

⁸ Nesse sentido, LÔBO afirma que “a autonomia da vontade, desde Kant, confundiu-se com a própria noção de liberdade: a liberdade concebeu-se no moderno sentido negativo de não impedimento e a autonomia como propriedade de ser Lei para si mesma.” (LÔBO NETO, P. L. **Condições Gerais dos Contratos e Cláusula Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 10-11)

⁹ BRAVO, M. C.; UCHÔA SOUZA, M. J., ob. cit., p. 1.

¹⁰ Com propriedade, ensina Pontes de Miranda que “não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites.” (PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**, 3. ed. t. XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 102)

¹¹ Ato administrativo *stricto sensu* constitui uma declaração unilateral, produtora de efeitos individuais, tipificados pela auto-executoriedade. No dizer de LOPES MEIRELLES, “ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.” (LOPES MEIRELLES, H. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1992. p. 133).

administrativos¹². A doutrina distingue os contratos celebrados pela Administração Pública entre os regidos pelo Direito Privado e os regulados pelo Direito Administrativo¹³.

Os contratos celebrados pela Administração Pública regidos pelo Direito Privado são substancialmente regulados pelo Direito Civil, embora a legalidade desses ajustes, bem como as respectivas formalidades dependam da verificação de exigências prévias, tais como empenho e licitação, e posteriores, a exemplo de registros internos e publicação, reguladas pelo Direito Administrativo¹⁴.

No entanto, muitos autores vêm sistematicamente combatendo a existência de um contrato privado da Administração, sob o argumento de que esta estaria sempre vinculada ao regime de Direito Público, ainda que o contrato seja dos que se submetem às normas de Direito Privado. Esse é o entendimento, por exemplo, de GORDILLO¹⁵, e de VALLE FIGUEIREDO¹⁶. Essa última doutrinadora destaca que “a autonomia da vontade do particular”,¹⁷ no tocante à formação do vínculo jurídico, é um dos traços definidores do contrato administrativo, pois a Administração não pode obrigá-lo a celebrar uma avença.

ZANELLA DI PETRO afirma que os doutrinadores dessa referida corrente defendem que o contrato administrativo não observa os princípios da igualdade entre as partes, da autonomia da vontade e da força obrigatória das convenções, caracterizadores de todos os tipos de contrato¹⁸, uma vez que: a) a Administração ocupa posição de supremacia em relação ao particular, b) a Administração só faz

¹² GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 553.

¹³ SUNDFELD desconsidera essa distinção, considerando administrativos todos os contratos celebrados pela Administração Pública. (SUNDFELD, C. A. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1994. p. 199).

¹⁴ GASPARINI, D., ob. cit., p. 553.

¹⁵ GORDILLO, A. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

¹⁶ VALLE FIGUEIREDO, L. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 496.

¹⁷ Ibid., p. 498.

¹⁸ ZANELLA DI PIETRO, M. S. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 241.

aquilo que a Lei manda, enquanto o particular submete-se a cláusulas regulamentares ou de serviço, fixadas unilateralmente pela Administração em obediência ao que decorre da Lei; e c) as cláusulas regulamentares são mutáveis.

A maior parte da doutrina administrativista pátria, contudo, aceita a existência dos contratos administrativos submetidos ao regime de Direito Público, derogatório e exorbitante do direito comum, com características próprias que os distinguem do contrato de Direito Privado.¹⁹ Essa será a posição adotada neste trabalho de monografia e explicitada a seguir.

2.3 Conceito de Contrato Administrativo

O contrato administrativo, tido como aquele celebrado pela Administração Pública sob o regime de Direito Público, importa seu conceito fundamental da teoria geral do direito, ainda que com muitas peculiaridades. GOMES²⁰ ensina que um contrato pode ser definido como uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependente, para sua formação, do encontro da vontade de pelo menos duas partes, que criam, entre si, uma norma jurídica individual reguladora de interesses privados. Nesse contexto, o contrato tem por fundamento o concurso da vontade humana, limitado pela ordem jurídica, capaz de estabelecer direitos e obrigações, em regra, entre as partes contratantes.

Tal conceito, ao ser transportado para o campo do Direito Público, sofrerá modificações, pois o regime jurídico administrativo caracteriza-se por prerrogativas e sujeições impostas pelo princípio da finalidade ou do interesse público. As primeiras conferem à Administração poderes que a colocam numa posição de supremacia sobre o particular, enquanto as segundas funcionam como limites à atuação administrativa,

¹⁹ ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit. p. 240-241.

²⁰ GOMES, O., ob. cit, p. 6.

indispensáveis para garantir o respeito às finalidades públicas e aos direitos dos cidadãos²¹.

Nesse diapasão, BANDEIRA DE MELO conceitua contrato administrativo como “(...) um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de Lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.”²²

Esse emérito doutrinador seguiu em sua definição a escola clássica francesa, a partir dos três critérios estabelecidos pelo Conselho de Estado Francês, no século XIX, no tocante aos contratos administrativos. Por esse entendimento, um contrato qualifica-se como administrativo desde que assim esteja definido por Lei, tenha como objeto a prestação de um serviço público, ou contenha cláusulas exorbitantes²³. Bastaria, para o Conselho de Estado Francês, a existência isolada de um desses três critérios para um contrato ser administrativo.

Numa análise crítica desses três critérios, poder-se-ia notar suas fragilidades. O critério da qualificação legal encontra dificuldades no fato de existirem Leis, assim chamadas porque formalmente perfeitas, mas que materialmente são verdadeiros atos administrativos. O segundo critério é também problemático, pois até hoje não existe o menor consenso na doutrina sobre o conceito de serviço público. Por fim, o critério da presença de cláusulas exorbitantes mostra-se frágil sob o seguinte raciocínio: pode-se imaginar um contrato tipicamente privado, por exemplo, um contrato de locação, mas que contenha uma cláusula exorbitante. Nesse caso, por óbvio, esse contrato não seria transformado num contrato administrativo. Ocorreria simplesmente a anulação da cláusula exorbitante, uma vez que puramente potestativa.

²¹ ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 245.

²² BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 570.

²³ “São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem privilégios a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado”. (ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 256).

Parece mais adequado aproximar o conceito de contrato administrativo de um ajuste que a Administração Pública celebra com terceiros, seja este terceiro uma entidade pública ou particular, para a consecução de interesses da Administração, sujeitando esse vínculo a um regime de Direito Público. Conforme leciona CASSAGNE, esse regime de Direito Público é identificado pela presença de cláusulas típicas²⁴ de direito administrativo, tais como possibilidade de alteração unilateral, extinção antecipada do contrato e encampação. Essas cláusulas típicas irão se refletir especialmente na execução e na extinção do contrato administrativo.

2.4 Características dos Contratos Administrativos

Para uma total compreensão das características que permeiam um contrato administrativo faz-se necessário observar que na realidade não é o objeto, nem a natureza das cláusulas, nem mesmo a própria finalidade pública, que o define como tal. O que caracteriza um contrato administrativo é o regime jurídico de Direito Público. A partir da constatação de que será a Lei quem irá definir o regime jurídico do contrato, pode-se compreender facilmente as características deste contrato, o seu real alcance e sua real extensão.

Há características que não são privativas dos contratos administrativos, eis que comuns a todos os tipos de contratos. São elas a bilateralidade, a comutatividade, a onerosidade, o formalismo e a constituição *intuitu personae*. Isso porque, respectivamente, os contratos administrativos são contratos sinalagmáticos, ou seja, geram direitos e obrigações para ambas as partes; há uma relativa equivalência entre as prestações e vantagens para as partes contratantes; ambas obtêm proveito com a avença; o consentimento deve ser expreso pela forma prescrita na Lei; a consideração

²⁴ A terminologia “exorbitante” não é adequada, pois no contrato administrativo esse tipo de cláusula é típica. Seria exorbitante se estivesse presente num contrato privado. (CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. t. II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982. p. 15/16; e BÉNOIT, Francis-Paul. **Le Droit Administratif Français**. Paris: Librairie Dalloz, 1968. p. 62)

da pessoa de um dos contratantes é, para o outro, o elemento determinante de sua conclusão²⁵.

Existem, além das características comuns acima examinadas, alguns elementos exclusivos dos contratos administrativos. O poder de alteração unilateral é da própria essência da disciplina dos contratos administrativos. Essa possibilidade de alteração unilateral é viável ainda que não prevista textualmente no corpo do instrumento contratual ou no silêncio da Lei. Ela decorre da simples qualificação do contrato como administrativo. Conforme os ensinamentos de RIVERO, a contrapartida a esta prerrogativa²⁶ da Administração é a necessária manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Em linhas gerais, o equilíbrio econômico-financeiro consiste na cláusula financeira ou equação econômico-financeira. Significa que, a cada agravamento ou simplificação, ou seja, a cada modificação das condições de execução do contrato com reflexos na parte econômica, deverá corresponder uma exata contrapartida. É a manutenção da relação original entre os encargos e a remuneração do contratante, de tal sorte que a remuneração deverá corresponder à equação original. A amplitude desta cláusula é completa, englobando todos os aspectos econômico-financeiros.

Note-se que o reajustamento de preços e tarifas não se confunde, embora guarde correlação lógica, com o equilíbrio econômico-financeiro. Também possui uma expressão financeira mas, enquanto o equilíbrio é imanente ao próprio vínculo e, portanto, independe de cláusula escrita, a revisão do preço ou da tarifa deve estar expressamente prevista no contrato. Consiste numa medida ajustada entre as partes com o intuito de evitar que em virtude de alterações de mercado, desvalorização da moeda ou outros fatores venham a romper com o equilíbrio econômico-financeiro.

²⁵ GOMES, O., ob. cit., p. 89.

²⁶ Esta desigualdade fundamental tem um limite do lado financeiro: o contratante, neste terreno, se beneficia de garantias que o Direito Privado ignora e que tendem a lhe assegurar de todo modo e qualquer que seja o uso feito pela administração, de suas prerrogativas, uma remuneração conforme as previsões iniciais. (RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965. p. 108)

Outra característica dos contratos administrativos é chamada inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido²⁷, pois, conforme explica ANDRADE DE OLIVEIRA, deve-se “evitar uma imediata e sumária interrupção na execução contratual”.²⁸ No art. 78 da Lei nº 8.666 de 1993 tem-se diversos incisos²⁹ que tratam do inadimplemento da Administração Pública e fixam prazos a partir dos quais os contratantes poderão pleitear em juízo a rescisão do contrato.

O controle do contrato é uma característica que escapa totalmente aos contratos de Direito Privado, visto que nos contratos administrativos todo o controle é realizado por uma das partes, qual seja, a Administração, e vincula ambas. É uma característica que estará presente em qualquer ajuste celebrado sob o regime de Direito Público, ainda que não haja qualquer menção no contrato.

Por fim, no tocante à aplicação de penalidades, temos a prerrogativa da Administração de aplicar penalidades de modo diferente de uma cláusula penal ou um ajuste no Direito Privado. A penalidade imposta pela Administração será auto-executória, dotada de presunção de legitimidade e apta a inscrição na dívida ativa. Alguns doutrinadores³⁰ afirmam que somente poderão ser aplicadas as sanções previstas³¹ na Lei n.º 8.666 de 1993, e de modo proporcional à gravidade do fato.

²⁷ “A fórmula latina *exceptio non adimpleti contractus* significa a possibilidade, conferida a uma parte, de invocar o descumprimento de cláusulas contratuais, pela outra parte, para deixar de cumprir obrigações contratuais que lhe cabem.” (MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 255).

²⁸ ANDRADE DE OLIVEIRA, F. **Direito Administrativo, Origens, Perspectivas e Outros Temas**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 157.

²⁹ Lei n.º 8.666 de 1993, art. 78, inciso XV: “o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”.

³⁰ MEDAUAR, O., ob. cit., p. 256-257.

³¹ São elas: a) advertência; b) Multa; c) Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 anos; d) Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação.

3 TEORIA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO

3.1 Aspectos Gerais da Teoria do Equilíbrio Econômico

Conforme explicitado no capítulo anterior, o contrato administrativo cria um vínculo jurídico sujeito a um regime de Direito Público, unindo um particular cujo interesse restringe-se à obtenção de um lucro ao Poder Público, que, tendo escolhido a proposta mais vantajosa em licitação, busca a satisfação do interesse público.³²

Todavia, não obstante essa prerrogativa que assegura a supremacia do interesse público sobre o privado, derivada essencialmente do princípio constitucional da finalidade³³, há uma cláusula nos contratos administrativos que é intangível e que se destina a preservar o equilíbrio do contrato, da mesma forma como ocorre no âmbito do Direito Privado, não deixando, assim, o particular sujeito às vicissitudes do administrador. Tal cláusula é denominada pela doutrina majoritária de econômico-financeira.

O doutrinador francês WALINE conclui que o equilíbrio financeiro ou equação financeira do contrato consiste numa relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato.³⁴ GASPARINI, a seu turno, aponta que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo constitui um dever-poder da Administração Pública: é dever porque se reconhece ao particular o direito de ver preservada a equação econômico-financeira durante a vigência da avença, e é poder na medida em que a Administração é a única detentora

³² ALMEIDA, S. G. **Contratos Administrativos - Alteração - Equilíbrio Econômico-Financeiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2083>> Acesso em: 20 mar. 2005.

³³ “Esse típico poder de supremacia da Administração é exercido com mais constância nos contratos de maior duração, em que a execução contratual fica exposta à mudança dos fatos, determinante das supervenientes necessidades da Administração. Podem ocorrer inovações técnicas que devam ser adotadas na execução de serviço público e de obra pública, ou variação na quantidade ou qualidade, no interesse do Estado etc.” (ANDRADE DE OLIVEIRA, F., ob. cit., p. 156)

³⁴ WALINE, M. **Droit Administratif**. Paris: Éditions Sirey, 1963. p. 618.

da competência para restaurar o equilíbrio da referida relação encargo-remuneração, desequilibrada por certo evento.³⁵

Nessa esteira, LOPES MEIRELLES, em eminente lição, preceitua que a equação econômica ou equação financeira do contrato administrativo “é a relação que as partes estabelecem inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento.”³⁶ O professor paulista ressalva que, acima de tudo, para que se mantenha a equação econômico-financeira do contrato administrativo, essa correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada.

O contrato administrativo, a exemplo do que ocorre no Direito Privado, é celebrado à vista das condições econômico-financeiras existentes no momento da celebração e segundo os objetivos que cada uma das partes busca retirar da avença. São especificamente essas condições e esses objetivos que motivam os contratantes à realização do negócio.

Dessarte, qualquer ajuste é notoriamente acertado segundo esses objetivos e condições e a firme suposição que não variarão substancialmente no futuro. Se porventura alguma alteração ocorrer, esses acordos deverão ser interpretados segundo as circunstâncias vigentes na oportunidade da celebração, de modo a assegurar ao longo de sua vigência o que fora desejado pelas partes.³⁷ O contrato, portanto, nas palavras de SUNDFELD, rege-se pela cláusula *rebus sic stantibus*, isto é, as obrigações contratuais devem ser interpretadas à luz das circunstâncias e dos fatos sob os quais foram pactuadas³⁸.

³⁵ GASPARINI, D. Reequilíbrio Econômico Financeiro do Contrato. **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, n. 7, set., 2001.

³⁶ LOPES MEIRELLES, H. **Contrato Administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 192.

³⁷ MARTINS DE ARAÚJO, K., ob. cit.

³⁸ SUNDFELD, C. A., ob. cit., p. 238.

Sobre o assunto, BANDEIRA DE MELO leciona que de acordo com a cláusula *rebus sic stantibus* "(...) as obrigações contratuais hão de ser entendidas em correlação com o estado de coisas ao tempo em que se contratou" e que "em conseqüência, a mudança acentuada dos pressupostos de fato em que se embasaram implica alterações que o Direito não pode desconhecer."³⁹ O ilustre professor arremata que tal conclusão jurídica é necessária, na medida em que as vontades dos contratantes se ligaram em vista de certa situação, e na expectativa de determinados efeitos, devendo assim ser preservadas.

Não fosse assim, ninguém contrataria, pois a instabilidade lesaria uma ou outra parte. Com efeito, o ente governamental seria prejudicado se a variação beneficiasse o contratado particular, e este seria onerado se a modificação contratual favorecesse àquele. Parece claro que ninguém ajustaria qualquer negócio sabendo que não teria essa garantia.

É por reconhecer essa realidade que o legislador inseriu na Lei n.º 8.666 de 1993⁴⁰ dispositivos que prevêm que as partes podem, por consenso, alterar o contrato administrativo para restabelecer a relação que pactuaram inicialmente entre os encargos de um e a retribuição de outro. Tal mecanismo visa à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ou das cláusulas financeiras iniciais do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.⁴¹

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A., ob. cit., p. 597.

⁴⁰ O Superior Tribunal de Justiça decidiu que "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. (STJ - ROMS nº 15154 – DJ 02/12/2002 p. 222 – Relator Min. Luiz Fux)

⁴¹ GASPARINI, D. Parecer acerca do Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 9. set., 1997.

Para além das oportunidades em que acordam as partes em reequilibrar as condições previamente acordadas, resta ao prejudicado buscar junto ao Poder Judiciário a solução da controvérsia contratual. Nessas hipóteses, o contrato administrativo é reequilibrado por meio da Jurisdição, após o devido processo legal. Trata-se, em regra, de ação ordinária de revisão contratual, julgada conforme os ditames jurídicos.

A teoria do equilíbrio econômico busca, precisamente, sistematizar todas essas relações de ajuste contratual, sejam elas extrajudiciais ou judiciais, consistindo no escopo do presente estudo. Metodologicamente, serão abordados, separadamente, todos os eventos que podem alterar o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, iniciando pela mutabilidade característica desse tipo de avença.

3.2 Mutabilidade do Contrato Administrativo

A mutabilidade do contrato administrativo consiste, em consonância aos ensinamentos de WIGNY, numa de suas mais peculiares características, derivada do regime de Direito Público a que está submetido e expressa por meio das chamadas cláusulas exorbitantes.⁴²

Parece bastante óbvio que a possibilidade de modificar o contrato administrativo após sua celebração resulta num dos mais eficazes meios para se desequilibrar a equação econômico-financeira, esta entendida como a relação entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação da Administração Pública.

⁴² “*En Droit civil, le contrat fait la loi des parties (Code civil, art. 1134); il ne peut être modifié que de leur accord mutuel. Il n’en va pas de même en Droit administratif. La personne publique peut unilatéralement changer non seulement les dispositions réglementaires, mais encore les clauses contractuelles lorsque le service public l’exige. Elle peut imposer unilatéralement au contractant des prestations supplémentaires qui n’avaient pas été prévues dans la convention originaires. Pareille possibilité est souvent prévue dans le cahier des charges (...)*”. (WIGNY, P., ob. cit., p. 273-274)

Dois âmbitos de entendimento devem ser relevados para que ocorra a completa compreensão do instituto: o das circunstâncias que fazem do contrato administrativo algo mutável, e o da conseqüência dessa mutabilidade.⁴³

O contrato administrativo deve ser mutável para atender um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo, qual seja, o da supremacia do interesse público. Desse modo, por meio das cláusulas exorbitantes, que são por excelência o instrumento pelo qual o contrato administrativo é modificado, passa ser possível a mutabilidade contratual, na medida em que o interesse assim público assim o exija.

A respeito do tema, ZANELLA DE PIETRO disserta que a Administração, por força de Lei, deve sempre preservar o interesse público e buscar a equivalência material, de modo que não possui a mesma autonomia da vontade de que dispõe o particular ao celebrar um contrato administrativo.⁴⁴ O intérprete do Direito deve ter sempre em mente que, em razão de certos fatores, tais como a longa duração, a natureza da atividade e a complexidade da execução, é praticamente impossível realizar-se uma adequada previsão, no momento da celebração, sobre tudo o que pode eventualmente acontecer durante o *iter* contratual.

Já quanto às conseqüências dessa mutabilidade contratual, desemboca-se diretamente na necessidade de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro ou equação econômico-financeira, pois não pode o particular contratante, por conta do interesse público, ser obrigado a arcar com um ônus excessivo.

3.3 Álea Ordinária ou Empresarial

Toda e qualquer formalização de um contrato está sujeita a determinados riscos econômicos. Os particulares, quando contratam entre si sob o regime de Direito Privado, ou quando contratam com a Administração Pública sob o regime de Direito

⁴³ ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 263.

⁴⁴ ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 263.

Público, devem prever as flutuações econômicas comuns, tais como pequenas variações nos custos da matéria-prima ou da mão-de-obra.

A atividade econômica em si pressupõe riscos, e por isso mesmo é remunerada. Bons e maus negócios determinam ao particular se haverá lucro ou prejuízo no desenvolver de seus negócios. ZANELLA DI PIETRO ensina que a álea ordinária ou empresarial está presente em todos os tipos de negócios e que consiste num risco que afeta indistintamente todos os empresários. É fruto da flutuação ordinária do mercado, e por ser previsível, responde por ele o particular.⁴⁵

A professora titular da Universidade de São Paulo ressalta que alguns doutrinadores e julgadores entendem, de modo equivocado, que mesmo nesses casos de álea ordinária ou empresarial a Administração deveria responder pelos prejuízos. O argumento utilizado é o de que, nos contratos administrativos, os riscos assumem maior relevância por causa do porte dos empreendimentos, o que torna mais difícil a adequada previsão dos gastos. Todavia, essa fundamentação não se sustenta, porque se os riscos não eram previsíveis, a álea deixa de ser ordinária.

O ponto crucial na análise de determinado desequilíbrio num contrato, seja ele administrativo ou não, está na previsibilidade desse desequilíbrio. Se for previsível, cabe ao prejudicado arcar com os prejuízos inerentes à atividade econômica, pois realizou um mau negócio. Por outro lado, caracterizada a imprevisibilidade, há margem para a aplicação da teoria do equilíbrio econômico-financeiro, sob a forma mais específica da teoria da imprevisão, que será estudada em detalhes em tópico futuro.

Por exemplo, desde a implantação do plano Real em 1994, temos no Brasil uma inflação mais ou menos constante, passível de previsão de acordo com os índices propostos pelos especialistas. Não pode mais o contratante pleitear reequilíbrio contratual alegando prejuízos por conta da inflação. Deveria ter se precavido com cláusulas de correção monetária.

⁴⁵ ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 264.

3.4 Equilíbrio Econômico-Financeiro no Direito Positivo Brasileiro

A presente seção objetiva, exclusivamente, pontuar alguns aspectos legais que serão úteis no entendimento do trabalho de pesquisa. Conforme explicitado nos capítulos anteriores, o desenvolvimento do Direito Administrativo fez com que os fatos imprevisíveis e anormais, que tornem o cumprimento do contrato de longo prazo prejudicial a uma das partes, passassem a ser considerados como elementos que aniquilam o equilíbrio contratual, criando uma situação que não pode ser suportada unicamente pelo contratante prejudicado e impondo, portanto, a imediata revisão do ajuste.

Tendo como ponto de partida esses novos preceitos que se espalharam a partir da Europa para todo o mundo ocidental, inclusive para o Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispôs, em seu art. 22, XXVII, que compete à União:

(...) expedir normas gerais sobre contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III.

A norma geral referida pelo Texto Constitucional entrou em vigor em 21 de junho de 1993, sob o n.º 8.666 e, regulamentando o artigo 37, inciso XXI, instituiu as normas para as licitações e os contratos da Administração Pública. A mencionada Lei, que sofreu posteriores alterações com as Leis n.º 8.833 de 1994 e 9.648 de 1998, denomina de administrativos todos os contratos por ela disciplinados, ressalvando, portanto, o posicionamento daqueles que defendem que nem todos os contratos celebrados pela Administração têm essa natureza. É de fácil constatação a disciplina de contratos de locação, financiamento e seguro, cujo regime é predominantemente de Direito Privado⁴⁶.

⁴⁶ Para ZANELLA DI PIETRO, houve uma clara intenção do legislador de publicizar todos os contratos referidos. (ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 249).

A Lei Geral de Licitações, como ficou conhecida a Lei n.º 8.666 de 1993, aplica-se às licitações e contratos celebrados pela União, ficando a cargo de Estados-membros e Municípios a edição de atos legislativos próprios⁴⁷.

Num dos aspectos pertinentes à álea administrativa, que será estudada no próximo capítulo, a aludida Lei entrega à Administração Pública a faculdade, ou em alguns casos o dever, de modificar unilateralmente as condições dos contratos administrativos, conforme se depreende do art. 57, § 1º:

Art. 57 - omissis

§ 1º - Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis;

Contudo, abarcando a teoria do equilíbrio econômico nos contratos administrativos, determinou que ao proceder tais alterações unilaterais no contrato⁴⁸, a Administração Pública deve necessariamente modificar, também, as cláusulas referentes à equação econômico-financeira do contrato, conforme esclarece o artigo 58, § 2º, da Lei n.º 8.666 de 1993:

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

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, C. A., ob. cit., p. 574.

⁴⁸ ALMEIDA, S. G., ob. cit.

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

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

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

Cabe ressaltar que, no caso da álea econômica extraordinária a que se sujeitam os contratos administrativos, a teoria da imprevisão foi expressamente acolhida por nossa Constituição Federal, ao garantir aos contratantes particulares que as condições das propostas seriam mantidas durante toda a execução:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

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

Nesse mesmo passo, dispõe a Lei n.º de 8.666 de 1993, ao regular a matéria:

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

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a atribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Essas normas legais acima transcritas constituem o instrumental básico de que dispõem os operadores do Direito Administrativo para sistematizar a manutenção da equação econômico-financeira de um contrato administrativo. Contudo, para se preservar a metodologia do presente trabalho de pesquisa, as demais disposições

legais, mais específicas, serão estudadas, individualmente, nos próximos capítulos da monografia.

4 ÁLEA ADMINISTRATIVA

4.1 Aspectos Gerais da Álea Administrativa

Estudou-se no capítulo anterior que a equação econômico-financeira do contrato administrativo muitas vezes é alterada pela dinâmica do mercado, sendo isso absolutamente natural, devendo o contratante prejudicado arcar com os prejuízos dessas variações normais e previsíveis. No entanto, muitas vezes o equilíbrio de um contrato administrativo é alterado por um ato da Administração Pública, realizado, quando legítimo, na busca da finalidade pública.

Esses atos da Administração Pública podem resultar numa alteração unilateral do contrato, num fato do príncipe ou num fato da administração. Essas denominações são de uso corrente na doutrina, e serão explicitadas a seguir.

Interessante ressaltar que ANDRADE DE OLIVEIRA sustenta⁴⁹, divergindo da classificação majoritária adotada pela doutrina, que o fato da administração consiste, em verdade, num fato do príncipe negativo. Tal posicionamento, entretanto, em atenção à utilidade didática da distinção entre os dois conceitos, não será adotado na presente monografia.

4.2 Alteração Unilateral do Contrato Administrativo

Localizando o instituto historicamente, ANDRADE DE OLIVEIRA aponta que a alteração unilateral do contrato administrativo por parte da Administração surgiu, no Direito francês, a partir da decisão do Conselho de Estado relativa ao serviço de bondes de Marselha. Naquele caso, o *Préfet* do Departamento de Bouches-du-Rhône, que detinha competência para estabelecer a tabela dos trens, determinou que a

⁴⁹ ANDRADE DE OLIVEIRA, F., ob. cit., p. 159.

concessionária do serviço público aumentasse a frequência dos veículos, atendendo às necessidades dos usuários durante o verão.⁵⁰

Doutrinariamente, as primeiras lições acerca do tema foram dadas por JÈZE⁵¹, para quem a Administração detém, em todos os contratos administrativos, o poder de alterar a extensão das prestações a serem realizadas pelo particular, seja para aumentar, seja para diminuir, e até mesmo para as encerrar definitivamente.

Nesse diapasão, SUNDFELD ressalta que o ordenamento jurídico pátrio, no art. 58 da Lei n.º 8.666 de 1993, prevê a prerrogativa de modificação unilateral de um contrato administrativo⁵² por parte da Administração Pública, para melhor adequação às finalidades do interesse público.⁵³ Além disso, o art. 65, § 6º, da mesma Lei, estabelece a obrigação de a Administração, nessa hipótese, reestabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.⁵⁴

Outrossim, no tocante a acréscimos e supressões de obras, serviços ou compras, os limites quantitativos e qualitativos são impostos às alterações unilaterais do contrato administrativo pelo art. 65, §§ 1º e 4º, respectivamente. O contratante particular é obrigado a acatar essas modificações impostas pela Administração Pública

⁵⁰ ANDRADE DE OLIVEIRA, F., ob. cit., p. 155.

⁵¹ JÈZE, G. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. v. 4. Buenos Aires: De Palma, 1950.

⁵² “(...) é perfeitamente natural ao contrato administrativo a faculdade de o Estado introduzir alterações unilaterais. Trata-se de instrumento indispensável 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 constituído é corolário da prioridade do interesse público em relação ao privado, bem assim de sua indisponibilidade.” (SUNDFELD, C. A., ob. cit., p. 228).

⁵³ “*Le fondement du pouvoir de modification unilatérale se trouve dans les exigences du service public et plus précisément dans les principes d’adaptation constante et de continuité du service public; ces exigences étant variables, l’intérêt general put, à un moment donné, nécessiter que soient imposées au prestataire des obligations qui n’avaient pas été prévues au moment du contrat.*” (LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.; e GAUDEMET, Y. **Traité de Droit Administratif**. 12. ed. t. I, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992. p. 686-687).

⁵⁴ “*L’Administration peut, au nom de l’intérêt public, modifier certaines prestations. Automatiquement d’autres prestations – celles relatives à la rémunération du cocontractant – se modifient pour rétablir l’équilibre. Le contrat administratif, c’est un système qui tend constamment à l’équilibre.*” (PÉQUIGNOT, Georges. **Théorie Générale du Contrat Administratif**. Paris: Éditions A. Pédone, 1945. p. 450)

até o montante de 25% ou 50% do valor do contrato, conforme o caso, vedada a hipótese de os acréscimos implicarem em alteração no objeto do contrato.

Demais disso, nos contratos administrativos por escopo, os prazos de início das etapas de execução, de conclusão e de entrega do objeto, podem ser prorrogados segundo o art. 57, § 1º da Lei n.º 8.666 de 1993, desde que seja preservado o equilíbrio econômico-financeiro e, por outro lado, que ocorra um dos motivos mencionados nos vários incisos⁵⁵ do art. 57, § 1º, da aludida Lei.

Consoante o pensamento de MACHADO GRANZIERA, as alterações impostas pela Administração Pública não podem desnaturar⁵⁶ o vínculo contratual inicialmente avençado, por exemplo, transformando uma compra de canetas em uma compra de carros. Certos limites devem ser respeitados. Além disso, as alterações unilaterais que a Administração Pública pode impor ao particular referem-se apenas⁵⁷ às chamadas cláusulas regulamentares⁵⁸, e observados os limites legais⁵⁹.

⁵⁵ “I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração; II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei; V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.”

⁵⁶ “A modificação do projeto ou das especificações refere-se à necessidade de adaptar o objeto do contrato em geral de obra à finalidade da Administração. É a alteração 'qualitativa'. Entretanto, essa alteração não pode ser de tal extensão que descaracteriza o objeto licitado. Adaptar não é transformar uma coisa em outra, mas apenas adequá-la às necessidades detectadas pela Administração. Se a adaptação for de tal extensão a ponto de modificar o objeto de contrato, caberá a rescisão do mesmo e o desencadeamento de um novo processo, com um novo objeto.” (MACHADO GRANZIERA, M. L. **Contratos Administrativos: Gestão, Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 167-168)

⁵⁷ Nesse sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar que “as cláusulas exorbitantes, que caracterizam os contratos administrativos, e o direito à alteração unilateral do contrato pela Administração, não autorizam se imponham ao contratado penalidades não previstas na avença. O direito de alteração do contrato se limita às cláusulas regulamentares ou de serviço, não autorizando imposição de penalidades não previstas em Lei ou no contrato.” (TRF da 4ª Região – AC nº 9604603060 - DJ 01/09/1999 p. 573 – Relator Des. A. A. Ramos de Oliveira)

⁵⁸ As cláusulas de um contrato administrativo podem ser classificadas em regulamentares, igualmente denominadas de serviço, e econômico-financeiras. As primeiras definem o próprio objeto do contrato; as segundas, a forma de remuneração do contrato.

⁵⁹ Lei n.º 8.666 de 1993, art. 58, § 1º, “As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado”.

Defende SUNDFELD que diferentes direitos⁶⁰ dos particulares limitam a possibilidade de alteração unilateral do contrato administrativo pela Administração Pública. Mais importante de todos, e por isso em primeiro lugar, o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira, ou ainda, à preservação do equilíbrio estabelecido na celebração do contrato entre as prestações devidas pelo particular e a remuneração por ele percebida. O art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, exige que o contrato contenha “cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta”. Ou seja, se a Administração alterar o contrato, agravando as condições do particular, deverá recalculá-lo a sua remuneração, sob pena de deturpar as condições efetivas da proposta.

O direito à preservação da natureza do objeto constitui outro dos direitos supra mencionados por SUNDFELD. Por óbvio, não pode a Administração Pública exigir do particular prestação de índole diferente daquela a que se obrigou.⁶¹ Trata-se de impedir que o contratante seja constringido a realizar algo a que não está habilitado, como, por exemplo, fornecer fornos à lenha quando produz fornos a gás.

Acerca do tema, VEDEL destaca que há ainda o direito do particular de não ser obrigado a realizar prestações em quantidade excessivamente diferente da originalmente avençada.⁶² Em muitas situações, mesmo que a Administração Pública se dispusesse a remunerar o excedente quantitativo exigido, poderia o particular não ter condições de arcar com a alteração contratual, seja por falta de meios materiais, ou por interesse econômico. É por esse motivo que a Lei n.º 8.666 de 1993 estabeleceu limites quantitativos matemáticos para as alterações unilaterais do contrato administrativo.

⁶⁰ SUNDFELD, C. A., ob. cit., p. 228-229.

⁶¹ “A prerrogativa de modificar unilateralmente o contrato, como algo absoluto, vem sendo contestado modernamente. No ordenamento italiano, a Corte de Cassação afastou a tese do poder discricionário de modificação unilateral do contrato, como poder geral independente de previsão legal explícita: afirmou que, salvo a rescisão por interesse público, a relação contratual é regida por Cânones paritários.” (MEDAUAR, O., ob. cit., p. 254-255)

⁶² “*La modification ne peut porter sur la substance meme du contrat. Si la motorization d’une unite militaire rend inutile un marché de fourniture de fourrage et peut done justifier sa résiliation comme on va le dir, elle n’autorise pas l’Administration à exiger de son fournisseur la livraison d’essence en place de foin.*” (VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. t. II. Paris: Presses Universitaires de France, 1959. p. 604)

ROCHA FURTADO entende, comentando o art. 58, inciso I, da Lei n.º 8.666 de 1993, que o respeito ao contratado consubstancia-se na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na intangibilidade do objeto, e, nas alterações unilaterais, na imposição objetiva de um limite máximo aos acréscimos e supressões.⁶³ Explica ainda que nas alterações consensuais e dentro dos limites legais, o contratado manifesta sua vontade, podendo rejeitar acréscimos ou supressões indesejáveis.

Noutro flanco, diferencia-se a hipótese de alteração unilateral do contrato administrativo pela Administração Pública da possibilidade de rescisão unilateral. Segundo os arts. 58, inciso II, e 79, inciso I, ambos da Lei n.º 8.666 de 1993, a Administração Pública está autorizada a rescindir unilateralmente o contrato administrativo⁶⁴ por razões de interesse público ou em virtude da inexecução das obrigações do contratado.

Por fim, surgiu na doutrina, notadamente nas lições de MEDAUAR, a preocupação com o princípio constitucional do contraditório⁶⁵ nas hipóteses de alteração unilateral do contrato administrativo pela Administração Pública. Alguns

⁶³ ROCHA FURTADO, L. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos: Teoria Prática e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 226.

⁶⁴ Dão causa a rescisão unilateral: Art. 78 da Lei n.º 8.666 de 1993 - "I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação não admitidas no edital e no contrato; VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei; IX - a decretação ou a stauração de insolvência civil; X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado; XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato; XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato; XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato."

⁶⁵ "Em essência, o contraditório significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios ante fato, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem (...). Elemento ínsito à caracterização da processualidade, o contraditório propicia ao sujeito a ciência de dados, fatos, argumentos, documentos, a cujo teor ou interpretação pode reagir, apresentando, por seu lado, outros dados, fatos, argumentos, documentos." (MEDAUAR, O. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1993. p. 96)

autores⁶⁶, conforme frisa BATISTA DOS SANTOS, interpretam a expressão “respeitados os direitos do contratado”, colocada no art. 58, inciso I, da Lei n.º 8.666 de 1993, como uma referência ao princípio do contraditório.

No entanto, impende ressaltar que a Lei n. 8.666 de 1993 não obriga a Administração Pública a obter a concordância prévia do contratado quando pretender modificar unilateralmente cláusulas regulamentares do contrato administrativo. Conclui-se, portanto, que ela não está obrigada a notificar o contratado antecipadamente de modo a possibilitar o contraditório⁶⁷.

4.3 Alteração Bilateral do Contrato Administrativo

Os contratos administrativos estão sujeitos a alterações consensuais, nos moldes do art. 65, inciso II, da Lei n.º 8.666 de 1993. Aqui, tanto quanto em todo o Direito Público, vige o princípio da legalidade. Ou seja, deve haver necessariamente um dispositivo legal que autorize a alteração contratual, mesmo que haja o consentimento do contratado particular. Dessarte, assim como nas alterações unilaterais do contrato administrativo por parte da Administração Pública, as alterações consensuais ou bilaterais estão sujeitas aos estritos limites impostos pela Lei, sob pena de ser tida como ilegal e, portanto, nula.

De todo o modo, os contratos regidos pela Lei n.º 8.666 de 1993 poderão ser alterados por acordo das partes, com as devidas justificativas nos casos a seguir analisados.

Em primeiro lugar, quando for conveniente a substituição da garantia de execução⁶⁸. A critério da autoridade competente, e desde que prevista no instrumento

⁶⁶ BATISTA DOS SANTOS, Márcia Walquíria. Contrato, Alteração Unilateral, Princípio do Contraditório. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 318.

⁶⁷ BATISTA DOS SANTOS, Márcia Walquíria., ob. cit., p. 319.

⁶⁸ Lei n.º 8.666 de 1993, art. 65, inciso II, alínea “a”.

convocatório, poderá ser exigida do particular contratante prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras pela Administração Pública⁶⁹. Em regra, cabe ao particular optar pela modalidade de garantia, dentre as hipóteses de caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária. Uma vez celebrado o contrato administrativo, a modalidade de garantia somente poderá ser substituída por outra com o consentimento mútuo da Administração Pública e do particular.

A segunda possibilidade sobrevém quando for necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários⁷⁰.

Outra hipótese de alteração contratual consensual ocorre quando for premente a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes. Nesses casos deverá ser mantido o valor inicial atualizado, e é vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço⁷¹.

Outrossim, sempre que for necessário restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração Pública para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis⁷², 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, deverá haver acordo das partes a fim de que se promova esse aditamento ao contrato.⁷³

⁶⁹ Lei n.º 8.666 de 1993, art. 56.

⁷⁰ Lei n.º 8.666 de 1993, art. 65, inciso II, alínea “b”

⁷¹ Lei n.º 8.666 de 1993, art. 65, inciso II, alínea “c”.

⁷² Estamos diante da chamada pela doutrina de Teoria da Imprevisão, que será estudada mais adiante.

⁷³ Lei n.º 8.666 de 1993, art. 65, inciso II, alínea “d”.

ROCHA FURTADO atenta que sempre que a alteração unilateral ou consensual do contrato afetar o equilíbrio financeiro ou econômico surge a necessidade de que se realize a recomposição desse equilíbrio, podendo o valor do contrato, inclusive, mas não necessariamente, ser aumentado ou diminuído.⁷⁴

4.4 Fato do Príncipe

Diante da teoria do equilíbrio econômico nos contratos administrativos, bem como da cláusula *rebus sic stantibus*, tornou-se ordinária no Direito Administrativo hodierno a idéia de que a imutabilidade dos contratos só deve ser mantida enquanto perdurarem as mesmas condições econômicas e financeiras em que estavam as partes no momento da celebração da avença.⁷⁵

Assim, se durante a execução do contrato administrativo atos supervenientes da Administração vierem a alterar a situação econômico-financeira das partes, tornando para o particular extremamente oneroso o cumprimento da obrigação, não é razoável que se continue a exigir dele um esforço exacerbado⁷⁶, sob o argumento de que *pacta sunt servanda*.⁷⁷

O fato do príncipe, juntamente com o fato da administração e a alteração unilateral do contrato administrativo por parte da Administração Pública, constituem as principais formas de álea administrativa, entendida esta como a atuação estatal que põe em risco a equação econômico-financeira de um contrato administrativo.

⁷⁴ ROCHA FURTADO, L., ob. cit., p. 280.

⁷⁵ MARTINS DE ARAÚJO, K., ob. cit.

⁷⁶ Id.

⁷⁷ “Em termos evolutivos, pode-se dizer que o advento do intervencionismo e do dirigismo em grande escala, após a Segunda Guerra, tornou difícil fixar a diferença entre 'imprevisão' e 'fato do príncipe'. Por outro lado, a generalização de cláusulas de revisão de preços atenuou a importância econômica e social da teoria, sobretudo porque a revisão, em alguns casos, baseia-se nos mesmos fatores que fundamentam a teoria da imprevisão, inclusive a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, como é mencionado na alínea d do inc. II do art. 65.” (MEDAUAR, O. *Direito Administrativo...*, p. 263)

Conforme bem colocada lição de LOPES MEIRELLES, o “fato do príncipe é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo.”⁷⁸

Segundo o ensinamento desse doutrinador, essa oneração do contrato administrativo, por constituir uma clara álea administrativa extraordinária e extracontratual, se for intolerável e impeditiva da execução do contrato, “obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução, e, se esta for impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis.”⁷⁹

Desse modo, o provimento estatal pode tanto onerar como desonerar o contratado. Além disso, a determinação estatal há também de ser imprevisível, ou previsível mas de consequência incalculável. Aponta GASPARINI que será imprevisível quando as partes sequer puderem cogitar seu advento, e previsível mas de consequência incalculável, por exemplo, a que se daria com a desvalorização da moeda quando todos os acontecimentos econômicos apontam para essa medida, mas tanto as consequências quanto a data da decretação e o percentual são inimagináveis.⁸⁰

Para a caracterização do fato do príncipe não há necessidade de que a determinação estatal, positiva ou negativa, seja proveniente da pessoa ou órgão com quem o particular contratou.⁸¹ Ocorrendo qualquer atuação estatal que onere ou desonere o particular, o equilíbrio do contrato administrativo deverá ser integralmente revisto.

Dessa forma, o fato do príncipe pressupõe, sempre, uma atuação legítima da Administração Pública na efetivação do interesse público. Em outras palavras, é a

⁷⁸ LOPES MEIRELLES, H. *Direito Administrativo...*, p. 222-223.

⁷⁹ Id.

⁸⁰ Exemplo em GASPARINI, D. *Direito...*, p. 597.

⁸¹ “No direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão”. (ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 266)

coletividade quem tira proveito desse tipo de atuação estatal, de modo que é natural que o Estado seja responsabilizado pelos danos que causou ao contratante particular.

CAETANO ressalva, nesse sentido, que a Administração não responde por ter culpa, “(...) mas sim, por ser ele quem representa os beneficiários dos encargos impostos ao patrimônio de um só ou de alguns.” O estudioso sustenta que “(..) não seria justo, nem legal, lançar sobre a economia de uma única empresa o peso correspondente a benefícios em proveito de todos, apenas pelo fato dela se ter prestado a colaborar com a Administração.”⁸²

Por ser fruto de uma determinação estatal, o fato do príncipe impõe à Administração Pública a necessidade de compensar integralmente o particular, ainda que esta determinação não o tenha levado à ruína, e ainda que os prejuízos sejam pequenos se comparados com o porte financeiro do particular contratante. ARIÑO ORTIZ, pondera, todavia, que em caso de falta concomitante do contratante particular, a responsabilidade da Administração Pública pode ser reduzida ou até mesmo excluída.⁸³

Difere o fato do príncipe da alteração unilateral do contrato administrativo imposta pela Administração Pública na medida em que o primeiro consiste numa medida geral, que atinge indiretamente o contrato, ou seja, a responsabilidade é extracontratual, enquanto na segunda o dever de recomposição deriva da idéia de equidade que se presta a fundamentar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado⁸⁴.

Cumprе explicitar, ainda, o entendimento de ANDRADE DE OLIVEIRA⁸⁵, para quem não parece aceitável o posicionamento de RIVERO de que se insere na categoria de fato do príncipe o uso que faz a pessoa pública contratante do seu poder de modificação unilateral das obrigações do contratante. Para o referido doutrinador

⁸² CAETANO, M. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 622.

⁸³ ORTIZ, G. A. **Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos**. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1968. p. 500.

⁸⁴ ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 266.

⁸⁵ ANDRADE DE OLIVEIRA, F., ob. cit., p. 159.

francês, a teoria do fato do príncipe deverá ser aplicada sempre que uma medida individual estatal imponha ao contratante encargos novos a outro título que não o contrato.

4.5 Fato da Administração

O fato da administração consiste em álea administrativa bastante similar ao fato do príncipe. No entanto, possui algumas peculiaridades que os tornam inconfundíveis. Enquanto o primeiro vincula-se diretamente ao contrato, o segundo é fruto de um ato praticado pela autoridade, não como parte celebrante do contrato, mas como autoridade pública que, como tal, pratica um ato que acaba por repercutir sobre o contrato⁸⁶.

Conforme as bem colocadas lições de LOPES MEIRELLES⁸⁷, o “fato da Administração é toda ação ou omissão o Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda ou impede sua execução. O fato da Administração equipara-se à **força maior** e produz os mesmos efeitos excludentes da responsabilidade do particular pela inexecução do ajuste.” O ilustre doutrinador exemplifica as situações em que a Administração deixa de entregar o local da obra ou serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou atrasa os pagamentos por longo tempo, ou pratica qualquer ato impeditivo dos trabalhos a cargo da outra parte.

Afirma, ainda, o mesmo professor, que “em todos esses casos o contratado pode pleitear a rescisão do contrato, amigável ou judicialmente, por culpa do Poder Público; o que não se lhe permite é a paralisação sumária dos trabalhos pela invocação da exceção de contrato não cumprido, inaplicável aos ajustes administrativos (...).”

⁸⁶ ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 266.

⁸⁷ LOPES MEIRELLES, H. *Direito Administrativo...*, p. 223.

PHILIPPE, doutrinador francês com uma visão mais simplista, explica que são apenas três os pré-requisitos para que a teoria do fato da administração seja aplicável a um dado contrato administrativo: a) é necessário que haja uma modificação no equilíbrio do contrato; b) é necessário que a mudança toque um aspecto determinante das disposições do contrato; e c) é necessário que a origem da mudança seja imputável à pessoa pública contratante, mas a atuação pública deve ser desvinculada diretamente da relação contratual.⁸⁸

Em síntese, para a caracterização do fato da administração, não importa que a atuação estatal configure uma ação ou omissão, bastando que essa atuação parta da Administração como parte contratante, e que por isso surja um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo.

Muitas vezes, a atuação estatal prejudica de tal forma o contrato administrativo que o particular se encontra diante de uma total impossibilidade de adimplemento contratual. A suspensão transitória da execução do contrato, ou até mesmo sua paralisação definitiva, provocada por um fato da administração, isenta o particular das sanções administrativas que, em teoria, seriam cabíveis⁸⁹.

Nesse cenário, surge a dúvida se diante do fato da administração pode o particular simplesmente parar a execução do contrato administrativo, alegando a *exceptio non adimplete contractus*. Esse instituto surgido no Direito Privado já foi estudado alhures, na seção referente às características dos contratos administrativos, e, atualmente, chegou-se à conclusão de que, apesar de ter sido outrora completamente afastado pela doutrina e pela jurisprudência, a Lei n.º 8.666 de 1993 acabou por flexibilizar sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo.

ZANELLA DI PIETRO, sobre o tema, afirma que no Direito Privado os interesses das partes são equivalentes, enquanto que no contrato administrativo os interesses das partes são distintos, devendo prevalecer o interesse público. Todavia, a própria professora consigna que “(...) já se aceita que a *exceptio non adimplete*

⁸⁸ PHILIPPE, X. *Droit Administratif General*. Marseille: Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1996. p. 183.

⁸⁹ ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 266.

contractus seja invocada pelo particular contra a Administração, embora sem a mesma amplitude que apresenta no direito privado.”⁹⁰ Por sua vez, GORDILLO conclui sobre esse assunto que o particular não pode simplesmente parar a execução do contrato⁹¹, devendo buscar junto ao Judiciário a satisfação de seus interesses.

⁹⁰ ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 267.

⁹¹ “De acuerdo a este criterio, aunque la administración no cumpla con las obligaciones que há assumido contractualmente, el contratista debe de todos modos cumplir fielmente con su parte del contrato.” (GORDILLO, A., ob. cit., p. 1143)

5 ÁLEA ECONÔMICA EXTRAORDINÁRIA

5.1 Aspectos Gerais da Álea Econômica Extraordinária

Além da já estudada álea ordinária ou empresarial, caracterizada pela previsibilidade das flutuações do mercado, estão os contratos administrativos sujeitos a ocorrência de fatos ou eventos novos, absolutamente imprevisíveis, que acabam por causar o desequilíbrio da equação econômico-financeira.

A doutrina trata dessa questão a partir de uma série de teorias, que visam, em primeiro lugar, a determinar se realmente o fato superveniente se enquadra no conceito de álea econômica extraordinária e, posteriormente, a como se dará o reequilíbrio contratual.

Essas idéias e conceitos trazidos pela doutrina podem ser resumidos na chamada teoria da imprevisão, na definição de caso fortuito e força maior, nas interferências imprevistas e, por fim, nas cláusulas de reajuste de preços e tarifas.

5.2 Teoria da Imprevisão

Durante a Primeira Guerra Mundial, o Conselho de Estado Francês, ao julgar sucessivos pedidos de revisão de contratos administrativos, acabou por construir na jurisprudência os primeiros esboços da hoje chamada teoria da imprevisão, que, posteriormente, foi consagrada pela Lei Failliot, em 21 de janeiro de 1918.

A primeira aplicação da teoria da imprevisão, conforme aponta a doutrina⁹², ocorreu em 30.03.1916, quando o Conselho de Estado Francês, no caso da Companhia Geral de Iluminação – *Gaz de Bordeaux*, decidiu que embora a variação das circunstâncias econômicas constitua álea própria do contrato administrativo, a

⁹² ANDRADE DE OLIVEIRA, F., ob. cit., p. 161.

majoração do preço do carvão havia superado o limite do tolerável e do previsível, de modo que o contrato deveria ser ajustado.

De acordo com a teoria da imprevisão, fatos novos, imprevistos e imprevisíveis no momento da celebração do contrato e não imputáveis a nenhuma das partes, mas que se reflitam nas condições econômicas do contrato administrativo, justificam a sua revisão na justa medida de se evitar a ruína do contratante.⁹³

Para PHILIPPE, a teoria da imprevisão se aplica no Direito francês quando um evento absolutamente imprevisível, exterior às partes contratantes, convulsiona temporariamente e completamente a execução do contrato administrativo, a ponto de a tornar muito mais difícil e onerosa, mas, todavia, sem que ela se torne impossível.⁹⁴

Já no âmbito do Direito pátrio, conforme lição de LOPES MEIRELLES, “a teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que a ocorrência de eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes, autoriza a revisão do contrato para o seu ajustamento às circunstâncias supervenientes.”⁹⁵

Trata-se da velha cláusula *rebus sic stantibus* aplicada aos contratos administrativos, à semelhança do que ocorre nas avenças de direito privado, quando surgem na execução do contrato fatos não cogitados pelos contratantes que criam um ônus excessivo para uma das partes e uma vantagem desmedida para a outra. Esse desequilíbrio superveniente retira a comutatividade do ajuste previamente realizado e impõe a revisão do contrato a fim de que se possibilite a sua execução sem que sobrevenha a ruína econômica do particular.⁹⁶

⁹³ “*Au cours de l’exécution d’un contrat il peut arriver que des événements indépendants de la volonté du cocontractant, anormaux et imprévisibles, viennent, sinon rendre impossible l’exécution (différence avec la force majeure), du moins accroître dans des proportions massives les charges du cocontractant et troubler ainsi profondément l’économie du contrat; exemple: augmentation considérable, due aux fluctuations économiques, du prix des matières premières utilisées par le cocontractant.*” (LAUBADÈRE; VENEZIA et GAUDEMET, ob. cit., p. 698).

⁹⁴ PHILIPPE, X., ob. cit., p. 183.

⁹⁵ LOPES MEIRELLES, H. **Licitação...**, p. 238.

⁹⁶ Id.

As conseqüências destes fatos novos não podem ser imputáveis a nenhuma das partes. Além disso, a Administração virá em socorro do particular tão-somente para evitar a sua ruína, não se cogitando compensação integral dos prejuízos. A compensação é, portanto, parcial, devendo particular e Administração arcar com os custos do fato imprevisível.

Inicialmente, a jurisprudência francesa entendia que apenas a imprevisibilidade plena do evento seria capaz de ensejar a aplicação da teoria da imprevisão. Todavia, com o passar do tempo, passou-se a admitir uma imprevisibilidade relativa, de modo que se o evento for previsível, mas as suas conseqüências não o forem, poderia haver o ajuste da equação econômico-financeira do contrato administrativo.⁹⁷

Como visto, a teoria da imprevisão pauta-se, em especial, na cláusula *rebus sic stantibus*⁹⁸. Vale lembrar que para BANDEIRA DE MELLO: “(...) as obrigações contratuais hão de ser entendidas em correlação com o estado de coisas ao tempo em que se contratou. Em conseqüência, a mudança acentuada dos pressupostos de fato em que se embasaram implica alterações que o Direito não pode desconhecer.”⁹⁹

No entanto, são as circunstâncias definidas em Lei que delimitam a aplicação da teoria da imprevisão nos contratos administrativos. Não se pode aceitar a recomposição de preços e tarifas a todo tempo e modo, sempre que o particular demonstre alterações previsíveis na relação econômico-financeira, pois assim estaria sendo negado qualquer sentido ao instituto da licitação. Além disso, aponta ROCHA FURTADO, que esse tipo de recomposição estaria premiando o licitante que, por

⁹⁷ “(...) à l’origine, la jurisprudence avait une conception stricte et exigeante de l’imprévisibilité du fait générateur. Puis progressivement, elle admettra une ‘imprévisibilité relative’. Cela signifie qu’une indemnité d’imprévision pourra être octroyée lorsque l’événement était prévisible mais les conséquences étaient quant à elles imprévisibles.” (PHIPPE, X., ob. cit., p. 185)

⁹⁸ “A força da cláusula **rebus sic stantibus**, cujo apogeu de sua aplicabilidade ocorreu nos séculos XIV, XV e XVI, foi praticamente anulada com a adoção, pelo art. 1.134 do Código de Napoleão, da teoria da **imutabilidade das cláusulas contratuais**, expressada pela máxima segundo a qual os pactos devem ser observados (**pacta sunt servanda**). Por essa regra, não obstante o advento de situações e resultados imprevisíveis, os contratos devem ser cumpridos ou os pactos hão de ser observados mesmo que levem à ruína um dos contratantes.” (GASPARINI, D. **Direito...**, p. 588-589)

⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A., ob. cit., p. 597.

inécia empresarial, ou mesmo má-fé, apresentou proposta que, com o tempo, revelou-se antieconômica.¹⁰⁰

Note-se que o pagamento de uma indenização em decorrência da imprevisão¹⁰¹ não é fortuita. Ela é, antes de tudo, uma maneira de assegurar a continuidade do serviço público. O exercício da atividade empresarial implica numa álea normal que deve ser suportada pelas partes, álea esta explicitada, por exemplo, nas pequenas variações de custos, para mais ou para menos, que em regra são previsíveis. Assim, a teoria da imprevisão, voltada à recomposição do equilíbrio econômico do contrato administrativo, impõe, para sua aplicação, a definição de alguns requisitos necessários.

A Lei n.º 8.666 de 1993, em seu art. 65, inciso II, alínea “d”, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato administrativo, na hipótese de sobrevierem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ressalva que há a possibilidade de alteração do contrato administrativo, por acordo entre as partes.

Note-se que a própria Lei das Licitações e dos Contratos elegeu os requisitos necessários à aplicação da teoria da imprevisão. O fato deve ser: a) imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; b) estranho à vontade das partes; c) inevitável; e d) causa de desequilíbrio muito grande no contrato.¹⁰²

A Constituição Federal de 1988 apenas de uma maneira muito vaga referiu-se à teoria da imprevisão, quando, em seu art. 37, inciso XXI, estabeleceu que os contratos de obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da Lei.

¹⁰⁰ ROCHA FURTADO, L., ob. cit., p. 283.

¹⁰¹ “Fatos imprevisos são todos os que, por ocasião do pactuado no contrato, eram ignorados pelas partes, por absoluta impossibilidade de prevê-los ou conhecê-los.” (VALLE FIGUEIREDO, L., ob. cit., p. 496)

¹⁰² ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 270.

TÁCITO¹⁰³ destaca que a instabilidade econômica inexorável que permeia a vida em sociedade tem levado, especialmente na França, à adoção de medidas preventivas na forma de cláusulas de reajustamento financeiro de dois tipos, automáticas e de revisão. Disserta o aludido doutrinador, em relação às cláusulas automáticas, que “o ajuste se realiza, automaticamente, na conformidade de índices ou referências precisamente estipulados (*paramètres*) que usualmente se relacionam com as alternativas salariais (*paramètres-salaires*), da matéria-prima (*paramètres-matières*), ou das cargas fiscais.” Noutro flanco, no tocante às cláusulas de revisão, indica que não há a modificação automática do elemento financeiro do contrato administrativo. Ou seja, é garantida às partes a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pela superveniência de certos fatores, todavia, a nova remuneração do particular deverá ser fixada mediante um processo de revisão.

Para PHILIPPE, a teoria da imprevisão visa, exclusivamente, a garantir a continuidade do serviço público. Segundo o referido autor, tal princípio implica duas conseqüências de ordem prática: a) a indenização será calculada em função dos diferentes elementos que caracterizaram a situação de imprevisão, assim, o montante da indenização deverá levar em conta, por exemplo, os benefícios realizados no passado pelo contratante, se ele ao menos tentou manter o serviço público em funcionamento, e ainda o quanto ele se esforçou para se prevenir de eventos imprevisíveis; b) a indenização não cobrirá jamais a totalidade do prejuízo sofrido pelo contratante particular. Isso porque a imprevisão é exterior às partes, e a Administração não pode suportar sozinha um risco que não lhe é imputável.¹⁰⁴

5.3 Caso Fortuito e Força Maior

A teoria da imprevisão aproxima-se de dois conceitos que também compõem a álea econômica, o caso fortuito e a força maior.

¹⁰³ TÁCITO, C., ob. cit., p. 209-212.

¹⁰⁴ PHILIPPE, X., ob. cit., p. 186-187.

Na força maior¹⁰⁵ estão presentes os mesmos elementos que funcionam como requisitos à aplicação da teoria da imprevisão: a superveniência de um fato imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas conseqüências, estranho à vontade das partes, inevitável e que causa um desequilíbrio muito grande no contrato administrativo.¹⁰⁶ No entanto, enquanto na teoria da imprevisão há apenas um desequilíbrio econômico, na força maior sobrevém a impossibilidade total e absoluta de prosseguir a execução do contrato administrativo.

Outrossim, as conseqüências¹⁰⁷ dos dois institutos também são diferentes, pois enquanto no primeiro caso a Administração e a parte podem invocar a teoria da imprevisão, modificando as cláusulas financeiras do contrato administrativo, de modo a permitir a continuidade de sua execução, nos casos de força maior ambas as partes são liberadas, sem qualquer responsabilidade por inadimplemento¹⁰⁸.

A Lei n.º 8.666 de 1993 prevê em seu art. 78, inciso XVII, que a força maior é um dos fundamentos para a rescisão do contrato administrativo, tendo esta efeito meramente declaratório de uma situação fática impeditiva da execução. LOPES MEIRELLES explicita que a força maior “é o evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato.”¹⁰⁹ Nessa esteira, exemplifica o aludido professor que uma greve de empregados que paralise a fabricação de um determinado produto imprescindível para a execução do contrato administrativo constitui força maior. Contudo, ressalva que se o evento não impedir totalmente o

¹⁰⁵ ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 271.

¹⁰⁶ Decidiu o Tribunal Federal Regional da 1ª Região que “a ocorrência de fato superveniente, imprevisível, que torne inexecutável o cumprimento da obrigação nos termos da proposta vencedora, em face de desequilíbrio econômico-financeiro insuportável, justifica a recusa da impetrante em firmar o contrato.” (TRF da 1ª Região - AMS nº 199934000186265 - DJ 25/3/2002 p. 116 – Relator Des. Daniel Paes Ribeiro)

¹⁰⁷ ZANELLA DI PIETRO, M. S., ob. cit., p. 271.

¹⁰⁸ Art. 393 do Código Civil de 2002.

¹⁰⁹ LOPES MEIRELLES, H. **Direito Administrativo...**, p. 221.

cumprimento da avença, ou se o contratado dispor de outros meios para contornar o problema, não se pode cogitar a ocorrência de força maior.¹¹⁰

No caso fortuito, também estão presentes os elementos que funcionam como requisitos à aplicação da teoria da imprevisão, e assim como na força maior, implica nas mesmas conseqüências liberatórias sem ressarcimento.

O que diferencia o caso fortuito da força maior é que no primeiro caso o fato é imprevisível, enquanto no segundo o fato é inevitável e irresistível. A diferença, portanto, encontra abrigo no âmbito teórico, sem grandes repercussões práticas.

5.4 Interferências Imprevistas

Alguns autores diferenciam as interferências imprevistas das demais formas de eventos supervenientes que agravam ou impossibilitam a regular execução de um contrato administrativo, quais sejam, o fato do príncipe, o fato da administração, o caso fortuito e a força maior.

Conforme bem colocado ensinamento de LOPES MEIRELLES, as “interferências imprevistas (*sujétions imprévues*, dos franceses – *changed conditions*, dos norte-americanos) são ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato mas que surgem na sua execução de modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos.”¹¹¹

Ou seja, nas interferências imprevistas o evento é descoberto após a celebração do contrato administrativo, mas em verdade já existia ao tempo da avença. Já nas demais formas de eventos supervenientes que agravam ou impossibilitam a regular execução de um contrato administrativo, por óbvio, o evento é, de fato, superveniente.

¹¹⁰ LOPES MEIRELLES, H. *Direito Administrativo...*, p. 221.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 224.

As conseqüências das interferências imprevistas implicam, se o fato era imprevisível, a teoria da imprevisão ou a força maior, conforme o caso.

5.5 Cláusulas de Reajuste de Preços e Tarifas

Problemas relativos à atualização econômica e à correção monetária existem em todas as sociedades obrigadas a conviver com o fenômeno inflacionário. E com efeito, a inflação atinge a moeda em sua função mais importante, a de fornecer à sociedade uma referência monetária, um padrão de valor ao qual se possa recorrer quando se pretender atribuir a um dado bem uma cotação.

Conforme explica CRETELLA JÚNIOR, a revisão contratual difere do reajuste do contrato, pois este consiste “na possibilidade de alteração, autorizada em Lei, dos preços pactuados, de acordo com a variação dos índices referenciais disponíveis no mercado”.¹¹²

BANDEIRA DE MELLO destaca que o contratante particular e o Poder Público, por meio da cláusula de reajuste, adotam no próprio contrato a cláusula *rebus sic stantibus*, uma vez que estipulam a revisão dos preços em função das alterações subseqüentes. As partes pretendem acautelar os riscos da inflação e das altas que, nos dias atuais, assumem caráter de normalidade.¹¹³

A Administração Pública normalmente celebra com os particulares contratos cuja execução se prolonga no tempo, de modo que a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida acaba por sofrer o desgaste imposto pelo fenômeno inflacionário. A correção monetária nos pagamentos das obrigações contratuais consiste em meio de se evitar que a inflação acabe por determinar, na prática, uma redução unilateral do preço avençado, algo que vai de encontro com todos os princípios vigentes no Direito Público.

¹¹² CRETELLA JÚNIOR, J. *Licitações e Contratos Administrativos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 257.

¹¹³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 236.

A Lei n.º 8.666 de 1993 trata ao mesmo tempo de salvaguardar, separadamente, o reajuste econômico do preço oferecido e a atualização monetária dos créditos adquiridos após a execução total ou parcial do contrato administrativo, objetivando, assim, diminuir ou mesmo acabar com os problemas trazidos pelo fenômeno inflacionário.

Ou seja, existe um reconhecimento, por parte da Lei, que o particular sofre duas ordens de desgaste decorrentes da instabilidade econômica quando contrata com a Administração Pública. A primeira refere-se às variações econômicas que afetaram os componentes do contrato, tais como mão-de-obra, insumos, matéria-prima e assemelhados, entre a proposta do particular na época da licitação e a execução de parte ou de todo o contrato administrativo. A segunda, por sua vez, diz respeito à corrosão financeira entre a execução parcial ou total do contrato administrativo e o recebimento dos valores a que o particular faz jus.

GORDILLO, citado e traduzido por AZEVEDO MARQUES NETO, apresenta importante lição, consignando as diferenças entre indexação (correção monetária) e os maiores custos (atualização econômica), nos seguintes termos:

(...) na indexação se leva em conta o valor do dinheiro no momento da oferta, por exemplo, ou ao momento em que uma dada obrigação é exigível, ou de prazo vencido, ou ao momento em que a Lei determina estar transcorrido um dado prazo legal; no maior custo se leva em conta a diferença no preço dos materiais e da mão de obra (ou de outro elemento que se julgue representativo) entre a data da oferta e a data do investimento na obra: não se leva em conta – por outro lado – a diferença no valor da moeda.¹¹⁴

Em suma, muito embora os dois institutos se relacionem aos preços, a correção monetária se atém única e exclusivamente ao valor nominal da moeda, enquanto a atualização econômica se preocupa com o valor mutável de outros elementos,

¹¹⁴ GORDILLO, Agustín A. *Mayores Costos, Imprevisión, Indexación, in Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Contratos Administrativos: Regimes de Pago y Actualización*, p. 105, *apud* AZEVEDO MARQUES NETO, F. *A Correção Monetária e Econômica nos Contratos Administrativos e a Nova Lei. Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 161-162.

especialmente materiais, que o contratado deve utilizar na execução do contrato administrativo.

O art. 40 da Lei n.º 8.666 de 1993 determina que o ato convocatório deverá obrigatoriamente estabelecer o critério de reajuste do contrato administrativo, e que aquele deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela. Ou seja, os contratos administrativos, pelo princípio da vinculação com o Edital, deverão prever o reajustamento do preço oferecido de modo a garantir que a execução parcial ou total do objeto mantenha-se de acordo com a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.¹¹⁵

Além disso, no art. 5º, §1º, da mesma Lei, fica estabelecido, em relação a todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações, que os créditos terão seus valores corrigidos por critérios previstos no ato convocatório e que lhes preservem o valor. A atualização, obviamente, deve abranger todo o período compreendido entre o adimplemento da obrigação pelo particular e o momento do efetivo pagamento.

Outrossim, o art. 55, inciso III, assegura que todos os contratos administrativos devem possuir cláusulas sobre o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços, bem como sobre os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento. Tal disposição legal apenas corrobora o entendimento esposado no parágrafo anterior.

Desse modo, a Lei n.º 8.666 de 1993 procurou combater todas as formas de afastamento entre o valor real devido pela Administração e o que é efetivamente pago ao particular como contra-prestação. Contudo, podem ocorrer fatos não previstos pela

¹¹⁵ “O **desequilíbrio** da equação econômico-financeira do contrato pode ser **previsível** ou imprevisível. Nas hipóteses de desequilíbrio previsível, como é o caso dos aumentos anuais de salários ou a variação do preços de certos insumos – cobre, estanho etc. - em mercados internacionais, é possível formular, desde logo, na minuta do contrato anexa ao edital, um mecanismo automático de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro: a **cláusula de reajuste**.” (MACHADO GRANZIERA, M. L., ob. cit., p. 167-168, grifos da autora)

Lei, mas que serão abarcados pela teoria da imprevisão, de modo a erradicar quaisquer desequilíbrios na equação econômico-financeira de um contrato administrativo.

Ressalte-se que a Lei nº 9.069 de 1995, que dispõe sobre o Plano Real e sobre o Sistema Monetário Nacional, expressamente determinou, em seu art. 28, que nos contratos celebrados ou convertidos em Real com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

GASPARINI defende a inconstitucionalidade da regra esculpida no referido art. 28, argumentando que ela viola o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Assevera que “manter as condições efetivas da proposta não é outra coisa senão a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e se para isso forem necessários reajustamentos em tempos menores que o previsto pela Lei do Plano Real, que sejam feitos, sob pena do desatendimento da determinação constitucional.”¹¹⁶

Esse entendimento, todavia, não é o adotado pelos Tribunais brasileiros, que vêm constantemente reafirmando a validade da norma que instituiu um prazo mínimo para a aplicação de correção monetária. Entretanto, a jurisprudência está, paulatinamente, flexibilizando o comando contido no aludido dispositivo legal para afastar a sua incidência dos casos de superveniência de fatos imprevisíveis. Nesse sentido, destaca-se o julgamento da apelação em mandado de segurança nº 62131, realizado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.¹¹⁷

¹¹⁶ GASPARINI, D. *Direito...*, p. 591.

¹¹⁷ Ementa: “Administrativo. Necessidade de reajuste de custos, em contrato de prestação de serviços celebrado entre particular e Administração Pública, face à ocorrência de fato comprovadamente imprevisível. Não incidência do art. 28 e seus parágrafos, da Lei 9.069/95, bem como do art. 3º, do DEC. 2.031/96. Apelação e remessa improvidas.” (TRF da 5ª Região - AMS nº 62131 - DJ 20/11/1998 nº 1014 – Relator Desembargador Lázaro Guimarães)

6 CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, é possível formular, a partir do exame do que foi produzido ao longo de todo o trabalho de pesquisa, as seguintes ponderações:

1. Na visão hodierna, o instituto do contrato pode ser definido como um negócio jurídico de natureza bilateral ou plurilateral, dependente, para sua formação, do encontro da vontade de pelo menos duas partes, que criam, entre si, uma norma jurídica individual reguladora de interesses privados. Além disso, o contrato pode assumir variadas feições de acordo com o regime jurídico a que está submetido (público ou privado).

2. Os contratos administrativos são ajustes ou avenças celebradas entre a Administração Pública e os particulares pelos quais se pactuam direitos e obrigações que guardam correlação com o interesse público. Por esse motivo, havendo a verificação de certos pressupostos, a Administração pode se valer de poderes exorbitantes para flexibilizar a relação jurídico-contratual.

3. As chamadas cláusulas exorbitantes, pertinentes aos contratos administrativos, são, na verdade, poderes jurídico-públicos, fruto de normas jurídicas que disciplinam a matéria.

4. Há características que não são privativas dos contratos administrativos, eis que comuns a todos os tipos de contratos. São elas a bilateralidade, a comutatividade, a onerosidade, o formalismo e a constituição *intuitu personae*. Outras características, contudo, são exclusivas dos contratos administrativos e constituem as comumente chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum.

5. Diferentemente do contrato privado, o contrato administrativo deve ser mutável para atender um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo: a supremacia do interesse público. No entanto, desemboca-se diretamente na necessidade de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro ou equação econômico-financeira, pois não pode o particular contratante, por conta do interesse público, ser obrigado a arcar com um ônus excessivo.

6. Toda e qualquer forma de contrato, inclusive os contratos administrativos, estão sujeitos a determinados riscos econômicos comuns. Os particulares, quando contratam entre si sob o regime de Direito Privado, ou quando contratam com a Administração Pública sob o regime de Direito Público, devem prever as flutuações econômicas comuns, tais como pequenas variações nos custos da matéria-prima ou da mão-de-obra. Chama-se a isso de álea econômica ordinária.

7. As alterações unilaterais do contrato que a Administração Pública pode impor ao particular referem-se apenas às chamadas cláusulas regulamentares, observados os limites legais e os diferentes direitos garantidos aos contratantes: o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira, o direito à preservação da natureza do objeto e o direito do particular de não ser obrigado a realizar prestações em quantidade excessivamente diferente da originalmente avençada.

8. Os contratos administrativos estão sujeitos a alterações consensuais, nos moldes do art. 65, inciso II, da Lei n.º 8.666 de 1993. Aqui, tanto quanto em todo o Direito Público, vige o princípio da legalidade, sendo que a Lei apenas autoriza a alteração consensual em três hipóteses: quando for conveniente a substituição da garantia de execução, quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço ou quando for necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes.

9. O fato do príncipe, o fato da administração e a alteração unilateral do contrato administrativo por parte da Administração Pública constituem as principais formas de álea administrativa, entendida esta como a atuação estatal que põe em risco a equação econômico-financeira de um contrato administrativo.

10. Fato do príncipe consiste em toda e qualquer determinação, ou omissão, estatal, não necessariamente advinda da pessoa pública que está contratando, que não foi, nem era, e nem seria possível de ser prevista no momento do ajuste, mas que vem onerar significativamente as condições de execução do contrato. Por ser uma determinação estatal, há necessidade de a Administração Pública compensar integralmente o contratante, mesmo que esta determinação não o tenha levado à ruína.

11. O fato da administração consiste em álea administrativa bastante similar ao fato do príncipe. Enquanto o primeiro vincula-se diretamente ao contrato, o segundo é fruto de um ato praticado pela autoridade, não como parte celebrante do contrato, mas como autoridade pública que, como tal, pratica um ato que acaba por repercutir sobre o contrato. O fato da administração também deve ser integralmente indenizado pela Administração, mas não autoriza o particular a simplesmente suspender a execução do contrato administrativo, que deve buscar abrigo junto ao Poder Judiciário.

12. Segundo a teoria da imprevisão, fatos novos, imprevistos e imprevisíveis no momento da celebração do contrato e não imputáveis a nenhuma das partes, mas que reflitam nas condições econômicas do contrato, justificam a sua revisão na justa medida de se evitar a ruína do contratante. As conseqüências desses fatos novos não são imputáveis a nenhuma das partes. A Administração Pública virá em socorro do particular tão-somente para evitar a sua ruína, não se cogitando a compensação integral dos prejuízos.

13. O caso fortuito e a força maior também compõem a álea econômica, e consistem num evento de natureza imprevisível, não imputável a nenhuma das partes, que acarrete na impossibilidade material de cumprimento do contrato administrativo. Diferem uma da outra porque o caso fortuito é imprevisível, enquanto a força maior é irresistível.

14. Interferências imprevistas consistem em eventos materiais não previstos pelas partes na celebração do contrato mas que surgem na sua execução de modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos.

15. A Administração Pública celebra contratos cuja execução se prolonga no tempo, de modo que a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida acaba por sofrer o desgaste imposto pelo fenômeno inflacionário. A Lei n.º 8.666 de 1993 trata ao mesmo tempo de resguardar, cada um a seu tempo, o reajuste econômico do preço oferecido e a atualização monetária dos créditos adquiridos após a execução total ou parcial do contrato administrativo, buscando diminuir, ou mesmo acabar, com os problemas trazidos pela inflação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, S. G. **Contratos Administrativos - Alteração - Equilíbrio Econômico-Financeiro.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2083>> Acesso em: 20 mar. 2005.

ANDRADE DE OLIVEIRA, F. **Direito Administrativo, Origens, Perspectivas e Outros Temas.** Curitiba: Juruá, 2003.

AZEVEDO MARQUES NETO, F. A Correção Monetária e Econômica nos Contratos Administrativos e a Nova Lei. **Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Elementos de Direito Administrativo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

BATISTA DOS SANTOS, M. W. Contrato, Alteração Unilateral, Princípio do Contraditório. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos.** 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BÉNOIT, F. **Le Droit Administratif Français.** Paris: Librairie Dalloz, 1968.

BRAVO, M. C.; UCHÔA SOUZA, M. J. **O contrato do terceiro milênio.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2365>> Acesso em: 12 fev. 2005.

CAETANO, M. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CASSAGNE, J. C. **Derecho Administrativo**. t. II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Licitações e Contratos Administrativos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Parecer acerca do Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 9. set., 1997.

_____. Reequilíbrio Econômico Financeiro do Contrato. **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, n. 7, set., 2001.

GOMES, O. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GORDILLO, A. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

JÈZE, G. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. v. 4. Buenos Aires: De Palma, 1950.

LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.; e GAUDEMET, Y. **Traité de Droit Administratif**. 12. ed. t. I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

LÔBO NETO, P. L. **Condições Gerais dos Contratos e Cláusula Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES MEIRELLES, H. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1992.

_____. **Contrato Administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 1991.

MACHADO GRANZIERA, M. L. **Contratos Administrativos: Gestão, Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS DE ARAÚJO, K. **Contratos Administrativos: Cláusulas de Reajuste de Preços e Reajustes pelos Índices Oficiais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3132>> Acesso em: 24 jun. 2005.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1993.

ORTIZ, G. A. **Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos**. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1968.

PÉQUIGNOT, G. **Théorie Générale du Contrat Administratif**. Paris: Éditions A. Pédone, 1945.

PHILIPPE, X. **Droit Administratif General**. Marseille: Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1996.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. t. XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

RIVERO, J. **Droit Administratif**. 3. ed., Paris: Dalloz, 1965.

ROCHA FURTADO, L. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos: Teoria Prática e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2001.

SUNDFELD, C. A. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1994.

TÁCITO, C. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

VALLE FIGUEIREDO, L. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. t. II. Paris: Presses Universitaires de France, 1959.

WALINE, M. **Droit Administratif**. Paris: Éditions Sirey, 1963.

WIGNY, P. **Droit Admnsitratif**. 4. ed. Bruxelles: Editions Bruylant, 1962.

ZANELLA DI PIETRO, M. S. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.