

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

JOANA BRANCHER GUSSO MACHADO

**A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
SOBRE O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

Florianópolis
2019

Joana Brancher Gusso Machado

**A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
SOBRE O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do Título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr.

Florianópolis

2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Machado, Joana Brancher Gusso.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos / Joana Brancher Gusso Machado; orientador ; Pedro de Menezes Niebuhr, 2019

136 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

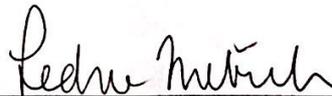
1. Direito. 2. Contratos administrativos. 3. Equilíbrio econômico-financeiro. 4. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. I. Niebuhr, Pedro de Menezes. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

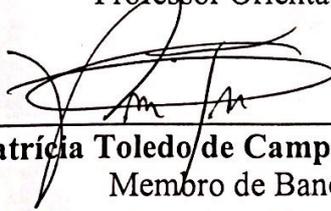
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos”, elaborado pela acadêmica Joana Brancher Gusso Machado, defendido em 25/06/2019 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 25 de junho 2019.



Pedro de Menezes Niebuhr
Professor Orientador



Patrícia Toledo de Campos Cichocki
Membro de Banca



Giovanna Maísa Gamba
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Joana Brancher Gusso Machado

RG: 4.619.614

CPF: 087.050.649-88

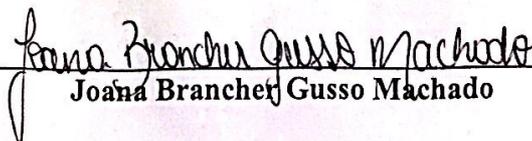
Matrícula: 14200164

Título do TCC: A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos

Orientador(a): Pedro de Menezes Niebuhr

Eu, Joana Brancher Gusso Machado, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 25 de junho de 2019.


Joana Brancher Gusso Machado

AGRADECIMENTOS

Desde antes de entrar na faculdade, eles têm me apoiado nas minhas escolhas. Até quando eu não as tinha. Nunca foram de impor quaisquer opções para mim, mas sempre me passaram as informações necessárias para tomá-las. Por esses motivos e pelos mais diversos, agradeço meus pais Gessira e Jaime pelo apoio financeiro e moral, para que eu tivesse condições de cursar uma universidade pública, longe dos mimos que eu recebia em Concórdia todos os dias. Tenho certeza que eles deixaram de lado muito conforto que eles mereciam para que pudessem dar sempre o ensino de melhor qualidade que eu e meu irmão recebemos. Não só de ensino, mas a formação de caráter com certeza adveio deles. Dos ensinamentos e das preocupações e até dos pequenos desentendimentos. Eu sempre busquei crescer com tudo isso. E por isso, sou muito grata.

Ainda sobre a família, agradeço meu irmão Luan, pela companhia e o apoio de todos os dias, seja em casa, seja pelas dúvidas pelo celular. Ou ainda pelas jantãs e companhia na academia. Ele tem sido meu exemplo e minha inspiração principalmente desde que eu escolhi sair de casa para estudar, e, mais especificamente, desde que optei entrar no mesmo curso que ele. Obrigada pelo apoio de todos os dias e pelos puxões de orelha sempre que não estava estudando. Um dia vou conquistar tudo isso que hoje você tem e merece muito, pode me esperar.

Ainda, agradeço aquele que está há mais de seis anos presente na minha vida, que me acompanhou toda a faculdade, sempre me apoiando. Sempre soube ser paciente quando as semanas de provas chegavam ou quando eu simplesmente queria estudar, e não poderia sair. Sempre me impulsionando a pensar grande, e estando comigo comemorando todas as conquistas. É ele que sempre me alegra quando algo sai fora do planejado. Obrigada Gustavo, por ser essa pessoa incrível de quem eu tenho muito orgulho e quem eu sei que vai conquistar o mundo.

Agradeço ainda minhas amigas e companheiras da faculdade, por estarem em todos os perrengues que a UFSC tem a nos oferecer. À Amanda e à Gabriela agradeço pela paciência nos dias de nervosismo das provas, pelos trabalhos sem briga alguma, pelas fofocas, e pelo melhor grupo de amigadas que poderia existir. Vocês têm sido minha alegria pra aguentar as aulas mal dadas, e o foco para persistir nas melhores. Agradeço também as saídas nos fins de semana, os aniversários e, sempre, pelos conselhos e risadas melhores dados. Obrigada por estarem sempre ao meu lado.

Agradeço também à minha melhor amiga, da infância para a vida toda, Letícia, que da 5ª série até o segundo ano não desgrudou de mim por nenhum dia. A partir do terceiro, apesar de não termos mais o convívio diário, tem sido meu porto seguro para os momentos ruins e a companheira das primeiras festas da UFSC. Apesar da saudade diária, nossa amizade jamais diminuiu e por isso sou eternamente grata.

Agradeço ainda ao meu primeiro estágio, que desde o primeiro dia de aula na faculdade me acolheram e me ensinaram tudo que uma estudante da primeira fase está louca para aprender. Obrigada aos servidores e estagiários com quem convivi da 2ª Vara Cível, em especial ao Márcio, ao Victor e à Jana, com quem fiquei em torno de dois anos aprendendo e compartilhando do bem-estar daquela Vara. Agradeço as oportunidades que me foram dadas lá dentro, do Cartório ao Gabinete, foi com vocês que o amor pelo Direito começou a nascer. Os incontáveis processos físicos de uma Vara Cível que apareciam todo dia na minha mesa jamais serão esquecidos. Obrigada.

Agradeço, ainda, ao meu orientador, Pedro Niebuhr, primeiramente pelo aceite na orientação, e então pelas correções e diversas opiniões e dicas que melhoraram imensamente meu trabalho. A certeza de te escolher se deu por todas as ótimas opiniões, tanto pessoal quanto profissional, que o CCJ emana ao seu respeito. Obrigada.

Por fim, impossível agradecer a todos que contribuíram para a criação do caráter e objetivos hoje alcançados. Sendo assim, agradeço em geral a todos aqueles que passaram pela minha vida e, assim, me fizeram melhorar cada dia mais. Cada pessoa passa por nossas vidas de uma maneira especial que não tem como ser medida. Obrigada!

RESUMO

O contrato administrativo tem como uma das suas principais características as prerrogativas conferidas à Administração Pública. Essas prerrogativas retiram a característica dos contratos em geral que têm a igualdade das partes contratuais, deixando a Administração em posição de superioridade em relação ao particular. Assim, com a apresentação da proposta pelo licitante, e aceite da Administração, é formada o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, caracterizado pela igualdade entre os encargos do particular e a justa remuneração pela Administração. Contudo, apesar das cláusulas contratuais, podem ocorrer situações que prejudiquem uma das partes, como a ocorrência de fatos imprevisíveis, ou, ainda, fatos da Administração que alterem substancialmente a justa remuneração do contratado. Esses fatos geram a quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado entre as partes. Contudo, a Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos, apesar de prever as hipóteses legais que quebram a equação financeira no art. 65, II, “d”, torna aberto o conceito aplicável a essas situações. Com isso, cabe à doutrina e à jurisprudência a subsunção dos casos concretos à norma aplicável. Nesse sentido, importante conhecer como o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem decidido essas questões. O problema do presente trabalho visa responder se o Poder Judiciário catarinense segue algum padrão ou parâmetro no que toca à definição das hipóteses em que os contratados privados fazem jus à concessão do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, identificando os principais argumentos que são utilizados pelo Tribunal. A pesquisa foi efetuada pelo método de abordagem empírico, sendo realizado um banco de dados de dezenove acórdãos, referentes aos anos de 2013 a 2019, se tratando de análise jurisprudencial do tema pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Além disso, importante ressaltar que a abertura conceitual das hipóteses legais apontadas pela Lei nº 8.666/93 justifica também o método de pesquisa escolhido. Assim, importante a análise jurisprudencial sobre o tema optado.

Palavras-chave: Contratos administrativos. Equilíbrio econômico-financeiro.

ABSTRACT

The administrative contract has as one of its main characteristics the prerogatives granted to the Public Administration. These prerogatives remove the characteristic of contracts in general that have the equality of the contractual parts, leaving the Administration in a position of superiority in relation to the individual. Thus, upon presentation of the bid by the bidder, and accepted by the Administration, the economic-financial balance of the contract is formed, characterized by the equality between the private person's charges and the fair remuneration by the Administration. However, in spite of the contractual clauses, situations may occur that could prejudice one of the parties, such as the occurrence of unforeseeable events, or even facts of the Administration that substantially alter the fair remuneration of the contractor. These facts generate the breach of the economic-financial balance initially agreed between the parties. However, the Law on Public Procurement and Administrative Contracts, even though predicting the legal hypotheses that break the financial equation in art. 65, II, "d", opens the concept applicable to such situations. Therefore, it is up to the doctrine and jurisprudence to subscribe the concrete cases to the applicable norm. In this sense, it is important to know how the Court of Santa Catarina has decided these issues. The problem of the present work aims to answer if the Judiciary of Santa Catarina follows some standard or parameter regarding the definition of the hypotheses in which the part private person contractors are entitled to the economic and financial rebalancing of administrative contracts, identifying the main arguments that are used by the Court. The research was carried out using the empirical approach method, and a database of nineteen judgments, regarding to the years from 2013 to 2019, upon jurisprudential analysis of the topic by the Court of Justice of Santa Catarina. In addition, it is important to note that the conceptual opening of the legal hypotheses pointed out by Law No. 8.666/93 also justifies the chosen research method. So, it's important the jurisprudential analysis on the chosen topic.

Keywords: Administrative contracts. Economic-financial balance.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Decisões dos pedidos de reequilíbrio em relação às Câmaras de Direito Público (TJSC).....	93
Figura 2 – Quantidade total de pedidos de reequilíbrio por ano (2013 – 2019).....	93
Figura 3 – Resultados dos pedidos de reequilíbrio por comarcas	94
Figura 4 – Concessão ou não dos pedidos com fundamento no fato da Administração	103
Figura 5 – Concessão ou não dos pedidos com fundamento no fato do príncipe.....	110
Figura 6 – Concessão ou não dos pedidos com fundamento em fato previsível, mas de consequências incalculáveis	119
Figura 7 – Quantidade de pedidos de reequilíbrio concedidos ou não	127

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

OSCIP – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

OSC – Organizações da Sociedade Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

nº – Número

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	16
1.1	OBJETIVOS.....	19
1.1.1	Objetivo Geral	19
1.1.2	Objetivos Específicos.....	19
2	ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	20
2.1	DISCIPLINA NORMATIVA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	20
2.1.1	Surgimento do contrato administrativo	20
2.1.2	Aspectos gerais dos contratos administrativos	21
2.2	PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO.....	24
2.2.1	Características dos contratos administrativos.....	24
2.2.1.1	<i>Presença da Administração Pública</i>	24
2.2.1.2	<i>Finalidade pública</i>	25
2.2.1.3	<i>Forma prescrita em lei.....</i>	25
2.2.1.4	<i>Procedimento legal.....</i>	26
2.2.1.5	<i>Natureza de contrato de adesão</i>	26
2.2.1.6	<i>Natureza intuitu personae</i>	26
2.2.1.7	<i>Cláusulas exorbitantes</i>	27
2.2.2	Prerrogativas propriamente ditas da Administração Pública	27
2.2.2.1	<i>Exigência de garantia</i>	27
2.2.2.2	<i>Alteração unilateral</i>	28
2.2.2.3	<i>Rescisão unilateral.....</i>	28
2.2.2.4	<i>Fiscalização.....</i>	29
2.2.2.5	<i>Aplicação de penalidades.....</i>	29
2.2.2.6	<i>Anulação.....</i>	29
2.2.2.7	<i>Retomada do objeto.....</i>	30
2.2.2.8	<i>Restrição ao uso da exceção do contrato não cumprido</i>	30
2.2.2.9	<i>Mutabilidade</i>	31

2.3	MODALIDADES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	31
2.3.1	Classificação dos contratos administrativos	31
2.3.1.1	<i>Classificação quanto ao regime jurídico</i>	32
2.3.1.2	<i>Classificação quanto aos efeitos para as partes</i>	33
2.3.1.3	<i>Classificação quanto aos efeitos para a Administração</i>	33
2.3.1.4	<i>Classificação quanto ao fim imediato</i>	34
2.3.1.5	<i>Classificação quanto à importância da pessoa do particular</i>	34
2.3.1.6	<i>Classificação quanto à prestação</i>	35
2.3.2	Modalidades propriamente ditas de contratos administrativos.....	35
2.3.2.1	<i>Contrato de obra pública</i>	36
2.3.2.2	<i>Contrato de serviço</i>	37
2.3.2.3	<i>Contrato de fornecimento.....</i>	38
2.3.2.4	<i>Contrato de concessão</i>	38
2.3.2.5	<i>Contrato de gerenciamento</i>	42
2.3.2.6	<i>Contrato de gestão</i>	42
2.3.2.7	<i>Contrato de programa.....</i>	43
2.3.2.8	<i>Termo de parceria</i>	43
2.3.2.9	<i>Parceria voluntária</i>	44
2.3.2.10	<i>Parcerias de investimento</i>	44
2.3.2.11	<i>Contrato de parceria público-privada/PPP.....</i>	45
2.3.2.12	<i>Contrato de franquia postal</i>	46
2.3.2.13	<i>Contrato de consórcio público</i>	46
2.4	CONTEÚDO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	47
2.4.1	Formalidades	48
2.4.2	Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	49
2.4.3	Cláusulas necessárias	51
2.4.4	Objeto	53

2.4.5	Prazo	54
2.5	ALTERAÇÕES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	55
2.5.1	Alterações unilaterais	56
2.5.2	Alterações consensuais	57
3	EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	60
3.1	HISTÓRICO.....	60
3.2	CONCEITO DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	62
3.3	EVENTOS QUE CAUSAM A QUEBRA DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA	65
3.3.1	Teoria da Imprevisão	68
3.3.2	Caso fortuito, força maior e fato do príncipe	70
3.3.2.1	<i>Caso fortuito ou de força maior</i>	70
3.3.2.2	<i>Fato do príncipe e fato da Administração</i>	70
3.3.3	Outras causas ensejadoras de revisão do contrato administrativo	72
3.3.3.1	<i>Estado de perigo</i>	72
3.3.3.2	<i>Lesão</i>	72
3.3.3.3	<i>Interferências imprevistas</i>	72
3.3.4	Motivos que não justificam o reequilíbrio econômico-financeiro	73
3.4	INSTRUMENTOS PARA A RECOMPOSIÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA	74
3.4.1	Revisão de preços	75
3.4.1.1	<i>Pressupostos para a revisão do contrato</i>	76
3.4.1.2	<i>Procedimento para a revisão</i>	78
3.4.1.3	<i>Apuração do novo preço</i>	78
3.4.2	Reajuste de preços	79
3.4.3	Repactuação de preços	82
3.4.3.1	<i>A repactuação como espécie de reajuste</i>	84

3.4.3.2	<i>Quem se sujeita à repactuação</i>	84
3.4.3.3	<i>Demonstração do aumento dos custos</i>	85
3.5	CASOS DE DIVERGÊNCIA QUANTO À APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO.....	86
3.5.1	Casos a respeito da repactuação	86
3.5.1.1	<i>Repactuação em razão de custos advindos da mão de obra e dos demais insumos</i> ..	86
3.5.1.2	<i>Repactuação em contratos com mais de uma categoria profissional</i>	87
3.5.2	A influência da variação cambial	87
3.5.3	A variação do valor do salário mínimo	88
4	O REESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (2013-2019)	90
4.1	LEVANTAMENTO DO BANCO DE DADOS E METODOLOGIA UTILIZADA	91
4.2	VERIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA EM RELAÇÃO ÀS HIPÓTESES LEGAIS DE CONCESSÃO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	94
4.2.1	Casos com fundamento no fato da Administração	95
4.2.2	Casos com fundamento no fato do príncipe	105
4.2.3	Casos com fundamento na ocorrência de fato imprevisível	111
4.2.4	Casos com fundamento na ocorrência de fato previsível, mas de consequências incalculáveis	114
4.2.5	Análise dos principais argumentos usados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina para a concessão ou não do pedido de reequilíbrio	119
4.2.5.1	<i>Argumento mais utilizado: não há provas suficientes para comprovar o desequilíbrio</i> 120	
4.2.5.2	<i>Tribunal considerou que era fato previsível: mas qual o fundamento?</i>	121
4.2.5.3	<i>“Direito precluiu”:</i> o entendimento de que a contratada deveria ter alegado desequilíbrio quando firmados os termos aditivos.....	123
4.2.5.4	<i>As poucas decisões com fundamento acertado: a perícia técnica</i>	124

4.2.6	Quantidade de casos em que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina concedeu o reequilíbrio e quantidade de casos que não concedeu.....	125
5	CONCLUSÃO	127
	REFERÊNCIAS	129

1 INTRODUÇÃO

O contrato é objeto de suma importância para o convívio em sociedade, haja vista que busca atender os interesses de toda coletividade. Acontece que um contrato regido pelo Direito Público acaba gerando dissonância de poderes entre as partes envolvidas, o que gera o questionamento de qual seria o limite para uma parte arcar com as consequências de fatos inesperados.

Assim, além de determinar as regras referentes às contratações com a Administração Pública, a Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos previu a possibilidade de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado entre as partes, de modo que a relação estabelecida inicialmente entre os deveres do contratado e a justa remuneração pela Administração deve ser reequilibrada.

Contudo, para a revisão do contrato visando o reestabelecimento da equação econômico-financeira inicialmente acordada, a Lei nº 8.666/93 prevê que os fatos geradores desse desequilíbrio sejam advindos de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, que sejam alheios a vontade das partes; fatos retardadores ou impeditivos da execução do ajustado; caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. Além disso, o direito à manutenção da equação financeira encontra previsão na própria Constituição Federal.

Diante dessa situação, o problema do presente trabalho propõe-se a descobrir se o Tribunal de Justiça de Santa Catarina segue algum padrão ou parâmetro no que toca à definição das hipóteses em que os contratados privados fazem jus à concessão do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, no período de 2013 a 2019.

A principal hipótese que direciona essa pesquisa é de que a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina revela a existência de parâmetros implícitos, mais ou menos definidos, sobre os casos em que o particular faria jus ou não ao direito do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

Já a hipótese secundária consiste em assegurar que o Tribunal Catarinense não possui padrão ou parâmetro a respeito das hipóteses autorizadas de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativo, sendo sua concessão judicial fruto de análise casuística.

O conceito de contrato administrativo, sua disciplina geral, suas classificações, bem como suas características e peculiaridades em razão da Administração Pública como parte da avença, serão tratados no primeiro capítulo, com entendimento doutrinário sobre a temática.

Assim, o segundo capítulo tratará especificamente das hipóteses autorizadas do reequilíbrio dos contratos administrativos haja vista a quebra do equilíbrio econômico-financeiro, as quais estão dispostas no art. 65, inciso II, “d” da Lei nº 8.666/93, dentre as quais: fatos imprevisíveis, fatos previsíveis mas de consequências incalculáveis, caso fortuito, força maior e fato do príncipe. Além disso, cabível destacar também o fato da Administração, que não gera, regra geral, a revisão do contrato, mas não há dúvidas de que quebra a equação financeira inicialmente firmada.

Dessa forma, com o panorama do equilíbrio econômico-financeiro, verifica-se a abertura conceitual das hipóteses legais trazidas pela Lei. Nesse sentido, justifica-se a análise jurisprudencial, com o intuito de encontrar quais são os critérios de preenchimento destes requisitos pela jurisprudência atual do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Cabe ressaltar aqui também o objeto da presente pesquisa. Em inteligência do art. 109, inciso I da Constituição Federal, o reequilíbrio dos contratos administrativos tem competência no Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional Federal. Sendo causa em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho têm competência no TRF de cada região. As restantes caberão à Justiça Comum, com competência no Tribunal de Justiça de cada estado. Assim, justifica-se o objeto da presente pesquisa quanto aos pedidos de revisão dos contratos administrativos nas últimas decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Por fim, considerando a natureza do objeto escolhido e as limitações do presente trabalho, a delimitação temporal da análise foi restringida para os anos de 2013 a 2019, sendo determinado a fim de fornecer uma amostragem grande o suficiente para retratar o posicionamento efetivamente consolidado do Tribunal, em período recente, do qual, a princípio, tem-se a verificação de quarenta e um pedidos de revisão apresentados ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O terceiro capítulo busca apresentar se o Tribunal de Justiça de Santa Catarina segue algum padrão ou parâmetro no que toca à definição das hipóteses em que os contratados privados fazem jus à concessão do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos.

Para tanto, utilizou-se como base a ferramenta de pesquisa jurisprudencial disponibilizada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que a palavra-chave utilizada foi “equilíbrio econômico-financeiro”. Com isso, obteve-se o resultado de cento e oitenta e seis ações.

Após, incluindo-se a delimitação temporal na ferramenta de pesquisa, com a data de 21/03/2013 a 21/03/2019, e selecionando as Câmaras de Direito Público, o resultado foi de quarenta e um julgados.

Por fim, ao analisar minuciosamente as decisões, notou-se que deveriam ser excluídos vinte e dois acórdãos da presente análise, tendo em vista não versarem de pedidos de revisão do contrato, mas outras ações que trataram do equilíbrio econômico-financeiro.

A partir da formação do banco de dados supracitado, passa-se a descrição dos dezenove casos, subdividido por meio dos dois principais critérios: (1) qual hipótese de desequilíbrio econômico-financeiro foi apontada como hábil pelo particular para gerar a revisão do contrato, bem como (2) se o pedido foi deferido ou não pelo Tribunal de Justiça e seus principais argumentos.

Finaliza-se o terceiro capítulo com as considerações dos dados tomados, de modo a terminar o presente trabalho.

1.1 OBJETIVOS

Os objetivos serão realizados por meio do método de abordagem empírico, pela análise da jurisprudência do assunto pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina dentro do limite temporal estabelecido: de 2013 a 2019. Assim, os procedimentos de pesquisa e técnica utilizados serão a pesquisa empírica, com a utilização de um banco de dados jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, além da pesquisa bibliográfica, com o levantamento dos estudos já realizados sobre o tema.

1.1.1 Objetivo Geral

O objetivo principal deste trabalho será a verificação do entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos anos de 2013 a 2019, e os principais argumentos utilizados pelos julgadores sobre os pedidos de restituição do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos.

1.1.2 Objetivos Específicos

Dentre os objetivos específicos, o primeiro trata de analisar quais são os casos mais recorrentes de insurgência pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, durante os anos de 2013 a 2019, em razão dos pedidos de revisão de contratos administrativos referentes ao desequilíbrio econômico-financeiro.

Após, a verificação de quais os critérios são adotados pelo Tribunal para deferir ou não os pedidos de revisão realizados no período acima indicado.

Em seguida, a análise dos principais argumentos e o preenchimento das hipóteses de concessão de reequilíbrio com fundamento na Lei nº 8.666/93 pelo Tribunal para o julgamento.

Com essas informações, apresentar dados que demonstrem a quantidade de casos em que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina concedeu a revisão e a quantidade de casos que não concedeu, elencando suas razões.

Por fim, a compreensão do posicionamento atual do Tribunal de Justiça a respeito da temática.

2 ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O contrato administrativo é instituído quando da celebração de negócio jurídico entre a Administração Pública e os particulares, sendo objeto de suma importância, tendo em vista que visa atender os interesses de toda coletividade. Em razão disso, esses contratos firmados no âmbito do Direito Público obedecem a requisitos e formalidades legais, pois tutelados pela supremacia do interesse público sobre o privado. O presente tópico tem como objetivo discorrer sobre o conteúdo e as modalidades desses contratos, além das prerrogativas conferidas à Administração, assuntos necessários à compreensão da temática.

2.1 DISCIPLINA NORMATIVA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1.1 Surgimento do contrato administrativo

A origem do contrato administrativo se deu nas primeiras décadas do século XIX, sendo a lei francesa de 1800 considerada como seu “nascimento”, conforme Palermo.¹ Essa lei disciplinou a organização administrativa francesa tendo base a hierarquia e a centralização. Entretanto, tal ramo não era formado apenas pela edição de alguma lei, outros fatores também para com ele contribuíram.²

Os ideais político-institucionais aflorados àquela época favoreceram o surgimento de normas que conduziram o exercício dos poderes estatais, com clara limitação e controle do poder e de garantias individuais. Dessa forma, as ideais relacionadas ao Estado de direito começam a surgir nas primeiras décadas do século XIX, as quais vieram a ser fator favorável à formação do Direito Administrativo.³

Em verdade, de acordo com Mello, foi a doutrina francesa que desenvolveu a teoria do contrato administrativo, com fundamento nas decisões do Conselho de Estado.⁴

¹ PALERMO, Fernanda Kellner De Oliveira. **Escoço histórico do contrato administrativo**. Revista **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2647>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 92, de 12.07.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 634.

Já na segunda metade do século XIX é que começou a se consolidar uma forma de sistematização do Direito Administrativo, que se inicia a época da prioridade contratual com o Código Napoleão, na qual as relações das partes são livres a tudo que está ao alcance do ser humano, com observância da igualdade e da liberdade dos contratantes, desde o início até o fim do ajuste, caracterizado pela imutabilidade das cláusulas.⁵

Posteriormente, com as conseqüentes transformações econômicas ocorridas, cada vez mais aparecem desníveis entre as partes, de modo que o livre consentimento antes caracterizado torna-se um conjunto de cláusulas que, sem discussão, são apresentadas pelo economicamente mais forte ao economicamente mais fraco.⁶

Querendo evitar o abuso de um sobre o outro, os poderes públicos, representados por um juiz administrador, começam a intervir nesses acordos das partes, impedindo o desequilíbrio, assinalando a época do “dirigismo contratual”, expressão de Louis Josserand.⁷

Com o tempo, o Estado passou a intervir nos contratos como parte interessada, retirando os traços de direito privado e colocando-o no foco do direito público, fase esta de publicização do contrato, diminuindo-se a autonomia da vontade e deixando predominar o princípio informativo.⁸

Ocorridas sucessivas transformações da vida social e administrativa, surgiu a teoria do serviço público. Essa teoria relaciona-se com a organização e o funcionamento dos serviços públicos, esculpindo-os à atuação administrativa. Tal princípio foi base para a primeira distinção entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração. Assim, progressivamente, foi-se transferindo para a gestão desses contratos, o privilégio de autotutela à atuação da Administração.⁹

2.1.2 Aspectos gerais dos contratos administrativos

O contrato pode ser considerado instituto de suma importância para as relações da sociedade, constituindo-se em um ajuste de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito,

⁵ PALERMO, Fernanda Kellner De Oliveira. **Escoço histórico do contrato administrativo**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2647>>. Acesso em: 22 mar. 2019

⁶ PALERMO, Fernanda Kellner De Oliveira. **Escoço histórico do contrato administrativo**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2647>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

gerando obrigações a estes em razão de seus interesses firmados. Como regra, obedece ao princípio *pacta sunt servanda*, ou seja, têm força obrigatória. É calcado nos princípios da autonomia da vontade, da função social, da boa-fé objetiva, da obrigatoriedade e da relativização dos seus efeitos.

No Direito Privado, os contratos possuem pressupostos e requisitos de existência, validade e eficácia. Assim, em consonância com o art. 104 do Código Civil, para sua validade, o contrato demanda agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Entretanto, há clara incompatibilidade entre os princípios que regem o Direito Civil e os que regem o Direito Público. A Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos) prescreve, em seu art. 2º, parágrafo único, a definição legal dos contratos administrativos, sendo como “contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.¹⁰

Di Pietro bem assegura que há divergências doutrinárias a respeito do que seria considerado contrato administrativo, havendo, no mínimo, três correntes: (1) a que não reconhece a existência de contratos administrativos, adotada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o qual entende que as cláusulas decorrem de ato unilateral da Administração, vinculado à lei, de modo que as cláusulas econômicas decorrem do direito comum; (2) a que entende que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos, adotada por José Roberto Dromi; e (3) a que entende que contratos administrativos são espécie do gênero contrato, com regime de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum, adotada pela maioria dos administrativistas brasileiros.¹¹

Para Justen Filho, o contrato administrativo é: “[...] o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”.¹²

¹⁰ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de jun. de 1993. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.html. Acesso em: 9 de mai. 2019.

¹¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 289.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 302.

Sendo manifestação conjunta e concorde de vontade, Justen Filho atenta que o contrato não se confunde com uma sucessão de atos jurídicos autônomos. Em um contrato, os interesses das partes se agregam para gerar um ato jurídico único.¹³

Ademais, a expressão “cria” direitos e obrigações, lembra o autor, é limitada à existência de autorização legislativa para tanto. As normas do contrato são uma reação da vinculação à normativa legal. Ou seja, os contratos administrativos jamais serão exceção ao princípio da legalidade.¹⁴ Significa que o contrato vincula as partes, mas somente nos limites já atribuídos pela lei.

Contudo, Justen Filho ressalta o cuidado quanto ao uso do termo “contratos administrativos”.¹⁵ A definição trazida por ele é referente ao contrato administrativo em sentido amplo, sendo que este se divide em (1) acordos de vontade da Administração; (2) contratos administrativos em sentido restrito; e (3) contratos de direito privado praticados pela Administração.

Os acordos de vontade da Administração são manifestações de vontade consensuais, mas as espécies são muito diferentes entre si, de modo que se torna difícil um conceito geral que abarcaria todas elas.¹⁶ A tentativa de Justen Filho em conceituar gerou o seguinte conceito:

Ato jurídico de natureza consensual, em que pelo menos uma das partes integra a Administração Pública estatal, destinado a regular o relacionamento futuro entre as partes, sendo usualmente destituído de natureza comutativa e podendo compreender soluções pertinentes à regularização de práticas ilícitas.¹⁷

Além disso, importante falar que essa classificação abrange: convênios públicos, contratos de consórcios públicos, contratos de programa, contratos de rateio, contratos de gestão, termos de parceria, termos de colaboração, termos de fomento, contratos de fomento, TAC, acordo de leniência, entre outros.

Já os contratos administrativos em sentido restrito abarcam os contratos de colaboração e os contratos de delegação de competência.¹⁸ Tal espécie é conceituada pelo mesmo autor como: “[...] acordo de vontades para constituir relação jurídica destinada ou a

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 302.

¹⁴ *Ibid.*, p. 302.

¹⁵ *Ibid.*, p. 301.

¹⁶ *Ibid.*, p. 304.

¹⁷ *Ibid.*, p. 305.

¹⁸ *Ibid.*, p. 301.

satisfazer de modo direto necessidades da Administração Pública ou a delegar a um particular o exercício de competências públicas”.¹⁹

Em síntese, os contratos de colaboração caracterizam-se pela admissão do particular de alguma obrigação de realizar prestação destinada a satisfazer as necessidades da Administração, seja de modo direto ou indireto. Esses contratos têm como objeto compras, serviços ou obras, mas compreendem as vendas gratuitas e onerosas também.²⁰ A outra espécie é o contrato de delegação, na qual a Administração dá ao particular o exercício de poderes de titularidade da Administração Pública.²¹ Ressalta Justen Filho que não se está transferindo a competência, até porque não é possível. O que se faz é imputar ao particular o exercício de poderes.²²

A terceira espécie são os contratos de direito privado pactuados pela Administração, com previsão no art. 62, §2º da Lei nº 8.666/93, contratos nos quais o regime administrativo atuará apenas de forma acessória.²³ Cabe lembrar que algumas prerrogativas da Administração que não geram risco à iniciativa privada ainda poderão ser aplicadas, como a fiscalização reforçada pela Administração Pública. Entretanto, institutos como da alteração unilateral não terão cabimento, pois feriria o regime de direito privado aplicado.²⁴

2.2 PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO

2.2.1 Características dos contratos administrativos

Os contratos administrativos, por serem calcados no interesse público, apresentam características próprias quanto à sua formação, execução e extinção, que os difere dos contratos de direito privado.

2.2.1.1 Presença da Administração Pública

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 318.

²⁰ *Ibid.*, p. 318.

²¹ *Ibid.*, p. 319.

²² *Ibid.*, p. 319.

²³ *Ibid.*, p. 431.

²⁴ *Ibid.*, p. 433.

Conforme apresenta Di Pietro, a presença da Administração Pública é a principal e mais gritante característica dos contratos administrativos.²⁵ Nesse sentido, a Administração apresenta-se com uma série de prerrogativas que lhe dão a posição de supremacia em relação ao particular. Essas prerrogativas são chamadas de “cláusulas exorbitantes”.

2.2.1.2 Finalidade pública

Outra característica é a finalidade pública, estando presentes não só nos contratos da Administração Pública, como também nos seus atos, ainda quando regidos pelo Direito Privado.²⁶ Seja direta ou indiretamente, os contratos administrativos devem ser sempre firmados em busca do melhor para o interesse público, sob pena de desvio de poder.²⁷

2.2.1.3 Forma prescrita em lei

A terceira característica apresentada por Di Pietro é a obediência à forma prescrita em lei. Nas leis com conteúdo de Direito Administrativo, há inúmeras normas referentes à forma, sendo esta essencial, pois traz benefício ao interessado e também para a própria Administração, fornecendo controle da legalidade.²⁸ Alguns exemplos de normas referentes ao aspecto formal estão na própria Lei nº 8.666/93, como no art. 60 e seu parágrafo único, conforme prescreve:

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.²⁹

²⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 298.

²⁶ *Ibid.*, p. 298-299.

²⁷ *Ibid.*, p. 298-299.

²⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 299.

²⁹ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de jun. de 1993. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.html. Acesso em: 9 de mai. 2019.

De acordo com Justen Filho, essas exigências buscam assegurar a viabilidade de fiscalização sobre a execução do contrato dentro das formalidades legais.³⁰ Isto é, não é admitida a desculpa da perda do contrato ou do desconhecimento deste.

2.2.1.4 *Procedimento legal*

A quarta característica é o procedimento legal, tendo em vista que a lei indica alguns procedimentos que são obrigatórios para a formalização do contrato administrativo, sendo distinta uma modalidade de outra, abrangendo medidas como autorização legislativa, autorização pela autoridade competente, licitação, entre outras.³¹

2.2.1.5 *Natureza de contrato de adesão*

A quinta característica é que o contrato administrativo possui natureza de contrato de adesão, haja vista que todas suas cláusulas são fixadas de forma unilateral pela Administração.³²

2.2.1.6 *Natureza intuitu personae*

A sexta característica é que, no entendimento de Di Pietro, todos os contratos para os quais é exigida licitação são firmados com natureza *intuitu personae*. Isto é, tendo como motivo determinante as condições pessoais do particular, as quais são apuradas no procedimento da licitação.³³ Nesse sentido, importante destacar a vedação do art. 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93 que diz respeito à subcontratação do seu objeto, seja total ou parcial. Vedando também a associação do contratado com outrem, a cessão ou a transferência. Tais medidas serão possíveis somente com previsão expressa no edital da licitação e do contrato.³⁴

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. rev. atual e ampl. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 983.

³¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 303.

³² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 304.

³³ *Ibid.*, p. 304.

³⁴ *Ibid.*, p. 304.

Entretanto, Justen Filho discorda de tal posição, pois se entendermos que o contrato administrativo é *intuitu personae*, não há que se falar em cessão deste contrato, não sendo possível transferir a execução deste a terceiros.

A fundamentação do autor se dá tendo em vista que no regime brasileiro rechaça-se a escolha da contratação fundada em critérios subjetivos, não cabendo preferências a determinados licitantes.³⁵ A própria obrigatoriedade de licitação fundamenta tal posição, de modo que há objetividade na escolha do particular a contratar. Para Justen Filho:

o contrato administrativo é pactuado *intuitu personae* para indicar um fenômeno jurídico específico. Significa que o preenchimento de certos requisitos ou exigências foi fundamental para a Administração escolher um certo particular para contratar. Porém, esses requisitos têm de ser objetivamente definitivos, como regra [...] Ou seja, o Estado não se vincula às características subjetivas do licitante vencedor. Está interessado na execução da proposta mais vantajosa, a ser desenvolvida por um sujeito idôneo.³⁶

2.2.1.7 Cláusulas exorbitantes

A sétima característica é a presença das cláusulas exorbitantes, ou como Niebuhr prefere chamar: “poderes administrativos” ou “prerrogativas administrativas protetoras do interesse público”.³⁷ Essas cláusulas outorgam à Administração Pública prerrogativas em face dos particulares, desequilibrando a relação contratual, o que diferencia os contratos administrativos dos contratos privados.

Dentre essas cláusulas, cabível destaca-las: (1) exigência de garantia; (2) alteração unilateral; (3) rescisão unilateral; (4) fiscalização; (5) aplicação de penalidades; (6) anulação; (7) retomada do objeto; e (8) restrições ao uso da exceção do contrato não cumprido.

2.2.2 Prerrogativas propriamente ditas da Administração Pública

2.2.2.1 Exigência de garantia

A exigência de garantia está prevista no art. 56, §1º da Lei nº 8.666/93 e é faculdade da Administração nos contratos de obras, serviços e compras, podendo ser: caução em

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. rev. atual e ampl. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1093.

³⁶ *Ibid.*, p. 531.

³⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 792.

dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.³⁸ Contudo, a escolha da modalidade de garantia é direito do contratado, e, regra geral, não pode ultrapassar 5% do valor do contrato. Se exigida e não utilizada, a garantia é devolvida após a execução do contrato.

Como requisito de habilitação, a Administração Pública estabelece a garantia, a fim de envolver-se em todas as cautelas possíveis para que não haja insucesso da contratação.³⁹ É o entendimento de Justen Filho, que vê a prestação dessa garantia como tema delicado. Acontece que, apesar da garantia ser de fato uma vantagem para a Administração, isso representa um encargo econômico para o particular, sendo este obrigado a desembolsar recursos, inviabilizando a condição de alguns particulares participarem da licitação.⁴⁰ Esse é também o entendimento de Niebuhr, pois se de um lado a garantia assegura as obrigações firmadas, de outro, onera as propostas e restringe a competição.⁴¹

2.2.2.2 Alteração unilateral

Como já visto, a alteração unilateral é a prerrogativa “mais exorbitante” presente nesses contratos. Possui previsão no art. 58, inciso I da Lei nº 8.666/93, podendo ser usada nos seguintes casos: (1) ocorrida modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica; ou (1) se necessária a mudança do valor contratual em razão de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos.⁴²

2.2.2.3 Rescisão unilateral

A rescisão unilateral está prevista no art. 58, inciso II e arts. 79, inciso I e 78, incisos I a XII e XVII da Lei nº 8.666/93, sendo possível em quatro casos: inadimplemento com culpa (casos de inadimplemento de cláusulas contratuais, entre outros), inadimplemento sem culpa

³⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 305.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. rev. atual e ampl. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, fl. 940.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 940.

⁴¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 813.

⁴² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 305.

(casos como desaparecimento do sujeito ou insolvência), razões de interesse público, e caso fortuito ou de força maior.⁴³

2.2.2.4 Fiscalização

Quanto à fiscalização, encontra-se previsão no art. 58, inciso III e art. 60 da Lei nº 8.666/93, os quais exigem um representante da Administração para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato. Esse fiscal fica encarregado de anotar em registro próprio todas as ocorrências, determinando o que entender necessário para regularização. Cabe frisar que o não atendimento do contratado às determinações do fiscal enseja a possibilidade de rescisão unilateral do contrato.⁴⁴

2.2.2.5 Aplicação de penalidades

Outra prerrogativa da Administração em seus contratos é a aplicação de penalidades quando da inexecução total ou parcial do contrato, podendo a Administração aplicar as sanções de natureza administrativa previstas no art. 58, inciso IV da Lei nº 8.666/93, dentre as indicadas no art. 87: advertência, multa, suspensão temporária ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.⁴⁵ Com exceção da pena de multa, a acumulação das outras sanções administrativas é vedada.⁴⁶

2.2.2.6 Anulação

É também prerrogativa da Administração a anulação prevista na Súmula nº 473 do STF⁴⁷, em que poderá anular seus próprios atos, nos casos de terem vícios que os tornem ilegais; ou revoga-los, sendo motivo de conveniência ou oportunidade. Ou seja, a

⁴³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 307-308.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 308.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 309.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 309.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 310.

Administração Pública tem o poder-dever de anular os seus próprios atos que sejam contrários à lei, correspondendo à autoexecutoriedade dos atos administrativos.⁴⁸

Cabe ressaltar que a anulação do contrato, conforme Di Pietro, não exonera a Administração do dever de pagar ao contratado a parte já executada, sob pena de se beneficiar do instituto do enriquecimento ilícito.⁴⁹

2.2.2.7 Retomada do objeto

A retomada do objeto é também prerrogativa da Administração nas contratações administrativas. Possui previsão no art. 80 e tem como finalidade certificar-se da continuidade da execução do contrato, principalmente quando afetar o serviço público essencial.⁵⁰

Tal prerrogativa somente é possível nos casos de rescisão unilateral, quando:

- I – assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;
- II – ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta lei;
- III – execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
- IV – retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.⁵¹

2.2.2.8 Restrição ao uso da exceção do contrato não cumprido

A última prerrogativa da Administração Pública é a restrição ao uso da teoria da exceção do contrato não cumprido, amplamente aplicada nos contratos regidos pelo direito privado, com fulcro no art. 477 do Código Civil.

Entretanto, nas contratações administrativas, o particular não poderá se utilizar de tal teoria, tendo em vista o princípio da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular.⁵² O que ele poderá requerer é a rescisão do contrato com

⁴⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 310.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 311.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 311.

⁵¹ Nesse sentido, entendimento do STJ no REsp 876140, do Relator Ministro Mauro Campbell Marques, *DJe* 23-6-09.

⁵² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 312.

pagamento das perdas e danos, mas deve dar continuidade à execução até que haja decisão da autoridade competente, seja administrativa ou judicial.⁵³

2.2.2.9 Mutabilidade

A oitava e última característica é a mutabilidade do contrato administrativo a qual decorre de algumas das prerrogativas conferidas à Administração, como o poder desta de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo.⁵⁴

Nesse sentido, Di Pietro entende que a mutabilidade é consequência das teorias do fato do príncipe e da imprevisão⁵⁵. A consequência dessa mutabilidade é o direito do contratado à tutela do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O fato do príncipe é um ato de autoridade de forma geral, que não está diretamente relacionado ao contrato firmado, mas repercute sobre ele.⁵⁶ A teoria da imprevisão, por outro lado, deriva de acontecimento externo ao contrato, imprevisível e inevitável, gerando grande desequilíbrio nas prestações inicialmente pactuadas a uma das partes.⁵⁷

O equilíbrio econômico-financeiro é, em linhas gerais: “[...] a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração”.⁵⁸

2.3 MODALIDADES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.3.1 Classificação dos contratos administrativos

As espécies de contratos administrativos são definidas em razão de sua finalidade, dando origem às diversas modalidades de contratação. Entretanto, essas espécies ostentam várias características, de modo que a classificação dos contratos se dará de acordo com sua natureza e suas consequências jurídicas, como será exposto a seguir.

⁵³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 312.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 312.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 312.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 314.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 312.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 318.

De acordo com o já descrito, Justen Filho ao conceituar contratos administrativos os divide em (1) acordos de vontade da Administração; (2) contratos administrativos em sentido restrito; e (3) contratos de direito privado praticados pela Administração.⁵⁹

O contrato administrativo em sentido restrito é um acordo de interesses destinado a estabelecer uma relação jurídica com a finalidade de, ou a satisfação das necessidades da Administração Pública, ou a delegação ao particular do exercício de competências públicas.⁶⁰ É a classificação dos contratos administrativos em sentido restrito de Marçal Justen Filho que passa a ser exposta aqui.

A assunção de um particular na obrigação de realizar a prestação destinada a satisfazer, de modo direto e imediato, as necessidades da Administração, diz respeito aos chamados contratos de colaboração. Já quando se atribui ao particular o exercício de poderes específicos e determinados, sem transferir a competência, esses contratos são chamados de contratos de delegação, categoria esta que abrange a concessão de serviço público, entre outras espécies.⁶¹

Esses contratos possuem regime jurídico diferenciado, produzindo uma relação direta e imediata com a atividade administrativa.⁶²

Assim, classificam-se os contratos administrativos em sentido restrito de diversas maneiras, que variam de acordo com o critério adotado. Quanto ao regime jurídico podem ser (1) contratos de colaboração; ou (2) contratos de delegação. Quanto aos efeitos para as partes podem ser (1) unilaterais; ou (2) bilaterais. Quanto aos efeitos para a Administração podem ser (1) de desembolso; ou (2) de receita. Quanto ao fim imediato podem ser (1) comutativo; ou (2) de organização. Quanto à importância da pessoa do particular podem ser (1) personalíssimos; ou (2) não personalíssimos. E, por fim, quanto à prestação podem ser (1) de dar; ou (2) de fazer.⁶³

2.3.1.1 Classificação quanto ao regime jurídico

Em relação ao regime jurídico, os contratos administrativos podem ser contratos de colaboração ou contratos de delegação. Os de colaboração, que seguem principalmente o

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 301.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 318.

⁶¹ *Ibid.*, p. 318-319.

⁶² *Ibid.*, p. 320.

⁶³ *Ibid.*, p. 322-323.

regime próprio da Lei nº 8.666/93, geram às partes o dever de realizar prestações de dar ou fazer.⁶⁴ Há uma ligação direta entre as partes, mas não é atribuída ao particular a competência para exercer poderes e competências da Administração. Os principais casos são de compras, serviços, obras e alienações contratadas pela Administração.⁶⁵

Já no contrato de delegação, ocorre a passagem do exercício dos poderes que são de titularidade do Estado, gerando, em alguns casos, relações jurídicas de direito público em face dos administrados.⁶⁶ Dentre os contratos de delegação compreende-se o de concessão de serviço público, regidos pelas Leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04.

2.3.1.2 Classificação quanto aos efeitos para as partes

Quanto aos efeitos para as partes, os contratos administrativos podem ser unilaterais ou bilaterais, tendo em vista os direitos e obrigações que serão gerados.⁶⁷

Quando apenas uma das partes adquirir direitos e a outra somente deveres, chama-se de contrato unilateral. É o que acontece, por exemplo, na doação e no mútuo. Por outro lado, quando o contrato gerar direitos e deveres para ambas as partes, chama-se de contrato bilateral, classificação esta que abarca a imensa maioria dos contratos administrativos.⁶⁸

2.3.1.3 Classificação quanto aos efeitos para a Administração

Quanto aos efeitos para a Administração, os contratos administrativos podem ser de desembolso ou de receita.⁶⁹

Quando a Administração tem a obrigação de realizar uma prestação pecuniária em favor da outra parte chama-se de contrato de desembolso, abrangendo as compras, serviços e obras.⁷⁰

Já quando a Administração tem o direito de receber valores, denominam-se contratos de receita, como, por exemplo, a alienação definitiva ou cessão temporária de bens ou direitos

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 323.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 323.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 323.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 324.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 324.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 324.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 324.

da Administração em favor de particulares.⁷¹ Estão classificadas aqui também as concessões e permissões onerosas.

2.3.1.4 Classificação quanto ao fim imediato

Quanto ao fim imediato, os contratos administrativos podem ser comutativos ou de organização.⁷²

Quando as partes realizam uma troca: tal utilidade é transferida de uma das partes para a outra, chama-se de contrato comutativo. Assim, quando cada parte realiza a prestação do objeto que lhe faz jus, extingue-se a obrigação jurídica.⁷³ O principal exemplo é o contrato de compra e venda.

Já quando o interesse das partes busca criar uma organização de esforços, bem como desempenhar atividade de modo continuado chama-se de contrato de organização. O exemplo é o consórcio.⁷⁴

A grande diferença desses contratos é que nos contratos comutativos há interesses contrários, sendo que nos contratos de organização os interesses das partes se sobrepõem; são comuns.

2.3.1.5 Classificação quanto à importância da pessoa do particular

A respeito da importância da pessoa do contratado, os contratos administrativos podem ser classificados como personalíssimos ou não personalíssimos.⁷⁵

Essa classificação gera efeitos muito importantes para a contratação. Nos contratos personalíssimos a pactuação ocorre por procedimento específico, de modo que não é admitida cessão ou subcontratação. Já os contratos não personalíssimos são firmados por procedimento impessoal, de forma que admitem cessão ou subcontratação.⁷⁶ Mais uma vez Justen Filho rejeita a característica de que todos os contratos administrativos sejam de natureza *intuitu*

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 324.

⁷² *Ibid.*, p. 325.

⁷³ *Ibid.*, p. 325.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 325.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 326.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 326.

personae, pois, em regra, as características pessoais do licitante são irrelevantes para a contratação.⁷⁷

Assim, a contratação *intuitu personae*, em que a identidade pessoal do contratado importa à Administração, é exceção e se dá nos casos da necessidade de um artista de reputação para produzir uma pintura, ou a contratação de advogado de grande autoridade conhecida. Nesses casos não há licitação prévia ao contrato, haja vista a inviabilidade de competição.⁷⁸

2.3.1.6 Classificação quanto à prestação

Em relação ao objeto da prestação, os contratos administrativos podem ser classificados em de dar ou de fazer, tendo em vista a prestação principal do contrato.⁷⁹

Quando o credor é satisfeito através da transferência de algo do devedor para ele, seja posse ou domínio, ocorre a prestação de dar. Já quando a satisfação do credor é realizada por atividade intelectual ou física a ser desenvolvida pelo devedor, seja pessoalmente seja ou por prepostos, caracteriza-se a prestação de fazer.⁸⁰

Em geral, os contratos administrativos se revestem tanto de obrigações de dar quanto de obrigações de fazer, de modo que deve ser considerado o interesse principal e final da Administração neste caso.⁸¹

2.3.2 Modalidades propriamente ditas de contratos administrativos

Para Justen Filho, conforme já destacado, os contratos administrativos se dividem em: acordos de vontade da Administração; contratos administrativos em sentido restrito; e contratos de direito privado praticados pela Administração. Para o autor, os acordos de vontade da Administração possuem uma subespécie: os acordos entre pessoas estatais, em que, por esforço comum, os órgãos estatais acordam o desempenho coordenado de competências próprias.⁸²

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 326.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 326-327.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 327.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 326.

⁸¹ *Ibid.*, p. 326.

⁸² *Ibid.*, p. 309.

Dentro dessa classificação é que Justen Filho localiza a maioria dos contratos em que Meirelles caracteriza como os principais contratos administrativos, elencando as treze modalidades que serão vistas a seguir.

2.3.2.1 Contrato de obra pública

A obra pública é, nos termos do art. 6º, inciso I da Lei nº 8.666/93, toda realização material a cargo da Administração ou de seus delegados. O conceito de “obra pública” compreende tanto a construção, quanto a reforma e a ampliação de imóvel reservado ao serviço público ou ao público.⁸³

Cabe destacar também que para que tenham início as obras, a legislação ambiental prevê que haja licença ambiental de instalação. Do mesmo modo, o início da operação do empreendimento deve ter licença de operação.⁸⁴

Ademais, segundo Meirelles, há quatro modalidades de empreendimento para a obra pública: (1) equipamento urbano: como as ruas, praças, monumentos, redes de energia elétrica, viadutos, e demais melhoramentos das cidades; (2) equipamento administrativo: instalações próprias do serviço público; (3) empreendimentos de utilidade pública: ferrovias, rodovias, aeroportos, usinas hidrelétricas e demais de interesse coletivo; e (4) edifícios públicos: sedes de governo, repartições públicas, escolas, presídios, entre outros.

Cabe lembrar que o que caracteriza a “obra” em face do “serviço” é a preponderância do material sobre a atividade operativa.⁸⁵ Além disso, o serviço público tem caráter de continuidade, enquanto a obra tem tempo limitado.⁸⁶

Importante lembrar também que todas essas obras são consideradas obras de Engenharia ou Arquitetura, isto é, o contrato deverá ser firmado com profissional habilitado ou com empresa regularmente registrada no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) ou no Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU).

Outrossim, necessário também discorrer sobre o regime de execução dos contratos de obra pública que admite duas modalidades: (1) empreitada e (2) tarefa; podendo ser combinados, formando um regime misto.⁸⁷

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 290.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 291.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 291.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 291.

O mais utilizado é o contrato de empreitada, em que a Administração transfere ao particular a execução da obra, por sua conta e risco, através de remuneração ajustada.⁸⁸ Esse regime apresenta, ainda, três modos de remuneração: (1) por preço global: a remuneração é ajustada por preço certo, até reajustável, mas previamente estabelecido para a obra toda; (2) por preço unitário: a execução é contratada pelo preço de unidades determinadas; e (3) integral: o empreendimento é contratado em sua integralidade, sob inteira responsabilidade do contratado.⁸⁹

Já o contrato por regime de tarefa é permitido quando o valor é inferior ao limite máximo legal para contratação sem licitação e se dá quando a execução de parte de uma obra maior ou pequenas obras são ajustadas por preço certo, global ou unitário, sendo que o pagamento deve ser feito de maneira periódica.⁹⁰

2.3.2.2 Contrato de serviço

O contrato de serviço é aquele que tem como objeto uma atividade prestada para a Administração, distinguindo-se do contrato de obra pública, pois sua predominância é de atividade operativa sobre o material empregado.⁹¹ A atividade operativa é o trabalho braçal, o labor intelectual e a técnica do profissional especializado. É uma gama enorme de atividades que podem ser realizadas, como demolição, locação de bens, conserto, instalação, conservação, reparação, manutenção, entre inúmeros outros.

Nesse sentido, importante diferenciar os serviços comuns, os serviços técnicos profissionais e os trabalhos artísticos, tendo em vista que tal característica influenciará na formação e no conteúdo do contrato firmado.

Os serviços comuns não exigem habilitação específica para que seja executado, de modo que pode ser realizado por qualquer pessoa ou empresa. Entretanto, exigem licitação prévia, pois abrange grande número de interessados que serão habilitados para tanto.⁹²

Os serviços técnicos profissionais exigem uma habilitação específica para a devida execução, variando desde um registro do profissional ou empresa, até um diploma de curso superior. O que caracteriza esse serviço é ser privativo por um profissional habilitado. Nesse

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros. 2018, p. 292.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 292.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 293.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 293.

⁹¹ *Ibid.*, p. 294.

⁹² *Ibid.*, p. 294.

caso, a depender do tipo de serviço é que haverá necessidade de prévia licitação ou não, sendo dispensada somente para os serviços de notória especialização, isto é, que a alta qualidade do profissional seja de reconhecimento do público.⁹³

Os contratos de trabalhos artísticos almejam a realização de obras de arte. Destaca-se que não deixa de ser um serviço profissional e técnico, contudo há diferença da classificação, pois nem sempre é exigida a habilitação legal. Tais serviços devem atender, como os serviços técnicos profissionais, a prévia licitação, que se dá geralmente pela modalidade do concurso, se não interessa a identidade do contratado; ou por inexigibilidade, quando for artista renomado.⁹⁴

2.3.2.3 Contrato de fornecimento

O contrato de fornecimento tem como finalidade adquirir bens móveis e semoventes, como materiais, produtos industrializados, entre outros, que sejam necessárias para a realização de alguma obra ou para a manutenção de algum serviço.⁹⁵

Ressalta Di Pietro que não há distinção quanto ao conteúdo referente ao contrato de compra e venda. Por isso, alguns autores negam que exista o contrato de fornecimento como contrato administrativo próprio.⁹⁶ Realmente, como destaca a autora, quando o contrato de compras for de entrega imediata e de pagamento à vista não há diferenciação. Contudo, em se tratando de fornecimento contínuo, parcelado ou fornecimento integral, mas de entrega futura, há que se falar sim em contrato administrativo de fornecimento.

Esses contratos podem ser de três modalidades: (1) fornecimento integral: em que a entrega deve ser realizada toda de uma só vez; (2) fornecimento parcelado: em que a prestação se finda com a entrega final da quantidade prevista; e (3) fornecimento contínuo: em que a entrega se dá de forma sucessiva e permanente, enquanto durar o contrato.⁹⁷

2.3.2.4 Contrato de concessão

⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros. 2018, p. 295.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 296.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 297.

⁹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 371.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 297.

O contrato de concessão se dá quando a Administração delega ao particular contratado a execução de serviço ou de obra pública, ou ainda quando lhe cede o uso de um bem público, explorando-o por sua conta e risco, nos prazos e condições contratados⁹⁸.

Meirelles⁹⁹ classifica em três as espécies de contrato de concessão: concessão de serviço público, concessão de obra pública e concessão de uso de bem público.

A concessão de serviço público é contrato de colaboração e, com previsão no art. 175 da Constituição Federal, se dá quando é transferida a execução de um serviço do Poder Público ao particular, o qual se remunerará dos gastos, já inclusos os ganhos do negócio, por meio de uma tarifa cobrada dos usuários.¹⁰⁰ Cabe ressaltar também as chamadas parcerias público-privadas instituídas pela Lei nº 11.079, como nova modalidade de concessão de serviço público, divididas em concessão patrocinada e concessão administrativa.¹⁰¹

Já a concessão de obra pública tem por objeto, mediante remuneração do concessionário por tarifa, delegar a um particular contratado a execução e exploração de uma obra pública, ou obra de interesse público, para o uso da coletividade.¹⁰²

Por fim, a concessão de uso de bem público é contrato de atribuição, tendo como maior interesse o concessionário em face da coletividade. Esse contrato outorga ao particular a possibilidade de usar bem da Administração conforme sua destinação específica, como um hotel, lugar turístico ou outro pertencente ao Poder Público. A concessão de uso é ainda classificada em concessão administrativa de uso, sendo intransferível o direito pessoal; e concessão de direito real de uso, sendo direito real, portanto, transferível a terceiro.¹⁰³

Entretanto, Di Pietro lembra a existência de três correntes de doutrinadores para a definição do que é a concessão.¹⁰⁴ O primeiro grupo atribui entendimento amplo à palavra “concessão”, abrangendo qualquer ato, seja unilateral ou bilateral, em que a Administração outorga direitos ou poderes ao particular. O segundo grupo distingue a concessão translativa

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 297-298.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 298.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 298.

¹⁰¹ Di Pietro explica que a concessão patrocinada é forma de parceria público-privada, conjugando-se a tarifa dos usuários mais a contraprestação pecuniária do parceiro público. Já a concessão administrativa a Administração Pública é usuária, direta ou indiretamente, sendo que a remuneração se dá pela contraprestação feita pelo parceiro público (PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 324)

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 299.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 300.

¹⁰⁴ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 322.

da constitutiva¹⁰⁵, admitindo os três tipos de concessão acima explicados: a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público. Por fim, o terceiro grupo possui entendimento mais restrito, considerando concessão apenas a delegação de poderes para a prestação de serviços públicos. O segundo entendimento é o defendido pela maior parte dos doutrinadores brasileiros.

Ademais, quanto ao objeto da concessão, a autora observa diversas modalidades: (1) a concessão de serviço público: em que a remuneração do concessionário advém de tarifa paga pelo usuário, ou exploração similar; (2) a concessão patrocinada: é modalidade de concessão de serviço público, sendo forma de parceria público-privada, conjugando-se a tarifa dos usuários mais a contraprestação pecuniária do parceiro público; (3) a concessão administrativa: também tem objeto a prestação de serviço, mas que a Administração Pública seja usuária, direta ou indiretamente, sendo que a remuneração se dá pela contraprestação feita pelo parceiro público; (4) a concessão de obra pública; e (5) a concessão de uso de bem público.¹⁰⁶

Assim, Di Pietro conceitua a concessão em sentido amplo:

[...] contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.¹⁰⁷

Cabe, por fim, evidenciar a diferenciação existente entre concessão, permissão e autorização de serviço público.

Conforme Di Pietro afirma, a permissão de serviço público, diferente da concessão, não é contrato, mas ato unilateral, discricionário e precário, por meio do qual o Poder Público transfere ao particular, para que exerça em nome próprio e por sua conta e risco, a execução de um serviço público, mediante tarifa que será paga pelo usuário.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Di Pietro explica que a concessão translativa é uma passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo, sendo que os direitos que são gerados por essa concessão são próprios do Estado, mas transferidos ao concessionário. Já a concessão constitutiva acontece quando o Estado, com base em um poder mais amplo, constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo, como por exemplo a concessão de uso de bem público (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 323).

¹⁰⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 324.

¹⁰⁷ Ibid., p. 324.

¹⁰⁸ Ibid., p. 336-337.

Nota-se que é a forma de constituição que diferencia os dois institutos. A concessão decorre de acordo de vontades, de modo que a permissão de ato unilateral. Ademais, a permissão é precária, o que não ocorre com a concessão.¹⁰⁹

A permissão está prevista na Lei nº 8.987/95 no art. 2º, inciso IV e art. 40. É contrato de adesão, precário (significa que a Administração pode a qualquer tempo alterar e encerrar o ato¹¹⁰) e revogável unilateralmente pelo poder concedente. Depende sempre de licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal. Ademais, seu objeto é a execução do serviço público, de modo que a titularidade não é transferida. Em regra, não possui prazo, mas a doutrina tem admitido a possibilidade de sua fixação¹¹¹, entendimento esse repellido por Di Pietro. Além disso, a concessão de serviço público só poder ser feita a pessoa jurídica, enquanto a permissão de serviço público pode ser a pessoa jurídica ou física, nos termos do art. 2º, inciso IV da Lei nº 8.987/95.

Por outro lado, Justen Filho acredita que nem sempre a permissão será ato unilateral. Para ele, há casos em que a permissão será um ato administrativo unilateral, mas em outros terá natureza contratual. Dependerá do exame da disciplina normativa adotada no caso. Assim, havendo participação da vontade privada na formação, será um contrato. Caso contrário, será ato unilateral.¹¹²

Já a autorização de serviço público, é também ato unilateral, discricionário e precário por meio do qual o Poder Público delega ao particular a execução de serviço de sua titularidade para que este execute em seu próprio benefício.¹¹³ O exemplo típico é o de energia elétrica previsto no art. 7º da Lei nº 9.074/95.

A definição encontra-se no art. 3º do Decreto Federal nº 2.521/98, sendo a autorização “delegação ocasional, por prazo limitado ou viagem certa, para prestação de serviços de transporte em caráter emergencial ou especial”. Assim, Justen Filho entende que a autorização é utilizada apenas para casos de serviços públicos emergenciais, não constantes, como a autorização que precisa ser dada durante algum estado de greve.¹¹⁴

¹⁰⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 337.

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 784.

¹¹¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 337.

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 659.

¹¹³ *Ibid.*, p. 664.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 664-665.

2.3.2.5 Contrato de gerenciamento

Nesse tipo de contrato as atividades necessárias à inserção do empreendimento são passadas ao gerenciador, que pode ser profissional habilitado ou empresa, sendo que o Poder Público fica responsável apenas pelo poder de decisão final e pelos encargos financeiros da execução e serviços referentes.¹¹⁵

2.3.2.6 Contrato de gestão

Com fundamento no art. 37, §8º da Constituição Federal, em busca de melhor controle dos resultados, o contrato de gestão tem como finalidade possibilitar à Administração Superior a fixação de metas e prazos de execução para que a entidade privada ou ente da Administração indireta cumpram.¹¹⁶ Não é exatamente um contrato, tendo em vista que não há interesses contrapostos, trata-se de um acordo operacional. É o entendimento de Meirelles.¹¹⁷

Para Di Pietro é cabível tanto com entidades da Administração Indireta, como órgãos da própria Administração direta.¹¹⁸

Justen Filho acredita que o contrato de gestão é acordo de vontade da Administração, e não propriamente um contrato administrativo em sentido restrito. Para ele, a expressão “contrato de gestão” é utilizada com dois entendimentos diversos, podendo ou ser contrato interno de gestão, ou contrato externo de gestão.¹¹⁹

O contrato interno de gestão é firmado entre entidades integrantes da Administração Pública. Já o contrato externo de gestão envolve entidades privadas integrantes do terceiro setor. Este último consiste em modalidade de convênio público, sendo subordinado às suas regras.¹²⁰

O objetivo é de sujeitar as entidades da Administração Indireta ao cumprimento das metas previstas no contrato para, em troca, a Administração Direta liberá-las de algumas

¹¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 301.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 303.

¹¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 303.

¹¹⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 374.

¹¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 312.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 312-313.

formas de controle, concedendo mais autonomia. Assim, todos contratos de gestão devem conter: (1) a forma como se dará a autonomia; (2) as metas a serem cumpridas no prazo estabelecido; e (3) o controle de resultado.¹²¹

2.3.2.7 *Contrato de programa*

É contrato que vai reger as obrigações que resultam do consórcio público, em que há a prestação de serviços públicos ou a transferência de encargos, serviços, pessoal ou bens essenciais à continuidade desses serviços.¹²² Possui previsão no art. 13 da Lei nº 11.107/05, a qual discorre sobre as normas gerais para a contratação dos consórcios públicos.

2.3.2.8 *Termo de parceria*

Definido pela Lei Federal nº 9.790/99, o termo de parceria, que se trata basicamente de um “termo de cooperação”, é instrumento a ser firmado entre as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e o Poder Público, com a finalidade de formar um vínculo de cooperação entre as partes, para fomento e execução das atividades que são de interesse público previstas no art. 3º da referida Lei.

Como bem assevera Meirelles, tais figuras adicionadas à Constituição pela Emenda Constitucional nº 19/98, chamada Reforma Administrativa do Estado, não são contratos propriamente ditos, pois em verdade há interesses convergentes, e não contraditórios.¹²³

Na mesma linha é o entendimento de Justen Filho que destaca o Acórdão 1.777/2005-Plenário do TCU, em que o Tribunal de Contas reconhece a semelhança entre o termo de parceria e o convênio, mas assegura que o termo de parceria é instrumento diferenciado para o desenvolvimento das atividades das OSCIP's, portanto, possui regramento próprio.¹²⁴

O convênio é mero acordo de vontades com características próprias, mas não é considerado modalidade de contrato, como bem assegura Di Pietro, ainda que seja um dos

¹²¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 373.

¹²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 305.

¹²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 304.

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 314.

instrumentos que o Poder Público utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou até privadas.¹²⁵

2.3.2.9 *Parceria voluntária*

Regida pela Lei nº 13.019/14, a qual institui normas gerais para as parcerias voluntárias, conceitua-as em parcerias entre a Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.¹²⁶

Segundo Justen Filho, será termo de colaboração se a avença abarcar a transferência de recursos financeiros. Já o termo de fomento será usado quando versar a respeito de plano de trabalho proposto por uma OSC e envolver a transferência de recursos financeiros também. Por fim, será acordo de cooperação se a parceria não disser respeito à transferência de recursos financeiros.¹²⁷

A matéria sobre as parcerias voluntárias está regulamentada de forma aprofundada nos arts. 5º ao 44 desta Lei. Destaca-se que o art. 20 traz exatamente o que se considera a Organização de Sociedade Civil.

2.3.2.10 *Parcerias de investimento*

Criado pela Lei nº 13.334/16, o Programa de Parcerias de Investimento (PPI) é, nos termos do art. 1º, “destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização”.¹²⁸

¹²⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 375.

¹²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 308.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 314.

¹²⁸ BRASIL. Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016. **Cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13334.html. Acesso em: 9 de mai. 2019.

Como bem lembra Di Pietro, ainda que a Lei utilize o termo “parceria”, não se aplica apenas aos contratos de parceria público-privada, mas a variadas modalidades de contratos que estão citados no art. 1º, §2º da Lei, como a concessão comum, a patrocinada, a administrativa, a permissão de serviço público, dentre outros.¹²⁹

Meirelles entende que o art. 1º desta Lei destaca quais empreendimentos podem integrar o PPI, abrangendo não apenas empreendimentos da União, mas também dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.¹³⁰ Entretanto, em diverso entendimento, Di Pietro entende que o PPI tem aplicação apenas à União. Entretanto, em leitura do art. 17 da Lei supramencionada, traz norma direcionada aos demais entes da federação que exerçam competências das quais o exercício dependa da viabilização de empreendimento do PPI. Nesse caso, necessária atuação conjunta dos entes.¹³¹

Destaca-se que a Lei prevê também, em seu art. 5º, que esses empreendimentos que integram o PPI serão tratados com prioridade nacional por todos os agentes públicos de execução e de controle dos entes federativos. .

Novamente, Meirelles entende que não são contratos propriamente ditos, tendo em vista o caráter de interesses coincidentes.¹³²

2.3.2.11 *Contrato de parceria público-privada/PPP*

A Lei Federal nº 11.079/04 instituiu as normas gerais referentes à contratação no âmbito da Administração Pública, sendo as parcerias público-privadas contrato administrativo de concessão, cabível nas modalidades patrocinada ou administrativa.¹³³ A patrocinada trata-se de concessão de serviços ou obras públicas a respeito da Lei nº 8.987/95, a qual envolve adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, uma prestação pecuniária do parceiro público para o privado. Já a administrativa é contrato de prestação de serviços em que a Administração deve ser usuária direta ou indireta.¹³⁴

Cabe lembrar que foi vedada a utilização do instrumento pelo Poder Judiciário.¹³⁵

¹²⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 372.

¹³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 297.

¹³¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 373.

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 297.

¹³³ *Ibid.*, p. 311.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 311.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 312.

Inicialmente, o particular deve desembolsar o importe mínimo de R\$ 10.000.000,00 para investimento inicial. Ademais, o prazo contratual deve ser entre cinco e trinta e cinco anos e o objeto não pode fazer jus apenas a algum fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou execução de obra pública. O particular, além disso, assume a prestação de serviços pertinentes à manutenção da infraestrutura construída ou recuperada.¹³⁶

2.3.2.12 *Contrato de franquia postal*

Regido pela Lei nº 11.668/08, o contrato de franquia postal é firmado entre pessoas jurídicas de Direito Privado e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Tem como objeto a exploração de atividades auxiliares do serviço postal. Ademais, deve ser ressaltado que é de uso obrigatório o critério de julgamento da melhor proposta técnica, com preço fixado no edital.¹³⁷

2.3.2.13 *Contrato de consórcio público*

Com a necessidade tanto de ampliação territorial, quanto da colaboração e da conjugação de recursos técnicos e financeiros de outros entes ou particulares, o consórcio público nasce na busca de se executarem serviços de alto custo e que não estariam ao alcance da Administração se atuando só.¹³⁸

Disciplinado pela Lei nº 11.107/05, que tem base nos arts. 22, inciso XXVI, e 241 da Constituição Federal, o consórcio público, conforme Meirelles, é pessoa de direito público, quando associação pública, ou de direito privado, quando firmado entre entes federados. Neste último caso, observará as normas de direito público na realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, regida esta pela CLT. Assim, possuindo personalidade jurídica, os consórcios têm capacidade de exercer direitos e assumir obrigações em nome próprio.¹³⁹

Nos termos de Justen Filho:

o consórcio público com personalidade jurídica de direito público consiste numa associação pública entre entes políticos diversos, constituída a partir de autorizações legislativas, investida na titularidade de atribuições e poderes públicos para relações

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 312.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 313.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 313.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 496.

de cooperação federativa tendo por objeto o desenvolvimento de atividades permanentes e contínuas.¹⁴⁰

Para o autor, trata-se de acordo de vontades da Administração, em que o consórcio público deriva de um ajuste similar ao convênio, mas com características específicas. O consórcio não estabelece apenas uma cooperação, ele busca organizar os bens e pessoal de forma estável. Já o convênio não institui essa organização, restringe-se a ordenar a atuação simultânea dos associados.¹⁴¹

Assim, o contrato de consórcio público é firmado entre entes federados em que é delegada a gestão associada de serviços públicos e também a realização de objetivos de interesses comuns; não possuindo fins econômicos. Deve ser precedido, inclusive, de protocolo de intenções e aprovação legislativa.

Importante frisar que a Lei mencionada veda a celebração de contrato, ou qualquer outro instrumento, que busque a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades nela previstas.¹⁴² O descumprimento dessa proibição, inclusive, caracteriza ato de improbidade administrativa¹⁴³, nos termos do art. 10, inciso XIV da Lei nº 8.429/92, introduzido pelo art. 18 da Lei nº 11.107/05.

Ademais, a Lei determina também que a União somente poderá participar de consórcios públicos em que também participem todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados, exigindo que cada ente federado só faça parte mediante autorização legislativa.¹⁴⁴

O art. 8º, em seus §§1º e 2º prescreve que a entrega de recursos ao consórcio público dos entes consorciados será realizado pelo chamado contrato de rateio, o qual deve ser formalizado em cada exercício financeiro. Contudo, conforme o art. 13 da mesma Lei, obrigações que um ente constituir para com outro ente ou para com o consórcio público, havendo prestação de serviços públicos ou a transferência de encargos, serviços, pessoal ou bens necessários, deverão ser constituídas pelo chamado contrato de programa.¹⁴⁵

2.4 CONTEÚDO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 132.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 309.

¹⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 496.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 496.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 496-497.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 500-501.

Antigamente poucas leis regulavam o contrato administrativo e a matéria era tratada de forma incompleta, gerando incerteza da jurisprudência para interpreta-las.¹⁴⁶ Com o advento da Lei nº 8.666/93, as normas foram sistematizadas, abrangendo a matéria quase que em sua totalidade.¹⁴⁷ A depender do tipo de contrato administrativo em análise, poderão haver nuances que diferenciam seu conteúdo. Não obstante, a Lei nº 8.666/93 traça uma espécie de regime jurídico geral dos contratos administrativos, razão pela qual será referida como base na presente investigação.

Assim, os contratos administrativos regem-se hoje pelo regime de Direito Público. De forma supletiva, são aplicados os princípios gerais dos contratos e as disposições de direito privado, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.666/93.

O conteúdo do contrato administrativo é a vontade expressa das partes quando da sua formalização.¹⁴⁸ Por essa razão, a necessidade de cláusulas que determinem minuciosamente o objeto e definam bem os direitos e obrigações dos contratantes, tudo em conformidade com o edital e a proposta vencedora.¹⁴⁹

Cabível ressaltar que, em caso de dispensa ou inexigibilidade da licitação, o conteúdo deve corresponder ao despacho que autorizou a realização da licitação e também à proposta escolhida.¹⁵⁰

Ademais, também fazem parte do contrato: o edital, o projeto com suas especificações, os memoriais, os cálculos, as planilhas, os cronogramas e os demais elementos pertinentes a cada caso.¹⁵¹

2.4.1 Formalidades

Regra geral, o art. 2º da Lei nº 8.666/93 prescreve que:

as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.¹⁵²

¹⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 253-254.

¹⁴⁷ Ibid., p. 254.

¹⁴⁸ Ibid., p. 255.

¹⁴⁹ Ibid., p. 255.

¹⁵⁰ Ibid., p. 255.

¹⁵¹ Ibid., p. 255.

¹⁵² BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de jun. de 1993. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.html. Acesso em: 9 de mai. 2019.

Ou seja, os contratos administrativos devem passar por prévia licitação, salvo casos de inexigibilidade ou de dispensa.

Ademais, algumas cláusulas devem obrigatoriamente constar do instrumento do contrato, enumeradas no art. 55 da Lei nº 8.666/93, como os prazos, a entrega e o recebimento do objeto, as penalidades, os casos de rescisão, entre outras.

Além disso, nos casos de compras, obras ou serviços, a Administração poderá ainda exigir uma garantia do particular, garantia esta de escolha do próprio contratado, dentre elas: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia, ou fiança bancária.¹⁵³

Esses contratos, salvo se referentes a direito real, lavram-se nas próprias repartições interessadas, as quais tem o dever de manter arquivo cronológico de seus autógrafos e registro sistemático (art. 60 da Lei nº 8.666/93).¹⁵⁴

Outrossim, em seu art. 61, parágrafo único, a Lei nº 8.666/93 estabelece a publicação resumida do instrumento e de seus aditamentos no Diário Oficial, o que terá que ocorrer em até 20 dias, contados da data da assinatura. Esse procedimento é condição de eficácia do contrato administrativo.¹⁵⁵

2.4.2 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Mecanismo firmado entre a Administração Pública e o particular, o contrato administrativo detém conteúdo peculiar quanto ao seu objeto, ao seu prazo, a sua duração, dentre outros institutos necessários para sua formalização.

O princípio fundamental em matéria de licitação e contratações administrativas é o princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou ao edital; ou como Justen Filho prefere chamar “princípio da conformidade do contrato ao ato convocatório”.¹⁵⁶ Esse princípio está previsto no art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, e repercute em toda a Lei

¹⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 651.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 651.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 651.

¹⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. rev. atual e ampl. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 929.

mencionada, como no art. 41, *caput* que prescreve que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estreitamente vinculada”.¹⁵⁷

Inclusive, todas as cláusulas contratuais que poderiam influenciar na participação ou não de interessados, ou até para a formulação de suas propostas, devem constar do ato convocatório, sob pena de nulidade da licitação.¹⁵⁸

Como bem trata Niebuhr “[...] não se pode licitar uma coisa e contratar outra”.¹⁵⁹ O edital vincula a licitação pública e tudo que dela decorrer, em especial o contrato administrativo.

A vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante são previstas como cláusulas necessárias em todo contrato, nos termos do art. 55, inciso XI da Lei nº 8.666/93.

Dessa maneira, em regra, o conteúdo do contrato administrativo deve ter correspondência ao conteúdo do instrumento convocatório.¹⁶⁰ Inclusive, cabe lembrar que, nos termos do art. 2º, inciso III do art. 40 da Lei nº 8.666/93, a minuta do contrato é anexo obrigatório ao edital de licitação pública.¹⁶¹

Apesar disso, há situações em que é possível a contratação em condições diversas daquelas previstas no instrumento convocatório. Isso, pois o interesse público é mutável.¹⁶² Como bem assevera Dallari: “[...] nada impede que o contrato se refira à mesma coisa licitada, mas com as alterações ou adaptações destinadas à plena satisfação do interesse público”.¹⁶³

Assim, levando em conta alguns requisitos necessários, se o interesse público requer contratação em condições diferenciadas daquelas previstas no instrumento convocatório, a mudança deve acontecer, relativizando-se o princípio da vinculação ao edital. Essa medida, entretanto, deve ser de caráter excepcional.¹⁶⁴

¹⁵⁷ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de jun. de 1993. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.html. Acesso em: 9 de mai. 2019.

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** rev. atual e ampl. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 929.

¹⁵⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo.** 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 803.

¹⁶⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo.** 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 804.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 804.

¹⁶² *Ibid.*, p. 804.

¹⁶³ DALLARDI, 2003 apud NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo.** 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 804.

¹⁶⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo.** 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 804.

Para isso acontecer, o autor elenca condições que devem necessariamente ocorrer: (1) o fato ser imprevisível à época do lançamento do instrumento convocatório; (2) a mudança deve ser vantajosa ao interesse público; (3) a mudança não pode alterar o objeto da licitação; e (4) a mudança deve ser amplamente motivada.¹⁶⁵

Destaca-se que as hipóteses de alteração do contrato administrativo serão tratados em tópico apartado, no item 2.3.

2.4.3 Cláusulas necessárias

Outro ponto importante a respeito do conteúdo dos contratos administrativos são as cláusulas necessárias, previstas nos treze incisos do art. 55 da Lei nº 8.666/93, que devem estar em conformidade com o instrumento convocatório e com a proposta do licitante vencedor.¹⁶⁶

A primeira cláusula obrigatória é o objeto e seus elementos característicos. É evidente que todos os contratos, e não apenas os administrativos, precisam discorrer a respeito do objeto com todos seus detalhes. No caso dos contratos administrativos, dispõe-se o que o contratado terá que fazer. É fundamental que a Administração descreva com minúcias o objeto, até para que ela possa exigí-lo em caso de descumprimento.¹⁶⁷

A segunda cláusula obrigatória trazida no art. 55, inciso II da Lei nº 8.666/93 é o regime de execução ou a forma de fornecimento que, agregado ao inciso IV, é necessário dispor sobre os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, como for o caso. Assim, deve ser esclarecido de que forma o objeto deverá ser executado, com toda informação conveniente ao caso¹⁶⁸, ou seja, como as partes vão executar as prestações que lhes cabem.

Importante lembrar ainda que pode o contrato prever prazo para a Administração realizar o controle de qualidade no objeto entregue pela contratada. Nesse prazo, os agentes

¹⁶⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 805.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 808.

¹⁶⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 808.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 808.

da Administração verificam se há compatibilidade ou não com o previsto no contrato. O silêncio da Administração gera presunção de recebimento do objeto de forma definitiva.¹⁶⁹

Destaca-se no art. 57, inciso II a possibilidade de prorrogação desses prazos e como se dará essa prorrogação, devendo isso estar previsto no contrato. Como bem adverte Niebuhr¹⁷⁰, apesar de não estar no art. 55 como cláusula obrigatória, há decisões do Tribunal de Contas da União que condicionam a prorrogação desses prazos à previsão no instrumento convocatório e no contrato firmado.

Outra cláusula necessária é a contraprestação devida pela Administração que, na grande maioria dos casos, é o pagamento. A previsão encontra-se no inciso III do mesmo artigo, prescrevendo que devem estar presentes “o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.¹⁷¹

No mesmo sentido, o inciso V prevê que o contrato fale sobre o pagamento e de onde estão vindo os recursos para realiza-lo, lembrando que a previsão dos recursos orçamentários é requisito para a própria licitação (art. 7º, incisos III e IV do §2º e art. 14 da Lei nº 8.666/93).

Ressalta-se ainda o inciso X do mesmo artigo que prevê como necessária cláusula a respeito das condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, para casos de licitação internacional, sobretudo quando quem fará a importação seja a entidade administrativa.

O inciso VII dispõe de cláusula que demonstra os direitos e as responsabilidades dos contratantes, as penalidades cabíveis e os valores das multas. A multa, inclusive, nos termos do art. 86, *caput* e art. 87, inciso II da Lei nº 8.666/93 só poderá ser cobrada se prevista no contrato.

O inciso VI inclui ainda cláusula que expresse a respeito das garantias. Tendo em vista que não é obrigatória sua exigência, quando a Administração entender que devem ser exigidas, deve dispor a respeito no contrato.

Importante também pronunciar que o inciso VIII fala da previsão dos casos de rescisão e o inciso seguinte fala do reconhecimento dos direitos da Administração no caso de rescisão

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. rev. atual e ampl. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 932.

¹⁷⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 809.

¹⁷¹ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de jun. de 1993. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.html. Acesso em: 9 de mai. 2019.

administrativa, prevista no art. 77 da mesma Lei supramencionada. Como bem nota Niebuhr, a própria Lei já prevê em seus arts. 78 e 80 a respeito dos casos de rescisão e também dos direitos da Administração nessa situação, de modo que, na prática, o contrato acaba por apenas enunciar os casos já previstos em Lei ¹⁷²

O inciso XII prescreve ainda como cláusula obrigatória no contrato administrativo a que indique a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente em relação aos casos omissos. Em regra, a legislação aplicável é a Lei nº 8.666/93. Contudo, há casos específicos que se submetem predominantemente pela legislação do direito privado.

Por fim, o inciso XIII prevê como cláusula obrigatória o compromisso do contratado de manter, durante toda a execução do contrato e, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. Assim, se o particular só terá condições e idoneidade para contratar com a Administração ao demonstrar todos os requisitos de habilitação que são exigidos no instrumento convocatório, caso ele perca essas condições durante a execução do contrato, perderá, por consequência, as condições e a idoneidade para manter o contrato com a Administração.¹⁷³

2.4.4 Objeto

O objeto do contrato administrativo são as prestações que as partes se obrigam a realizar, sendo que o objeto imediato é a conduta humana, ou seja, dar, fazer ou não fazer.¹⁷⁴ É o entendimento de Justen Filho.

Para Di Pietro, o contrato administrativo tem como objeto a prestação de serviço público em seu sentido amplo, abrangendo toda atividade que o Estado se encarrega. Assim, abrange também os serviços públicos comerciais e industriais que sejam exercidos pelos particulares, e que podem ter a sua execução transferida a estes por contrato de concessão de serviço público.¹⁷⁵

Além disso, tem por objeto também a utilização privativa de bem público de uso comum ou uso especial, haja vista que esses bens, por não serem alienáveis, não fazem parte

¹⁷² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 809.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 810.

¹⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. rev. atual e ampl. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 930.

¹⁷⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 295.

do comércio de direito privado, de modo que todas as relações jurídicas acerca deles estão disciplinadas pelo direito público.¹⁷⁶ Como bem assevera Di Pietro, mais do que o tipo da atividade, é a utilidade pública que resulta diretamente do contrato que o caracteriza como administrativo. Enquanto o particular visa seu interesse próprio individual, a Administração pretende o atendimento do interesse público geral.¹⁷⁷

2.4.5 Prazo

Contrário à regra geral dos contratos regidos pelo direito privado, o contrato administrativo não pode ser pactuado por prazo de vigência indeterminado, conforme vedação do art. 57, §3º da Lei nº 8.666/93.

Contudo, ressalta-se que não se confundem os prazos de vigência contratual com o prazo de adimplemento das prestações. O contrato estará em vigor durante o período em que as partes devem executar suas prestações, prestações estas que possuem prazos específicos.¹⁷⁸

Como regra geral, o art. 57 da Lei nº 8.666/93 prescreve que o prazo de vigência do contrato administrativo não pode ultrapassar os limites de vigência dos créditos orçamentários, ou seja, um ano, caso contrário, não terá autorização orçamentária. Isso pois, conforme relata Mello, é nos créditos orçamentários que está a previsão dos recursos necessários para custear o contrato.¹⁷⁹ Inclusive, a Constituição Federal também faz essa previsão em seu art. 167, §1º, que “nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade”.¹⁸⁰ Entretanto, há casos em que não é possível estabelecer um prazo de vigência determinado e específico, coloca por exemplo a prestação de serviços advocatícios.¹⁸¹ Assim, há várias exceções.

A primeira exceção está prevista no art. 57, inciso I da Lei nº 8.666/93 e diz respeito aos contratos autorizados no plano plurianual, tendo em vista serem projetos de longo prazo.

¹⁷⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 295.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 296.

¹⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 376.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 648.

¹⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em 09 de mai. 2019.

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. rev. atual e ampl. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 947.

Nos termos de Justen Filho, a previsão do projeto no plano plurianual pressupõe que a contratação já tem avaliação planejada pelo Estado ¹⁸²

A segunda exceção diz respeito aos serviços contínuos e está disciplinada no art. 57, inciso II da mesma Lei. Os contratos de prestação de serviços executados de maneira contínua essenciais para necessidade pública permanente e não extingüível poderão ultrapassar os limites de vigência dos créditos orçamentários.¹⁸³ Contudo, esse dispositivo não abrange apenas os serviços essenciais como a saúde, mas, por exemplo, o serviço de limpeza, apesar de não essencial, deve ser contínuo para a fixação de prazo de vigência.¹⁸⁴

A terceira exceção está prevista no art. 57, inciso IV da mesma Lei e é para o aluguel de equipamentos e a utilização de programas de informática, os quais poderão ser pactuados por prazo de até quarenta e oito meses.¹⁸⁵

Por fim, o art. 57, inciso V da mesma Lei admite a prorrogação de alguns contratos em que a pactuação pode ser promovida por dispensa de licitação nos casos em que o contrato tem como objeto a defesa nacional, compras de materiais logísticos para as Forças Armadas, inovação e pesquisa científica e tecnológica ou elevada complexidade tecnológica.¹⁸⁶

Necessário dispor ainda que, os prazos de início, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, a qual deve ser justificada por escrito e ter autorização da autoridade competente, sempre mantida a equação econômico-financeira inicialmente firmada.¹⁸⁷

2.5 ALTERAÇÕES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Diferentemente do que acontece no âmbito do Direito Privado, a alteração nas contratações administrativas é questão que merece destaque, tendo em vista a possibilidade da modificação unilateral pela Administração. Tal conteúdo encontra-se disciplinado pelo art. 65, incisos I e II da Lei nº 8.666/93.

Esse poder de alteração é inerente à Administração, de modo que não há necessidade de previsão expressa em cláusula contratual. O particular jamais vai adquirir o direito de imutabilidade do contrato, pois isso subordinaria o interesse público sobre o privado. Assim,

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 376.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 377.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 377.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 377.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 378.

¹⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 650.

sendo preceito de ordem pública, sequer a Administração poderá renunciar à faculdade de exercê-lo.¹⁸⁸

A alteração do contrato administrativo pode ser tanto unilateral quanto consensual. Importante frisar que apesar da alteração ser unilateral não significa que seja compulsória. Do mesmo modo, apesar da alteração ser consensual não significa que seja faculdade das partes.¹⁸⁹ Há casos, como da recomposição da equação econômico-financeira, que é obrigatória a alteração, mas ainda assim é necessária consensualidade para a modificação.

Cabe destacar, como lembra Justen Filho, que a alteração não pode ser drástica ou frustrar os princípios da obrigatoriedade da licitação e da isonomia, ainda que seja fruto de consenso pelas partes.¹⁹⁰

Assim, conforme Niebuhr, entendimento do qual compartilha Mello, a alteração contratual não é regra, mas exceção. Tampouco é ilimitada.¹⁹¹¹⁹² A regra é que ocorra a execução de forma como as cláusulas foram previstas inicialmente. A exceção será a alteração, devendo haver as devidas justificativas. A alteração, apesar disso, é legítima e está amparada pela Lei, como será visto a seguir.

2.5.1 Alterações unilaterais

No caso das alterações unilaterais, a Administração verifica que há necessidade e conveniência de modificar as condições originalmente pactuadas. Essas determinações vinculam o particular, mas a validade desses atos se sujeita ao devido processo legal.¹⁹³

Essa modalidade é expressão do princípio da supremacia do interesse público, o qual outorga à Administração uma série de vantagens e prerrogativas, com o fim de não prejudicar

¹⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 247.

¹⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 383.

¹⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 382.

¹⁹¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 959.

¹⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 645.

¹⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 383.

o interesse público quando em contradição aos interesses particulares¹⁹⁴, inclusive a alteração unilateral, prescrita no art. 58, inciso I da Lei nº 8.666/93.

As hipóteses de alteração unilateral estão previstas no art. 65, inciso I da Lei nº 8.666/93, abrangendo duas situações:

[...]

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

[...]¹⁹⁵

Na primeira hipótese trata de modificação qualitativa, cabível quando da modificação do projeto ou das suas especificações, em busca da melhor adequação técnica aos objetivos da Administração. Para que haja essa alteração, necessária a descoberta ou revelação de circunstâncias que não eram conhecidas a respeito da execução da prestação ou a constatação da solução técnica antes adotada não era a mais correta.¹⁹⁶

A segunda hipótese de alteração é a modificação quantitativa, cabível quando for necessária a modificação do valor inicialmente contratado em razão de acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto.

A respeito da segunda hipótese, importante lembrar que o contratado não é obrigado a aceitar qualquer alteração de valor. Nos termos do §1º do mesmo artigo, fica obrigado a aceitar os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras em até 25% do valor inicial já atualizado do contrato. Diferentemente, o caso de reforma de edifício ou de equipamentos, o limite é de até 50% para os acréscimos.

2.5.2 Alterações consensuais

A alteração consensual, também chamada de bilateral¹⁹⁷, contém casos em que as partes pactuarão a modificação. A alteração por acordo entre as partes abrange tanto hipótese de modificação facultativa como de modificação obrigatória.¹⁹⁸

¹⁹⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 957.

¹⁹⁵ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de jun. de 1993. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.html. Acesso em: 9 de mai. 2019.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 383.

¹⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 645.

As hipóteses estão previstas no art. 65, inciso II da Lei nº 8.666/93:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de 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.¹⁹⁹

Portanto, são quatro as hipóteses de alteração do contrato administrativo por acordo entre as partes: (1) quando conveniente a substituição da garantia de execução; (2) quando necessária para modificar o regime de execução do contrato; (3) quando necessária a modificação da forma de pagamento; e, por fim, (4) quando necessário ao reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro pactuado originalmente.

A primeira hipótese diz respeito à necessidade de substituição da garantia. O particular tem o direito de requisitar a substituição da garantia por ele prestada, desde que a nova garantia esteja de acordo com os requisitos previstos no ato convocatório. Caso a garantia anterior tiver se transformado em inidônea ou desaparecido, torna-se obrigatória a substituição desta. Com essa exceção, a Administração só poderá recusar o pleito caso a garantia seja insuficiente.²⁰⁰

A segunda hipótese trata da modificação de regime de execução, devendo ter alguma relação com a modificação do projeto. A alteração deve derivar de motivos técnicos. Com previsão no item II, “b” do mesmo artigo, está-se alterando o próprio regime jurídico da prestação. Assim, as partes vão definir por consenso a forma que será mais acertada para continuar na execução das prestações.²⁰¹

¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 384.

¹⁹⁹ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de jun. de 1993. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.html. Acesso em: 9 de mai. 2019.

²⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 384.

²⁰¹ Ibid., p. 384.

A terceira hipótese é referente à alteração das condições de pagamento, prevista no art. 65, inciso II, alínea “d”. A referida mudança não alcança o conteúdo econômico devido ao contratado, mas as circunstâncias acessórias que estão relacionadas às condições da realização. As soluções, nesse caso, devem preservar a tutela do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.²⁰²

Por último, a quarta hipótese, que é tratada de maneira mais aprofundada no terceiro capítulo, diz respeito ao princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira, que disciplina a alteração contratual com o fim de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro firmado quando da assinatura do contrato administrativo.²⁰³

A Administração tem a prerrogativa de modificar os contratos unilateralmente para adequação ao interesse público, conforme prevê o art. 58, inciso I da Lei nº 8.666/93. Entretanto, o próprio §1º deste mesmo artigo já alerta que as cláusulas econômico-financeiras não poderão ser alteradas sem a prévia concordância do contratado. No mesmo sentido, o §6º do art. 65 da mesma lei, prevê que na alteração unilateral que importar em aumento dos encargos do contratado a Administração deve restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial.²⁰⁴

Como visto, apesar do contrato estar vinculado ao edital, a própria legislação admite que seu conteúdo seja modificado para melhor atender o interesse público. Não obstante, essa alteração do contrato administrativo não pode ser realizada em prejuízo do contratado. A ele, a Constituição Federal assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, equação que deve ser mantida durante toda a execução da avença.

Portanto, diante desse direito constitucionalmente garantido, no próximo capítulo será exposto o conceito de equilíbrio econômico-financeiro e os instrumentos previstos para a sua recomposição, além de outras particularidades a respeito do tema.

²⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 385.

²⁰³ *Ibid.*, p. 385.

²⁰⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 989.

3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A temática do equilíbrio econômico-financeiro, umas das hipóteses de alteração dos contratos administrativos, tem como prerrogativa resguardar a segurança da avença entre a Administração Pública e o particular na execução do contrato. Dessa forma, ocorrendo fato que desequilibre a relação inicialmente firmada, o contrato deve ser reajustado. Assim, esse capítulo tratará das particularidades para que essa alteração ocorra e quais os instrumentos hábeis para tanto, com o fim de preservar a equação econômico-financeira avençada.

3.1 HISTÓRICO

As primeiras referências da cláusula *rebus sic stantibus* surgiram na Roma antiga, mas sua enunciação teórica e sua larga aplicação só ocorreram na baixa Idade Média, após os trabalhos dos pós-glosadores, conforme esclarece Mello.²⁰⁵ Tal cláusula não foi criação da modernidade, mas da aplicação de preceitos do Direito romano pelos canonistas, os quais buscavam na moral cristã a consideração de ser injusto o lucro conseguido em razão da alteração das circunstâncias iniciais da avença.²⁰⁶

A cláusula *rebus sic stantibus* era considerada baliza necessária para a flexibilização do princípio da força obrigatória dos contratos²⁰⁷, a qual preleciona que o contrato faz lei entre as partes.

Entretanto, não queria dizer que esse princípio não deveria ser cumprido. Acontecia que em algumas situações, por questão de justiça, em situações supervenientes, previsíveis ou não, que alterassem de maneira significativa o equilíbrio do acordado inicialmente, seria possível rever o contrato para afastar essa onerosidade excessiva a uma das partes.²⁰⁸

Apesar de tal entendimento, conforme Oliveira, em razão do liberalismo clássico e da igualdade absoluta das partes contratantes, essa cláusula foi quase que extinta dos

²⁰⁵ BITTENCOURT, Lúcio apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 640.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Ricardo Alexandre Pinheiro de. O equilíbrio econômico-financeiro lato sensu dos contratos administrativos e as suas múltiplas espécies. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 216, p. 125-137, fev. 2012.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Ibid.

ordenamentos jurídicos a partir do século XIX, tendo como marco o Código Napoleônico de 1804, de modo que eventuais prejuízos deveriam ser suportados pelos contratantes.²⁰⁹

Essa situação persistiu até meados do século XX que, a explosão da Primeira Grande Guerra trouxe novos contornos à disciplina dos contratos.²¹⁰ É nesse contexto que o Conselho de Estado Francês admitiu, em sua jurisprudência, a possibilidade de revisão de contratos em que o Estado fosse parte credora, tendo em vista a onerosidade excessiva gerada sobre os contratantes franceses em razão do conflito armado mundial.²¹¹

Foi então que a legislação francesa resgatou a cláusula *rebus sic stantibus*, adaptando-a à nova teoria da imprevisão, por meio da chamada Lei Faillot, de 32 de janeiro de 1918, a qual trouxe a possibilidade de revisar os contratos que, em razão de situações supervenientes imprevisíveis, gerassem prejuízos significativos às partes.²¹²

A teoria da imprevisão foi estruturada pelo Conselho de Estado francês, sendo este órgão de cúpula da jurisdição administrativa na França.²¹³ Essa teoria é, basicamente, a aplicação da antiga cláusula *rebus sic stantibus*, traduzida como “estando assim as coisas” ou “enquanto as coisas estão assim”. Significa que as partes realizam um acordo levando em consideração a situação de fato existente no momento da sua celebração, de forma que, em havendo rompimento dessa situação inicial, modifica-se o equilíbrio, gerando desvantagens a uma das partes.²¹⁴

A teoria da imprevisão trata exatamente da possibilidade de alteração do pactuado inicialmente quando as circunstâncias que fazem parte da sua formação não forem mais as mesmas durante a execução da obrigação contratual assumida, prejudicando uma das partes em benefício da outra. Assim, o contrato deveria ser reajustado à nova realidade.

É o que acontece nos contratos administrativos, os quais estão regidos principalmente pela Lei nº 8.666/93 e são caracterizados pelas chamadas cláusulas exorbitantes. Como visto

²⁰⁹ OLIVEIRA, Ricardo Alexandre Pinheiro de. O equilíbrio econômico-financeiro lato sensu dos contratos administrativos e as suas múltiplas espécies. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 216, p. 125-137, fev. 2012.

²¹⁰ RODRIGUES, Sílvio. **Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21.

²¹¹ OLIVEIRA, Ricardo Alexandre Pinheiro de. O equilíbrio econômico-financeiro lato sensu dos contratos administrativos e as suas múltiplas espécies. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 216, p. 125-137, fev. 2012.

²¹² Ibid.

²¹³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 318.

²¹⁴ Ibid., p. 318.

no capítulo acima, essas cláusulas outorgam à Administração Pública prerrogativas em face dos particulares, desequilibrando a relação contratual.

3.2 CONCEITO DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O equilíbrio econômico-financeiro trata-se de equação em que há uma relação entre os encargos e as vantagens assumidas quando do contrato administrativo, estabelecida na contratação, e que deve ser preservada durante toda a execução do contrato.²¹⁵

É relação de igualdade formada pelas obrigações assumidas no momento do ajuste em face da compensação econômica que delas correspondem.²¹⁶

A equação abarca todos aspectos econômicos que sejam relevantes para a execução das prestações das partes, compreendendo não apenas o montante em dinheiro devido ao particular, mas também o prazo previsto para pagamento, a periodicidade desses pagamentos, e qualquer outra vantagem que o acordo de vontades possa gerar.²¹⁷

Cabe destacar o momento em que se configura a equação econômico-financeira. Em verdade, não é quando do momento de fato da contratação, os encargos e vantagens do contrato são definidos anteriormente, ainda no curso da licitação.²¹⁸

Assim, a equação é firmada no momento em que se definem os encargos e as retribuições do particular. São relevantes duas datas: da publicação do edital da licitação e a data em que a Administração recebe a proposta apresentada pelo particular. Com a publicação do edital, a Administração fixa as condições da contratação. Com a apresentação da proposta, o particular estabelece as vantagens que pretende. Assim, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira.²¹⁹

²¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 386.

²¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 660.

²¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 386-387.

²¹⁸ Ibid, p. 388.

²¹⁹ NESTER, Alexandre Wagner. A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 16, n. 179, p. 38-42., jan. 2009.

Como trata Justen Filho, a equação é definida já quando da apresentação da proposta.²²⁰ É também entendimento de Niebuhr²²¹. Assim, aceita pela Administração, a equação fica protegida e assegurada durante toda a execução do contrato.

Esse direito é garantido para ambas partes contratuais: tanto para o particular quanto para a Administração. Contudo, na prática o que mais se vê são pedidos em favor do particular.²²²

Justen Filho trata especificamente do assunto quando diz:

É possível (à semelhança de um balanço contábil) figurar os encargos como contrabalançados pela remuneração. Por isso se alude a “equilíbrio”. Os encargos equivalem à remuneração, na acepção de que se assegura que aquela plêiade de encargos corresponderá precisamente à remuneração prevista. Pode-se afirmar, em outra figuração, que os encargos são matematicamente iguais às vantagens. Daí a utilização da expressão “equação econômico-financeira”.²²³

O direito à equação econômico-financeira encontra-se na Lei nº 8.666/93, sendo um dos casos de alteração contratual consensual prevista no art. 65, inciso II, alínea “d”:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.²²⁴

Em que pese a previsão legal, não se pode deixar de destacar o fato de que os contratos celebrados pela Administração Pública possuem a garantia de manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro por previsão constitucional. A Constituição Federal de 1988 expressamente aludiu à obrigatoriedade de se manter essa equação.

A tutela a esse direito está prevista no art. 37, inciso XXI, quando garante a manutenção das condições efetivas da proposta:

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

²²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. rev. atual e ampl. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1012.

²²¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1020.

²²² NESTER, Alexandre Wagner. A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 16, n. 179, p. 38-42., jan. 2009.

²²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. rev. atual e ampl. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1012.

²²⁴ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de jun. de 1993. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.html. Acesso em: 10 de mai. 2019.

da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso)²²⁵

A doutrina destaca que o equilíbrio econômico-financeiro configura direito subjetivo do contratado assegurado pelo dispositivo constitucional. Pereira Junior e Dotti ressaltam que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro não pode ser afastado sequer por lei, tendo em vista a submissa estar na Constituição Federal.²²⁶

Niebuhr também resalta que a previsão constitucional do direito ao equilíbrio econômico-financeiro é medida importante para manter a posição patrimonial dos contratantes. A elevação constitucional desse direito é um argumento muito útil para se dar a necessária efetividade e fazer valer o direito à equação mencionada.²²⁷

Esse dispositivo é interpretado no sentido de que as condições de pagamento ao contratado devem ser respeitadas conforme as condições reais e concretas da proposta²²⁸, demonstrando o status constitucional da intangibilidade do equilíbrio estabelecido.

Tal previsão tem o fim precípuo de evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes que esteja se beneficiando do desequilíbrio, assegurando a igualdade entre os encargos e a remuneração por meio do restabelecimento do equilíbrio contratual alterado durante a sua execução.

Essa proteção decorre também de princípios previstos na própria Constituição Federal, como o da eficiência administrativa, o qual prevê que a Administração deve desembolsar o mínimo valor possível para firmar seus contratos. Assim, se não houvesse garantia ao particular, aumentaria seu risco, de modo que ele iria embuti-lo no valor a ser oferecido.²²⁹ É muito mais vantajoso à Administração receber a menor proposta possível e arcar somente com os eventos extraordinários que de fato ocorrerem, do que deixar os interessados na licitação embutirem o preço de eventos apenas potenciais.²³⁰ Assim, a garantia ao equilíbrio

²²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em 09 de mai. 2019.

²²⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto, 2009 apud LOBATO, Marcelo Costa e Silva. **Aspectos Legais para a Concessão de Reequilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos**. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.aspectos-legais-para-a-concessao-de-reequilibrio-economico-financeiro-nos-contratos-administrativos.40738.html>. Acesso em 10 de mai. de 2019.

²²⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1020.

²²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1012-1013.

²²⁹ Ibid., p. 387.

²³⁰ Ibid., p. 1013.

econômico-financeiro é meio hábil a proteger não somente o particular, mas especialmente este e, com isto, manter o interesse do setor privado nas contratações públicas.²³¹

Assim, a Constituição reconhece a importância de atentar à proposta do particular, feita ainda no certame licitatório e com a qual executará o objeto contratado. Essa proteção não se trata de benefício desproporcional ao contratado, mas uma busca em preservar aqueles que se dispõem a contratar com a Administração naquilo que lhes é mais vulnerável: as condições econômicas. Essa proteção, portanto, viabiliza a própria contratação.

Tal tutela deriva também do princípio da isonomia. Se ocorressem eventos extraordinários causando benefícios à Administração, isso feriria a isonomia contratual.²³²

De fato, em razão do conteúdo do dispositivo acima transcrito, podemos afirmar que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, equação esta intangível, tem previsão constitucional, de modo que a legislação infraconstitucional e os contratos firmados pela Administração devem respeitá-la.

3.3 EVENTOS QUE CAUSAM A QUEBRA DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

A quebra do equilíbrio econômico-financeiro trata-se de acontecimento em que é alterado o resultado econômico advindo da contratação administrativa e é reconhecido quando da comparação entre o equilíbrio inicialmente firmado e os valores atuais do pedido.²³³

O reconhecimento desse direito depende de dois pressupostos: (1) ocorrência superveniente de eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculáveis; e (2) ampliação dos encargos e/ou a redução das vantagens originalmente previstas.²³⁴

O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos está previsto, como já exposto acima, no art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93.

A parte inicial da alínea “d” do referente artigo prescreve a aplicação da teoria da imprevisão, estendida também aos eventos previsíveis, mas de consequências incalculáveis.²³⁵

²³¹ LOUREIRO, Caio de Souza. **Réquiem ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI100095,51045-Requiem+ao+equilibrio+economicofinanceiro+dos+contratos>. Acesso em 10 de mai. de 2019.

²³² Ibid., p. 387.

²³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 390.

²³⁴ Ibid., p. 390.

Já a segunda parte trata a respeito dos outros casos ensejadores da quebra do equilíbrio econômico-financeiro.

O artigo em comento abrangeu a teoria da imprevisão, incluindo os fatos de consequências incalculáveis, compreendendo, como lembra Justen Filho, a desvalorização monetária produzida pela inflação.²³⁶ Ou seja, ainda que a inflação seja fato previsível, caberá a aplicação da teoria da imprevisão quando os índices não puderem ser estimados e a variação se configurar ultrapassando os limites do que geralmente ocorre.

A parte final do art. 65, inciso II, alínea “d” da mesma Lei prevê que esses eventos devem configurar álea econômica extraordinária e extracontratual. Ou seja, para que seja possível a revisão contratual, além de ocorrer evento imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, deve ser álea econômica extraordinária e extracontratual.

“Álea” significa o risco que as partes têm ao firmar o contrato. A álea econômica é a que tem como referência a equação econômico-financeira do contrato. Isto é, aquela que diz respeito aos custos do contrato que afetam a margem do lucro do particular.²³⁷

Para Di Pietro a álea econômica é a que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, abrangendo todo acontecimento externo ao contrato, que seja estranho às partes, imprevisível e inevitável, causando um desequilíbrio muito grande, de modo que a execução do contrato se torne muito onerosa ao contratado.²³⁸

Assim, não seria justo obrigar a parte que ficou prejudicada a cumprir o seu encargo, tendo em vista que ela não teria firmado o contrato caso esse evento tivesse sido previsto.²³⁹

A álea econômica pode ser ordinária ou extraordinária. A ordinária diz respeito às variações de custo que são normais em determinada natureza do contrato; são as pequenas variações que não geram grande impacto na equação econômico-financeira firmada inicialmente. Já a extraordinária é quando essas variações excedem a expectativa normal àquela natureza de contrato, onerando ou desonerando-o de forma excessiva.²⁴⁰

²³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 393.

²³⁶ *Ibid.*, p. 394.

²³⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1039.

²³⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 318.

²³⁹ *Ibid.*, p. 319.

²⁴⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1039.

A álea ordinária é também chamada de “álea empresarial” e se encontra em todo tipo de negócio. É o risco que qualquer empresário corre, advindo da própria flutuação do mercado.²⁴¹

Já a chamada “álea administrativa” abrange três modalidades: (1) a alteração unilateral do contrato administrativo pela Administração, a qual responde com a obrigação de restabelecer o equilíbrio quebrado; (2) o fato do príncipe, que é ato da Administração que incide de maneira indireta no contrato, de modo que a Administração também responde; e (3) fato da Administração, deriva de ação ou omissão da Administração que incide diretamente no contrato.²⁴²

Por fim, há também a álea econômica, que são as circunstâncias externas ao contrato. Essa álea não decorre de vontade de nenhuma das partes, são imprevisíveis e excepcionais, causando desequilíbrio e dão lugar à aplicação da teoria da imprevisão, devendo a Administração responder pela recomposição da equação financeira.²⁴³

Dessa forma, a revisão do contrato com base no art. 65, inciso II, alínea “d” depende da ocorrência de álea econômica extraordinária. Outros eventos não são suficientes para justificar a revisão do contrato administrativo, fazendo parte do negócio e, portanto, devendo ser suportado pelas partes envolvidas.²⁴⁴

Na prática, contudo, há um problema. Qual é o limite entre a álea ser ordinária ou extraordinária? Niebuhr fala que dependerá da equação econômico-financeira de cada contrato, não tendo como o legislador estabelecer parâmetros fixos, pois cada contrato deverá ser analisado de acordo com suas especificidades.²⁴⁵ Não é possível estabelecer um limite exato, em que a situação deixa de ser ordinária para ser extraordinária, e vice-versa.²⁴⁶

Por fim, o artigo em comento prevê ainda que essa álea econômica seja extracontratual, não devendo a variação de custo sobrevir de ato praticado por nenhum dos contratantes.²⁴⁷ Ou seja, quando a Administração realiza alteração contratual de forma

²⁴¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 313.

²⁴² *Ibid.*, p. 313.

²⁴³ *Ibid.*, p. 314.

²⁴⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1039.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 1039.

²⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 393.

²⁴⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1039.

unilateral, majorando os encargos do contratado, o dispositivo do art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93 não pode ser fundamento para o pedido de revisão.

A revisão do contrato pode ser concedida pelo Judiciário ou pela própria Administração²⁴⁸. Assim, conforme alerta Meirelles, a revisão não pode ser confundida com o reajustamento contratual de preços, o qual se faz em razão à condição do próprio contrato.²⁴⁹

3.3.1 Teoria da Imprevisão

A aplicação da teoria da imprevisão começou na França com a Primeira Guerra Mundial, momento em que os juristas se viram forçados a flexibilizar o princípio da imutabilidade dos contratos em razão do desequilíbrio social e político gerado pela guerra.²⁵⁰

Tal teoria consolidou-se no Direito Administrativo pelo Conselho de Estado francês, quando do caso da Cia. De Gás de Bordeaux (30-3-1916) – *Compagnie Générale d’Éclairage de Bordeaux*. Sobre o caso, em 1914 a guerra provocou um aumento no preço do carvão que os concessionários de gás não conseguiram continuar sua exploração com as tarifas inicialmente previstas sem falirem. Assim, o Conselho de Estado francês decidiu pela revisão das tarifas pactuadas.²⁵¹

No Brasil, essa teoria é amplamente difundida tanto no Direito Privado quanto no Direito Público. No âmbito privado, possui previsão no art. 478 do Código Civil, o qual prescreve que: “[...] se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”. O art. 479 prescreve que “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.²⁵²

Na mesma linha do Direito Privado, o Direito Público prevê a aplicação da teoria da imprevisão para os contratos administrativos, prevendo que estes podem ser alterados por acordo entre as partes.

A teoria da imprevisão aplica-se inclusive aos fatos que são previsíveis, mas que geram consequências incalculáveis, haja vista que há situações que é possível prever o

²⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 273.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 273.

²⁵⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1036.

²⁵¹ TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. apud PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 319.

²⁵² BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de jan. de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.html. Acesso em: 10 de mai. 2019.

acontecimento, mas não tem como calcular seus efeitos. Assim, esses casos também autorizam a revisão do contrato, pois geram efeitos imprevisíveis, de modo que não há como a parte se precaver estabelecendo qualquer instrumento para evitar ou suportar esse dano.²⁵³

Conforme descreve Di Pietro, a teoria da imprevisão fala basicamente que se a ocorrência de circunstâncias excepcionais não libera o particular do cumprimento do contrato, então não é justo que ele suporte sozinho os danos sofridos. Assim, a Administração vai auxiliar o particular, suportando também esses encargos.²⁵⁴

Contudo, importante frisar que o particular só poderá realizar o pedido de revisão com esse fundamento quando ele der continuidade à execução do contrato e também nunca será integral, pois o prejuízo é repartido para que seja reestabelecido o equilíbrio econômico-financeiro inicial.²⁵⁵ É o entendimento de Di Pietro.

Ademais, a autora elenca quatro requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão: (1) fato ser imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; (2) fato ser estranho à vontade das partes; (3) fato ser inevitável; e (4) fato ser causa de desequilíbrio muito grande no contrato.²⁵⁶ Ou seja, se tratando de fato previsível e de consequências calculáveis, ele deve ser suportado pelo particular, pois diz respeito a fato que poderia ter sido previsto e, portanto, evitado por este.

No mesmo sentido, Justen Filho²⁵⁷ elenca também como requisitos os seguintes: (1) imprevisibilidade do evento ou incalculabilidade de seus efeitos; (2) inimputabilidade do evento às partes; (3) grave modificação das condições do contrato; e (4) ausência de impedimento absoluto.

Importante lembrar também que essa solução da Lei nº 8.666/93 não é aplicada aos contratos de parceria público-privada, pois disciplinados pela Lei nº 11.079/04 e na qual o art. 5º, inciso III prevê a divisão dos riscos nos casos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e áleas econômicas extraordinárias.²⁵⁸

²⁵³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1037.

²⁵⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 319.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 319.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 320.

²⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 393.

²⁵⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 320.

3.3.2 Caso fortuito, força maior e fato do príncipe

3.3.2.1 Caso fortuito ou de força maior

O caso fortuito ou de força maior está previsto no art. 393, parágrafo único do Código Civil, sendo “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”²⁵⁹²⁶⁰. São eventos que geram ao contratado a impossibilidade insuperável de execução normal do contrato.²⁶¹

Para Meirelles, o caso fortuito é evento da natureza, e a força maior é evento humano. Independentemente da diferença, são ambos eventos imprevisíveis, que as partes não conseguem evitar, gerando os mesmos efeitos no caso da aplicação da teoria da imprevisão.²⁶²

3.3.2.2 Fato do príncipe e fato da Administração

O fato do príncipe está previsto no art. 65, §5º da Lei nº 8.666/93, o qual prescreve que são:

quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados [...].²⁶³

Isto é, o fato do príncipe é determinação estatal, positiva ou negativa, geral e imprevisível que onera de forma substancial o contrato administrativo.²⁶⁴ Determinação estatal geral significa que o ato não se destina a ninguém especificamente, mas a todos que façam parte da situação abstrata.²⁶⁵ Essa oneração deve ser evento intolerável e impeditivo da

²⁵⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1037.

²⁶⁰ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de jan. de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.html. Acesso em: 10 de mai. 2019.

²⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros. 2018, p. 273.

²⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo: de acordo com as leis 8.666, de 21;06;1993, 8.883, de 8.6.1994 e 9.648, de 27.5.1998, apud NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1037.

²⁶³ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de jun. de 1993. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.html. Acesso em: 10 de mai. 2019.

²⁶⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1037.

²⁶⁵ Ibid., p. 1037.

execução do ajuste firmado, surgindo a obrigação do Poder Público contratante compensar os prejuízos causados, a fim de oportunizar a continuação da execução do contrato.²⁶⁶

O exemplo típico trazido por Justen Filho é a elevação da carga tributária que incide na execução da prestação devida pelo contratado.²⁶⁷ Percebe-se que o ato do Estado é lícito, válido e perfeito, mas gera o direito de indenização ao particular.²⁶⁸

Como bem atenta Meirelles, se esse óbice à execução do contrato for impossível, não seria caso de revisão do contrato, mas de rescisão, com as indenizações pertinentes.²⁶⁹

Difere-se ainda o fato do príncipe do fato da Administração. Este último não é ato geral, mas ato que incide diretamente sobre alguém específico, como o contratado.²⁷⁰ O fato da Administração abrange a alteração unilateral, a suspensão da execução do contrato, dentre outras medidas.²⁷¹ Trata-se de evento que retarda ou impede a execução do contrato.²⁷²

Entretanto, como bem lembra Niebuhr, o fato da Administração, apesar de também ocasionar a revisão do contrato, não se fundamenta no art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93. Acontece que a teoria da imprevisão é aplicada para fatos que não estejam ligados à vontade das partes. O fato da Administração, contudo, é medida tomada pela Administração que onera excessivamente o contrato. Nesses casos, a revisão será devida com fundamento no art. 58, §2º ou art. 65, §6º, ou ainda no art. 57, §1º, todos da Lei nº 8.666/93.²⁷³

O ato ilícito contratual praticado pela Administração, em verdade, gera a obrigação desta de indenizar o particular por perdas e danos. Estas, não se confundem com a revisão do contrato para reequilibrar a equação econômico-financeira inicialmente firmada. As perdas e danos são importância em dinheiro a ser paga para o prejudicado. Isso significa que o inadimplemento da Administração, chamado de “fato da Administração” de fato quebra a equação econômico-financeira, mas não se usará como fundamento o art. 65, inciso II, alínea “d” para alterar o contrato, impõe-se o pagamento de perdas e danos. Contudo, em se tratando

²⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 274-275.

²⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 391.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 391.

²⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 275.

²⁷⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1037.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 1038.

²⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 275.

²⁷³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1038.

de escolha do particular, a solução acaba sendo a adoção do reequilíbrio do contrato, por ser mais prática e simples.²⁷⁴

3.3.3 Outras causas ensejadoras de revisão do contrato administrativo

3.3.3.1 Estado de perigo

Para Meirelles, o estado de perigo também enseja a aplicação da teoria da imprevisão.²⁷⁵ A previsão está no art. 156, *caput* e parágrafo único do Código Civil:

Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.²⁷⁶

3.3.3.2 Lesão

A lesão é outro fato que para Meirelles configura a aplicação da teoria da imprevisão.²⁷⁷ Com previsão no art. 157, *caput* e §§1º e 2º do Código Civil:

Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. [...] não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.²⁷⁸

3.3.3.3 Interferências imprevistas

Outro fato que o autor coloca como ensejador de revisão dos contratos administrativos para reestabelecer a equação inicialmente firmada são as chamadas interferências previstas²⁷⁹, ou como Mello²⁸⁰ e Justen Filho²⁸¹ preferem chamar: “sujeições imprevistas”.

²⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 397-398.

²⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 276.

²⁷⁶ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de jan. de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.html. Acesso em: 10 de mai. 2019.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 276.

²⁷⁸ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de jan. de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.html. Acesso em: 10 de mai. 2019.

²⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 276.

Diferentemente das outras situações elencadas, as interferências imprevistas não são supervenientes ao contrato, são fatos anteriores à contratação, porém são desconhecidos até serem reveladas durante o andamento das obras e serviços.

São fatos materiais; incidentes técnicos que as partes não poderiam prever e que geram um ônus grave e anormal para o contratado.²⁸²

Apesar de não impedirem a execução do contrato, essas interferências geram maiores dificuldades e ônus ao contratado, ensejando a adequação dos valores e também dos prazos baseados na nova realidade.²⁸³

O maior exemplo, trazido por Meirelles, é quando da execução de uma obra pública, encontrar um terreno rochoso, sendo que a Administração havia indicado que o terreno era arenoso.²⁸⁴

Assim, sendo encontradas interferências imprevistas, também deve haver a revisão do contrato para ser reestabelecida a equação econômico-financeira.

3.3.4 Motivos que não justificam o reequilíbrio econômico-financeiro

Ocorrendo a quebra da equação econômico-financeira do contrato administrativo, o particular pode requerer o reestabelecimento do equilíbrio. A Administração, por simples discricionariedade não poderá negá-lo. Entretanto, importante destacar que há quatro situações que não justificam o reestabelecimento do equilíbrio: (1) ausência de elevação dos encargos do particular; (2) ocorrência do evento antes da formulação das propostas; (3) ausência de vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos do contratado; e (4) culpa do contratado pela majoração dos seus encargos (incluindo a previsibilidade da ocorrência do evento).²⁸⁵

Assim, como assevera Justen Filho, a Administração não tem o condão de não conceder a revisão alegando que o contratado possuía margem de lucro suficiente para

²⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 664-665.

²⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 396.

²⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 664-665.

²⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 276-277.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 277.

²⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. rev. atual e ampl. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1015.

suportar o prejuízo, nem que em contratações anteriores ele obteve grande vantagens ou que, em casos semelhantes deixou de requerer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.²⁸⁶

Ocorre que, se o contratado apresentou proposta com margem de lucro elevada, cabia à Administração, quando da análise no processo de licitação, desclassificar a proposta por ser excessiva. Ademais, os eventos que se passaram em outras contratações não afetam o contrato firmado.²⁸⁷

Dessa forma, o que a Administração deve fazer é verificar a situação originária, isto é, da apresentação das propostas; em contraposição com a situação posterior. Como já falado, deve ela contrastar os encargos e a remuneração afetados. Assim, havendo desequilíbrio palpável, a remuneração do contratado deve ser alterada de forma a se reestabelecer a equação econômico-financeira inicialmente firmada.²⁸⁸

Justen Filho elenca casos que podem gerar a quebra da equação inicialmente firmada, sendo, por exemplo, uma crise econômica que gera uma elevação extraordinária no preço de algum ou alguns insumos utilizados pelo contratado. Pode decorrer também greve de trabalhadores, impossibilitando a fabricação dos produtos a serem por ele entregues. Ademais, pode advir também de uma crise internacional que eleva em excesso os preços do combustíveis, dentre outras diversas causas.²⁸⁹

3.4 INSTRUMENTOS PARA A RECOMPOSIÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Os instrumentos para a recomposição da equação econômico-financeira são de divergência na doutrina administrativista. Em regra e, conforme entendimento de Justen Filho²⁹⁰ e Niebuhr²⁹¹, há três modalidades básicas para o reestabelecimento da equação inicialmente firmada: (1) a revisão de preços; (2) o reajuste de preços; e (3) a repactuação de preços.

²⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos** administrativos. rev. atual e ampl. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1015.

²⁸⁷ Ibid., p. 1016.

²⁸⁸ Ibid., p. 1016.

²⁸⁹ Ibid., p. 1016.

²⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 398.

²⁹¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1021.

A revisão é uma análise feita basicamente por comparação entre as situações de início do contrato e a atual da equação, sendo verificadas as vantagens e os ônus existentes da formulação da proposta e os existentes no pedido de revisão, estabelecendo uma comparação entre esses diferentes momentos.²⁹²

Ocorrendo eventos imprevisíveis e extraordinários que refletem nos custos do contratado, o instrumento para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é a revisão.

Diferentemente da revisão, o reajuste necessita de previsão contratual de indexação da remuneração devida pela Administração ao particular em algum índice, de modo que deve haver a mudança do valor de forma periódica.²⁹³

Cabe lembrar que os produtos do mercado passam por variações de preço com o passar do tempo. É normal, não depende de qualquer evento extraordinário, é uma variação previsível e lenta que advém do processo inflacionário. É com o reajuste que se mantém o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em face dessa variação de preço.²⁹⁴

Já a repactuação é remédio aplicável somente aos contratos de serviços contínuos, objeto de renovação conforme o art. 57, II, da Lei nº 8.666/93. Busca substituir o reajuste de preços, subtraindo a indexação absoluta.²⁹⁵ Acontece que nos contratos de prestação de serviços contínuos, o principal custo geralmente é com a mão de obra e esses custos observam data certa para aumentar, sendo a data-base da respectiva categoria, a qual deve ocorrer acordo, dissídio ou convenção coletiva.²⁹⁶

3.4.1 Revisão de preços

Também chamada de recomposição, a revisão de preços está prevista na regra geral do art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93 e também nos arts. 9º, §§2º a 4º, e 10 da Lei nº 8.987/95 e trata de análise dos custos e das vantagens, diretas e indiretas, presentes nas

²⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 398.

²⁹³ *Ibid.*, p. 399.

²⁹⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1021.

²⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 399.

²⁹⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1021.

propostas do particular, com o fim de verificar qual foi a alteração e reestabelecer a relação originalmente firmada, se for o caso.²⁹⁷

A revisão é baseada na variação de preços decorrente de eventos imprevisíveis ou de consequências imprevisíveis. Essencialmente, é nisso que se distingue do reajuste, que depende de preço previsível.²⁹⁸

Acontece que a proposta realizada pelo particular deve abarcar apenas os ônus e encargos previsíveis. Dessa proposta, surge a equação de proporcionalidade do que o particular espera gastar e do que ele vai receber. Assim, essa equação deve ser sempre mantida.²⁹⁹

Dessa forma, havendo ocorrência de eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, é dever das partes realizar a revisão contratual para que as condições da época da proposta não sejam alteradas.

Cabe lembrar que a revisão não depende de previsão ou autorização em edital ou em contrato. É direito das partes na ocorrência de eventos imprevisíveis. Tal direito não pode ser restringido por ato administrativo nem por contrato.³⁰⁰

A revisão não depende também de periodicidade mínima para ocorrer. O contrato pode ser revisto a qualquer hora, desde que comprovado que ocorreram seus requisitos.³⁰¹

Essa modalidade é realizada em várias etapas. A primeira é a verificação de todos os custos que foram previstos pelo contratado para este formular a sua proposta. A segunda é a averiguação dos custos que oneraram o particular efetivamente durante a execução do contrato. A terceira é a comprovação de que houve evento imprevisível e superveniente que produziu este desequilíbrio. Por fim, a quarta etapa é providenciar medida que vise reduzir os encargos ou ampliar as vantagens, de maneira a reestabelecer a equação inicialmente firmada.³⁰²

3.4.1.1 Pressupostos para a revisão do contrato

²⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 399.

²⁹⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1034.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 1034.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 1034.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 1034.

³⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 399.

Inicialmente cabe destacar que não cabe a revisão do contrato por custos que o contratado não previu ou custos gerados por ele próprio em razão de sua desídia ou negligência. Prever tudo que for previsível é dever do contratado, devendo embutir esses encargos no valor apresentado.³⁰³

A revisão será pertinente apenas quando da ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis e que não sejam de culpa do contratado.³⁰⁴

Assim, havendo majoração dos encargos do contratado em razão de ato ou fato da Administração contratante e também a teoria da imprevisão, ensejam estes a revisão do contrato administrativo.³⁰⁵

Importante lembrar também que a revisão opera efeitos *ex tunc*, ou seja, seus efeitos vão retroagir à data do evento que a ocasionou.³⁰⁶ Assim, ainda que o contratado demore algum tempo para formular o pedido de revisão, em razão dos documentos que precisa reunir, e a Administração leve mais algum tempo para decreta-la, os efeitos dessa decisão vão retroagir ao dia do evento que gerou o desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato.

Há discussão na doutrina a respeito se a revisão poderia ser operada de ofício pela Administração, ou seja, ainda que o contratado não a tenha requerido. Há doutrinadores que defendem a tese de que não caberá a revisão sem o pedido expresso do contratado.³⁰⁷ No entanto, há outros que entendem que a revisão pode sim ser concedida de ofício.³⁰⁸

Niebuhr entende que à Administração é permitido agir de ofício e promover a revisão dos preços a fim de reestabelecer a equação econômico-financeira inicialmente firmada. Isso pois, além de ser um direito reconhecido constitucionalmente no art. 37, inciso XXI, a revisão também é de interesse da Administração, até para que o contrato possa ser executado de maneira correta. Inclusive, não cabe à Administração atingir vantagem patrimonial em face do contratado, independentemente da requisição ou não do contratado na revisão.³⁰⁹

³⁰³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1035.

³⁰⁴ Ibid., p. 1035.

³⁰⁵ Ibid., p. 1035-1037.

³⁰⁶ Ibid., p. 1040.

³⁰⁷ Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, conforme NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1040.

³⁰⁸ Nesse entendimento Diogenes Gasparini, conforme NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1041.

³⁰⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1041.

Importante destacar também a possibilidade da revisão se dar anteriormente à assinatura do contrato. Niebuhr defende que é possível, quando, no decorrer do tempo entre a apresentação da proposta e da assinatura do contrato ocorre algum fato ensejador de revisão, como um evento imprevisível que configure a aplicação do art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93. O licitante vencedor teria o direito da revisão do contrato ainda antes da assinatura deste ou, conforme entende o TCU, após a assinatura do contrato, mas antes do início de execução.³¹⁰

3.4.1.2 Procedimento para a revisão

A Lei de matéria administrativista não previu como deve ser realizada a revisão. Assim, há certa polêmica doutrinária quanto a esse procedimento a ser adotado. Nesse sentido, cada entidade administrativa acaba por fazer de um jeito, sendo que a maioria não estabelece qualquer norma a respeito.³¹¹ Niebuhr entende que o próprio instrumento convocatório e o contrato devem fazer essa previsão.³¹²

Entretanto, tendo em vista que a revisão não deixa de ser uma espécie de alteração contratual, formaliza-se por meio de aditivo. Nos termos do art. 65, §6º da Lei nº 8.666/93, o aditivo da revisão precisa ser aprovado pela assessoria jurídica da entidade da Administração envolvida. Em verdade, o artigo em comento prevê que deve a assessoria jurídica aprovar as minutas dos editais de licitação, dos contratos, acordos ou ajustes. Assim, deve também aprovar a minuta do aditivo, pois é alteração do contrato.³¹³

Por fim, esse aditivo precisa ser publicado na imprensa oficial, conforme o art. 61, parágrafo único da Lei nº 8.666/93.³¹⁴

3.4.1.3 Apuração do novo preço

Ao requisitar a revisão do contrato em razão da quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o contratado precisa dar à Administração todas as provas para que ela possa analisar e obter o novo preço do contrato.

³¹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1041-1042.

³¹¹ Ibid., p. 1042.

³¹² Ibid., p. 1042.

³¹³ Ibid., p. 1043.

³¹⁴ Ibid., p. 1043.

Como bem lembra Niebuhr, só porque algum insumo previsto no contrato aumenta uma percentagem, isso não quer dizer que aumente esse mesmo percentual no valor do contrato. Deve ser calculado o quanto esse aumento vai refletir no valor total do contrato.³¹⁵

Ademais, a revisão deve se dar sempre com base na relação de proporção entre os custos do contratado e a prestação que ele vai receber em contrapartida. Assim, deve sempre ser em termos proporcionais.³¹⁶

3.4.2 Reajuste de preços

O reajuste contratual trata-se de indexação dos preços do contrato, sujeitando-os à variação automática e periódica conforme a flutuação de índices baseados na variação de preços e na inflação que são predeterminados.³¹⁷

Acontece que a variação desses índices gera presunção absoluta de quebra da equação econômico-financeira, gerando alteração da proporção dos valores firmados.³¹⁸

Para aplicação do reajuste não é necessária análise minuciosa dos fatos e também é desnecessário que tenham ocorrido efeitos extraordinários.³¹⁹

O reajuste é instrumento para manter o equilíbrio econômico-financeiro que tem como base a variação de preço que é decorrente do processo inflacionário, sendo previsível e normal no mercado.³²⁰

Sendo previsível, a Administração deve antever já no próprio edital de licitação e também no contrato, o critério que será usado para o reajuste. A previsão de tal questão encontra-se no art. 40, inciso XI da Lei nº 8.666/93, sendo como uma das questões obrigatórias a serem disciplinadas pelo edital da licitação pública.³²¹

E se o edital for omissivo quanto ao critério do reajuste? Há divergência doutrinária sobre esses efeitos. Niebuhr entende que se o edital não dispõe o critério de reajuste, ele é ilegal, pois contrário à determinação do art. 40, inciso XI da Lei nº 8.666/93.³²² Assim, sendo

³¹⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1043.

³¹⁶ Ibid., p. 1043.

³¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 400.

³¹⁸ Ibid., p. 400.

³¹⁹ Ibid., p. 400.

³²⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1021-1022.

³²¹ Ibid., p. 1022.

³²² Ibid., p. 1023.

ilegal, deve ser anulado ou convalidado. Ao ser anulado, produziria o desfazimento também da licitação, gerando efeitos *ex tunc*. Contudo, para haver convalidação, ou seja, a correção do vício de legalidade, a Administração deveria realizar alteração contratual já na fase de execução do contrato, estabelecendo o critério de reajuste.³²³

Apesar de tal entendimento, o posicionamento do STJ vai de encontro com isso. Para o Tribunal Superior, ao participar da licitação, cabe ao licitante oferecer impugnação e requerer esclarecimentos a respeito do que deve fazer. O que vai acontecer na prática é que os licitantes vão aumentar suas propostas para cobrir a falta de reajuste do contrato, gerando um preço superior na licitação.³²⁴ Nesse sentido, é o entendimento de Justen Filho também, pois a maior prejudicada acaba sendo a própria Administração Pública.³²⁵

Como bem lembra Niebuhr, nem todos os contratos administrativos fazem jus ao reajuste. Contratos de aquisições à pronta entrega, ou seja, com vigência de até um ou dois meses não falam a respeito do reajuste. Em verdade, preveem já em seus editais que se tratam de contratos irremediáveis, pois extintos antes mesmo dos doze meses da apresentação da proposta.³²⁶ Entretanto, o autor entende que não é isso que a Lei prevê. Acontecem situações que mesmo contratos que a princípio durem pouco tempo, acabam excedendo essa previsão. Assim, independente do prazo previsto para a execução do contrato, todos os editais deveriam prever o critério de reajuste.³²⁷

Importante lembrar ainda que, embora a redação do art. 40, inciso XI da Lei nº 8.666/93 preveja que o reajuste é devido desde a data prevista para a apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela, a parte final do dispositivo foi revogada pelo art. 3º, §1º da Lei nº 10.192/01, sendo cabível o reajuste nos contratos administrativos somente após doze meses da data da apresentação da proposta na licitação ou do orçamento a que a proposta mencionar. Em razão disso, fala-se que o reajuste usufrui de periodicidade mínima.³²⁸ Nesse sentido é também a jurisprudência do TCU.³²⁹

³²³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1023.

³²⁴ *Ibid.*, p. 1024.

³²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: com comentários à MP 2.026, que disciplina o pregão apud NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1024.

³²⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1024-1025.

³²⁷ *Ibid.* p. 1025.

³²⁸ *Ibid.*, p. 1026.

³²⁹ *Ibid.*, p. 1026.

No caso, havendo dois termos iniciais colocados pela Lei, cabe à Administração a discricionariedade para eleger se o reajuste é contado da data da proposta ou da data do orçamento a que se refere a proposta.³³⁰

Cabe destacar também os casos de pagamento do reajuste de maneira retroativa no caso da Administração reconhecer o direito ao reajuste somente posteriormente à data dos doze meses. Ou seja, deve a Administração indenizar o contratado a diferença entre esses valores.³³¹ Se o pagamento do reajuste fosse feito somente depois do mês previsto, haveria um período em que o contrato estaria desequilibrado, ferindo as condições efetivas da proposta previstas na Constituição Federal.³³²

Nesse sentido, assevera Niebuhr:

Outrossim, o atraso no pagamento do reajuste, ainda que retroativo, sujeita à Administração aos ônus da mora. Ora, por exemplo, se o pagamento do reajuste é devido a partir do mês de julho, porém a Administração somente o realiza em novembro, em relação às parcelas de julho a novembro ela incorre em mora e deve arcar com os seus ônus. Em caso contrário, salta aos olhos, quanto maior o atraso da Administração, menos ela seria onerada, ainda que realizasse o pagamento retroativo.³³³

Há ainda outra questão importante a ser discutida: se a licitação foi suspensa por período superior a doze meses e, após isso, o vencedor da licitação confirma sua proposta, mas quer que seja aplicado o reajuste previsto no edital antes da contratação. É possível? O TCU já analisou a questão reconhecendo o reajuste do valor do contrato, mas entendeu que deve este ser firmado nas condições originais da proposta para, após a assinatura e antes da execução deste, promover o reajuste.³³⁴

Por fim, a forma como vai ser realizado o reajuste está prevista no art. 65, §8º da Lei nº 8.666/93. O dispositivo prescreve que o reajuste não enseja a alteração contratual, podendo ser registrado por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

O apostilamento é o registro, de modo que a Administração somente registra o preço ajustado, dispensando-se o termo aditivo. Com efeito, o que se faz é dar cumprimento ao edital e ao contrato.³³⁵

³³⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1027.

³³¹ Ibid., p. 1030.

³³² Ibid., p. 1031.

³³³ Ibid., p. 1031.

³³⁴ Ibid., p. 1032.

³³⁵ Ibid., p. 1033.

3.4.3 Repactuação de preços

A repactuação é, em verdade, uma modalidade especial para os contratos de serviços contínuos firmados pela Administração Pública federal indireta. Trata-se espécie de revisão de preços, feita de doze em doze meses, obrigatoriamente adotada nos contratos de serviços contínuos com prazo superior a doze meses.³³⁶

Essa modalidade foi criada pela legislação federal no Decreto nº 2.271/97 e na Resolução 10/96 da antiga Comissão de Controle das Empresas Estatais. Assim, prescrevem que, em havendo renovação de contratos de serviços contínuos firmados pela Administração indireta federal, extrapolados doze meses, não há reajuste dos preços, mas repactuação.³³⁷

A ideia da repactuação é baseada no fato de que se aplicado o reajuste poderiam haver distorções. Isso, pois o particular já teria abatido os diversos custos, não existindo mais no próximo período. Assim, devem as partes analisar todos os custos e repactuar os preços, desviando de benefícios não devidos a qualquer das partes.³³⁸

Apesar de lembrar o reajuste, pois prevista para cada doze meses ou quando da renovação contratual, quanto ao seu conteúdo a repactuação se assemelha mais com a revisão de preços, haja vista a discussão a respeito das variações de custos que de fato ocorreram. Ou seja, não é aplicado um indexador de preços previsto, mas analisada a real evolução dos custos despendidos pelo particular.³³⁹

Basicamente, a repactuação requer o ajustamento do valor dos contratos de acordo com a variação de fato do custo de produção, o qual é apurado no momento da data-base da categoria dos profissionais colocados à disposição da Administração, em razão de acordo, convenção ou dissídio coletivo.³⁴⁰

Entretanto, havia discussão em definir se a majoração de custo do acordo, convenção ou dissídio coletivo é fato imprevisível ou previsível, porém de consequências incalculáveis. Ocorre que os contratados já sabem quando vai acontecer a majoração de custo, pois já sabem a data-base da categoria. Apesar disso, não sabem exatamente qual é o valor que será

³³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 400-401.

³³⁷ *Ibid.*, p. 401.

³³⁸ *Ibid.*, p. 401.

³³⁹ *Ibid.*, p. 401.

³⁴⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1044.

aumentado. Isso pois, se fosse fato previsível, não ensejaria a revisão nem a repactuação, mas o reajuste em índices predeterminados.³⁴¹

Para Niebuhr³⁴², o acordo, a convenção ou o dissídio coletivo são fatos previsíveis, porém de consequências incalculáveis, possibilitando a revisão do contrato nos termos do art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93. O contratado sabe desde já que haverá aumento dos custos quando da data-base da categoria. Contudo, por mais prevenido que seja, não tem como saber exatamente qual será esse montante de majoração. Os aumentos, cabe frisar, não são homogêneos e não correspondem à inflação do momento.

Entretanto, esse não era o posicionamento do STJ, o qual jogou de lado a hipótese de fatos previsíveis, mas de consequências incalculáveis e justificou que se trata de fato previsível e, portanto, o contratado deveria suportar.³⁴³³⁴⁴

O TCU também considerava como evento previsível, mas fundamentou sua decisão em outro fato. Para ele, a revisão e a repactuação só poderiam ser concedidas após um ano da última ocorrência. Acontece que a revisão não é sujeita a qualquer periodicidade mínima, grande equívoco cometido por este Tribunal.³⁴⁵³⁴⁶

A fim de terminar com esse entendimento que acaba por fazer o contratado “chutar” um valor do reajuste da categoria, às vezes beneficiando o particular, às vezes beneficiando a Administração, o Presidente da República, por meio do Decreto Federal nº 2.271/97 criou a modalidade da repactuação, se aplicando à prestação de serviços executados de forma contínua, desde que previstos no edital, nos termos do art. 5º deste Decreto.³⁴⁷

A repactuação, nos termos do art. 5º do Decreto supramencionado, busca adequar aos novos preços de mercado, sendo observados o tempo mínimo de um ano e a demonstração analítica de variação dos custos do contrato.

Em complemento ao Decreto, o art. 37 da Instrução Normativa MPOG nº 2/08 aceita a repactuação dos preços dos serviços continuados contratados com dedicação exclusiva de mão

³⁴¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1045.

³⁴² Ibid., p. 1045.

³⁴³ Ibid., p. 1045-1046.

³⁴⁴ Nesse sentido, o REsp nº 411.101/PR, conforme NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1045).

³⁴⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1046.

³⁴⁶ Nesse sentido, Decisão nº 457/1995, conforme NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1046.

³⁴⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1047.

de obra, desde que observado o prazo de pelo menos um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta fazer menção, sendo a data do acordo, convenção, dissídio de trabalho ou equivalente.³⁴⁸

Assim, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão resolve em partes o problema gerado pelas decisões que vinham sendo proferidas pelo STJ e pelo TCU.³⁴⁹

Importante frisar que o TCU já reviu esse entendimento há muito tempo, e passou a conceder a repactuação na forma do Decreto e da Instrução Normativa acima mencionados. Hoje, a aceitação dessa modalidade é pacífica e normal no TCU.³⁵⁰

3.4.3.1 A repactuação como espécie de reajuste

Tendo em vista que a repactuação é figura criada através de Decreto Federal, é possível questionar a legalidade da repactuação, pois não cabe ao Presidente da República inovar por decreto, nos termos do art. 5º, inciso II do art. 37 e art. 84, inciso IV da Constituição Federal. Nesse sentido, a repactuação deve ser vista como uma espécie de reajuste.³⁵¹

Os institutos são muito parecidos. O entendimento geral é de que ambos são utilizados em face de variação de custos previsíveis. A repactuação somente é devida se prevista no edital, o mesmo ocorrendo para o reajuste, apesar de entendimento diverso. Ambos só podem ser concedidos após o interregno mínimo de um ano.³⁵²

Ademais, o art. 37, *caput* da Instrução Normativa MPOG nº 2/08 reconhece de maneira expressa que a repactuação é de fato uma espécie de reajuste, quando do empréstimo do fundamento normativo.³⁵³

3.4.3.2 Quem se sujeita à repactuação

³⁴⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1047.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 1047.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 1048.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 1048.

³⁵² *Ibid.*, p. 1049.

³⁵³ *Ibid.*, p. 1049.

O art. 1º do Decreto Federal nº 2.271/97 prescreve que a repactuação se aplica à Administração Pública federal, às autarquias e às fundações federais. Assim, somente esses se sujeitam à repactuação.

Entretanto, os arts. 1º e 3º da Resolução nº 10/96 do antigo Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais prevê que essa figura também caberia à outras entidades da Administração federal indireta: as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Apesar disso, o TCU, em 2006 preferiu acórdão³⁵⁴ no sentido de que a repactuação só caberá a essas outras pessoas jurídicas quando constar nos editais e contratos os serviços de duração continuada, com previsão que os reajustes de preços devem ser feitos com base na variação de fato dos custos a serem comprovados pelo contratado. A ideia da repactuação para as estatais é para recompor o equilíbrio econômico-financeiro firmado inicialmente no contrato em razão das variações efetivas, e não para aumentar os ganhos da contratada.³⁵⁵

Nesse sentido, importante lembrar que se as estatais e os demais entes federativos quiserem editar seus regulamentos a respeito da repactuação, eles gozam de competência regulamentar para tanto, nos termos do art. 119 da Lei nº 8.666/93.³⁵⁶

3.4.3.3 Demonstração do aumento dos custos

A concessão da repactuação ao contratado depende da demonstração feita por este de que houve majoração dos custos. A planilha de custos e formação dos preços deve vir junto à proposta dos licitantes quando versar sobre terceirizações de serviços, que deve trazer os custos de forma minuciosa.³⁵⁷

Assim, a Administração compara a planilha apresentada na licitação e a planilha trazida com o pedido de repactuação dos custos majorados, verificando o novo valor do contrato. Ou seja, não deve haver indexações predeterminadas no contrato. Vê-se a variação real dos preços.³⁵⁸

³⁵⁴ Acórdão nº 1.374/2006, Plenário (Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão de 09.08.2006.

³⁵⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1050.

³⁵⁶ Ibid., p. 1050.

³⁵⁷ Ibid., p. 1051.

³⁵⁸ Ibid., p. 1051.

3.5 CASOS DE DIVERGÊNCIA QUANTO À APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO

3.5.1 Casos a respeito da repactuação

3.5.1.1 Repactuação em razão de custos advindos da mão de obra e dos demais insumos

Apesar do custo com mão de obra ser o principal no contrato de terceirização de serviços, o contratado tem outros custos, como com equipamentos e uniformes, dentre outros. Esses custos, diferente da mão de obra, não observam uma data certa para serem majorados, de modo que o equilíbrio econômico-financeiro deveria observar os doze meses da data da apresentação da proposta, aplicando-se o instrumento do reajuste a esses contratos administrativos.³⁵⁹

Em 2004³⁶⁰, contudo, o TCU decidiu que a Administração deve tratar na repactuação da variação de todos esses elementos que geram custo ao contratado, seja os de mão de obra, seja os dos demais insumos. E, nesse sentido, o contratado deve fazer a planilha dos custos e formação de preços, não sendo admitida qualquer indexação a estes.³⁶¹

O Tribunal teve como fundamento dessa decisão que o reajuste só pode ser concedido por uma vez a cada doze meses. Assim, sendo a repactuação espécie de reajuste, não poderia a Administração repactuar os custos da mão de obra e depois, ainda dentro dos doze meses, reajustar os custos dos outros insumos.³⁶²

Foi então que o MPOG editou a Instrução Normativa nº 3/09, alterando as disposições da Instrução Normativa nº 2/08, permitindo a repactuação ser dividida em tantas parcelas quanto foram necessárias em respeito ao princípio da anualidade do reajuste dos preços da contratação. A edição permitiu serem realizadas em momentos diferentes, mas não descaracterizou a anualidade do reajuste.³⁶³

³⁵⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1052.

³⁶⁰ Acórdão nº 1.563/20014, Plenário (Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão de 06.10.2004).

³⁶¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1052.

³⁶² Ibid., p. 1052.

³⁶³ Ibid., p. 1052.

3.5.1.2 Repactuação em contratos com mais de uma categoria profissional

O problema de usar a sistemática da repactuação em contratos que envolvem mais de uma categoria profissional, como mão de obra, é que em havendo duas categorias, haverá duas datas-bases.³⁶⁴ Assim, qual será a data-base em que deve ocorrer a repactuação?

Para Niebuhr, deve-se realizar a repactuação no dia da data-base de cada categoria. O art. 38, inciso II prescreve que deve haver um interregno mínimo de um ano da data do último acordo, convenção ou dissídio coletivo.³⁶⁵ Assim, deve haver duas repactuações, uma para cada categoria.

Apesar disso, o TCU não coaduna com tal entendimento. Para o Tribunal, a repactuação somente pode ser efetuada uma vez nos doze meses, até para os contratos que possuem mais de uma categoria profissional.³⁶⁶³⁶⁷ Isso significa que a repactuação deve ser feita na data-base de uma das categorias abrangidas no contrato.

Haja vista essa solução trazida pelo TCU, é mais indicado que os diferentes serviços sejam licitados e contratados de maneira separada, para não ocorrer essa situação na prática. Entretanto, em havendo contratos firmados em sentido diverso, o art. 3º da Instrução Normativa MPOG nº 2/08 permite a divisão da repactuação em quantas parcelas forem necessárias, ou seja, quantas parcelas forem os acordos, dissídios ou convenções coletivas da categoria envolvida.³⁶⁸

Com efeito, como bem observa Niebuhr, não é bem uma repactuação parcelada em momentos distintos, mas de fato várias repactuações diferentes.³⁶⁹

3.5.2 A influência da variação cambial

Para o STJ, a variação cambial é acontecimento previsível no ambiente comercial com moedas estrangeiras. Assim, para ter direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é necessário que seja comprovada a situação da quebra de tal equação, sendo necessários dois requisitos: (1) análise contábil das margens de lucro da empresa, examinada de forma

³⁶⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1053.

³⁶⁵ Ibid., p. 1053.

³⁶⁶ Ibid., p. 1053.

³⁶⁷ Acórdão nº 1563/2004, Plenário (Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão de 06.10.2004).

³⁶⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1054.

³⁶⁹ Ibid., p. 1054.

individualizada; e (2) existência de nexos causal entre a política pública e eventuais prejuízos incorridos pela empresa.³⁷⁰

Quanto ao primeiro requisito, não basta a utilização de planilhas de custos setoriais, a análise deve se dar na situação específica da empresa quando do comportamento das margens de lucro em razão dessa variação cambial. Assim, necessário um estudo do balanço comercial da contratada.³⁷¹

Já o segundo requisito pressupõe exame das decisões gerenciais do contratado, com o fim de extinguir a possibilidade de que os resultados negativos não tenham advindo de estratégias administrativas erradas.³⁷² Ou também podem ser verificados os preços de mercado e comparados com os antigos, quando da licitação, para demonstrar o impacto sofrido com a variação cambial.

3.5.3 A variação do valor do salário mínimo

Em se tratando de contrato de prestação de serviços, se sobrevém lei com novo valor de salário mínimo, trazendo acréscimo significativo ao salário mínimo anterior. E então, com o novo salário mínimo regulamentado, o salário profissional passou a ser inferior ao mínimo legal estabelecido no país.³⁷³

Pode a contratada alegar que o incremento no valor do salário mínimo oneraria sua folha de pagamento, requerendo reajuste contratual? A dúvida é se o incremento salarial decorrente do aumento do salário mínimo pode ser considerado fato imprevisível, ensejando ou não a teoria da imprevisão.³⁷⁴

Ocorre que a jurisprudência não fala sobre tal fato especificamente, apenas fala que o aumento de salários decorrente de dissídio coletivo não oportuniza revisão contratual, haja vista se tratar de fato previsível. Entretanto, a questão é outra: aumento salarial por força do aumento do salário mínimo. Houve aumento expressivo, chegando a ultrapassar o piso salarial da categoria.³⁷⁵

³⁷⁰ OLIVEIRA, Raquel Metaxa Rocha de. A influência da variação cambial na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 16, n. 188, p. 924-927., out. 2009.

³⁷¹ Ibid.

³⁷² Ibid.

³⁷³ Ibid.

³⁷⁴ Ibid.

³⁷⁵ Ibid.

Dessa forma, mostra-se cabível a revisão, pois a proposta da empresa fora formalizada com base em salário profissional, à época, maior que o mínimo legal; porém, atualmente, esse salário profissional se encontra inferior ao próprio salário mínimo, garantindo-se, assim, à empresa o direito de revisar o contrato firmado, para manter o equilíbrio econômico-financeiro inicial. É fato previsível, mas de consequências incalculáveis.³⁷⁶

Diante do exposto, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos representa a equação de igualdade entre os encargos do particular e a contraprestação a ser paga pela Administração, tendo como fundamentos a Lei 8.666/93 e a Constituição Federal, a qual garante a manutenção das condições efetivas da proposta. Nesse sentido, ocorrendo uma das hipóteses que gerem desequilíbrio no contrato, este deve sofrer alteração para reconstrução desta equação.

Sendo assim, importante saber como a jurisprudência está respondendo aos pedidos de revisão judicializados. No próximo capítulo, portanto, passam a ser analisadas as decisões judiciais a respeito dos pedidos de revisão, em razão do desequilíbrio econômico-financeiro sofrido, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com o fim de observar se a jurisprudência catarinense recente tem acolhido ou não esses pedidos, quais seus fundamentos e, por fim, se as decisões são uníssonas ou se apresentam contradições.

³⁷⁶ SOUSA, Guilherme Carvalho e. Contratos administrativo de prestação de serviços: pedido de reajuste de preços; alteração do valor do salário mínimo; fato previsível de consequência incalculável; equilíbrio econômico-financeiro; reajuste; impossibilidade; revisão contratual; possibilidade. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 19, n. 223, p. 905-911., set. 2012.

4 O REESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (2013-2019)

O contrato administrativo gera o dever das partes em arcar com suas obrigações de maneira recíproca. Contudo, sendo contrato regido pelo direito público, há certa dissonância de poderes entre as partes envolvidas, o que gera o questionamento: qual seria o limite para uma parte arcar com as consequências de fatos inesperados?

Assim, como visto no capítulo anterior, a Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro pactuado entre as partes, de modo que, em ocorrendo a quebra da equação, a relação estabelecida inicialmente entre os deveres do contratado e a justa remuneração pela Administração deve ser reequilibrada.

Contudo, para o reequilíbrio do contrato visando o restabelecimento da equação econômico-financeira inicialmente acordada, a Lei nº 8.666/93 prevê que os fatos geradores desse desequilíbrio sejam advindos de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, que sejam alheios a vontade das partes; fatos retardadores ou impeditivos da execução do ajustado; caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Nesse cenário, verifica-se a importância da temática e do método de pesquisa escolhido. O deferimento da reequilíbrio do contrato administrativo a fim de restabelecer a equação econômico-financeira trata-se de direito das partes, com base na Lei nº 8.666/93 e na própria matriz constitucional, como já exposto nos capítulos acima.

O problema é que a lei não define o limite para essa equação, de modo que deve ser analisada nos termos do caso concreto. Na prática, fatos como a situação econômica do país, o aumento do salário mínimo da categoria base, a variação cambial, entre outros, são acontecimentos que influenciam no preço a ser gasto pelo particular contratado. Entretanto, podem-se considerar como áleas extraordinárias, ou são apenas áleas ordinárias que deveriam ter sido esperadas pelo particular e, portanto, devem ser por ele suportadas?

Com esse cenário apresentado fica possível concluir que há uma abertura conceitual nas hipóteses de concessão do reequilíbrio contratual com base no desequilíbrio econômico-financeiro inicial pactuado no contrato administrativo. Sendo assim, a pesquisa empírica a ser realizada tem como finalidade buscar os critérios utilizados na jurisprudência atual para a concessão ou não dos pedidos de reequilíbrio levados ao Judiciário, com o fim de

compreender o posicionamento recente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina nessa temática.

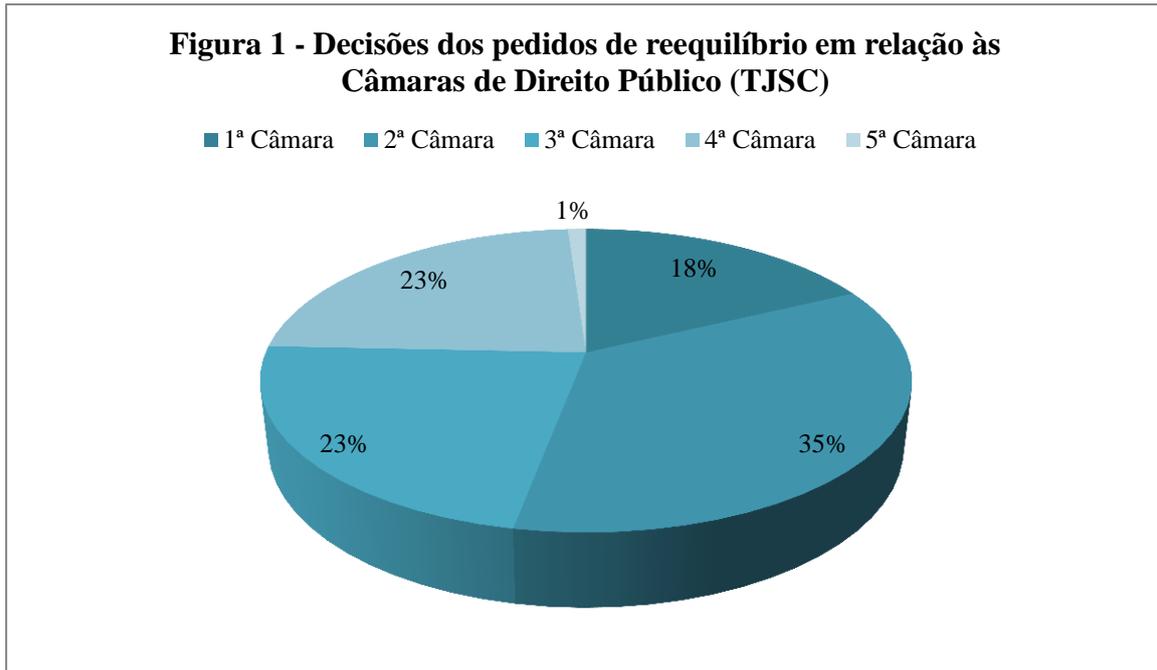
Ademais, em inteligência do art. 109, inciso I da Constituição Federal, o pedido de reequilíbrio dos contratos administrativos tem competência no Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional Federal. Sendo causa em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho têm competência no Tribunal Regional Federal de cada região. As restantes caberão à Justiça Comum, com competência no Tribunal de Justiça de cada estado. Assim, o objeto da presente pesquisa será os pedidos de reequilíbrio dos contratos administrativos nas últimas decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Por fim, considerando a natureza do objeto escolhido e as limitações do presente trabalho, a delimitação temporal da análise foi restringida para os anos de 2013 a 2019, sendo determinado a fim de fornecer uma amostragem grande o suficiente para retratar o posicionamento efetivamente consolidado do Tribunal, em período recente, do qual, a princípio, tem-se a verificação de quarenta e um julgados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

4.1 LEVANTAMENTO DO BANCO DE DADOS E METODOLOGIA UTILIZADA

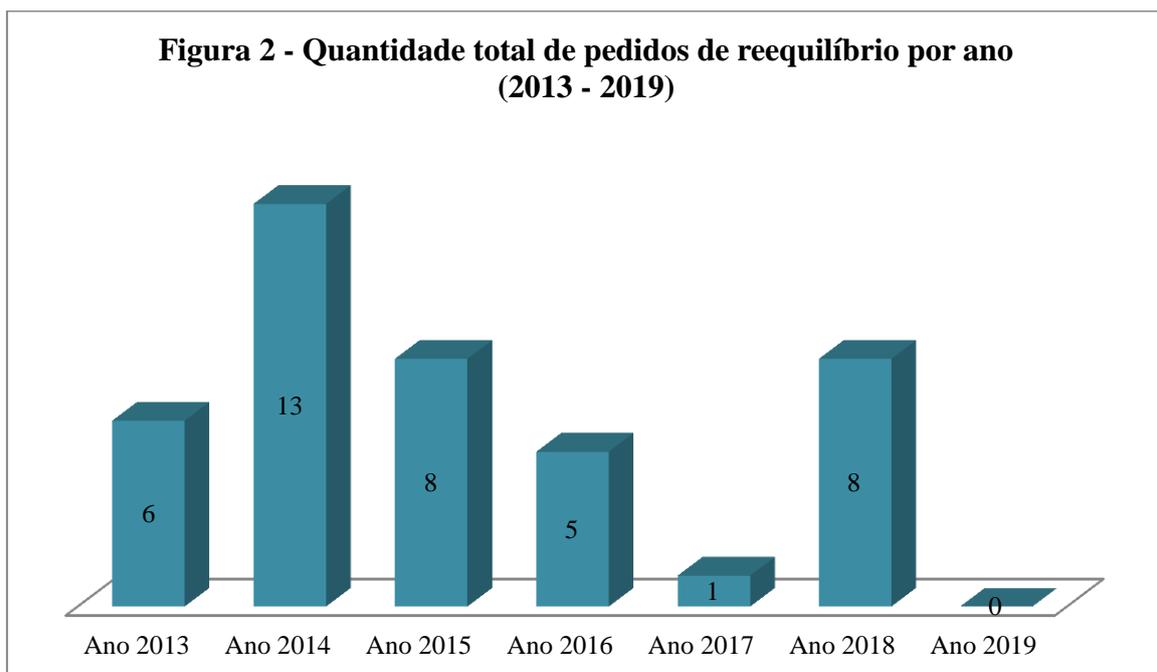
Com o intuito de propiciar análise mais abrangente em razão dos pedidos de reequilíbrio dos contratos administrativos no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, importante trazer dados que quantificam essa porção. Tal análise torna-se importante para conhecer da insatisfação do particular em face das contratações administrativas firmadas.

A análise do presente trabalho teve como base a ferramenta de pesquisa jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, utilizando-se no campo “com a expressão” a palavra-chave “equilíbrio econômico-financeiro”. Nesse sentido, foram encontradas um total de 241 ações judiciais. Entretanto, limitando-se à análise ao Grupo de Câmaras de Direito Público, obteve-se o resultado de 186 ações. Quanto às Câmaras de Direito Público competentes, nota-se que a maioria dos pedidos em razão do equilíbrio econômico-financeiro foram analisados pela Segunda Câmara com 65 pedidos, seguidos da Quarta com 43, da Terceira com 42, da Primeira com 33 e da Quinta e última câmara com apenas 2 pedidos, nos termos da figura a seguir:



Fonte: Elaborada pela própria autora (2019)

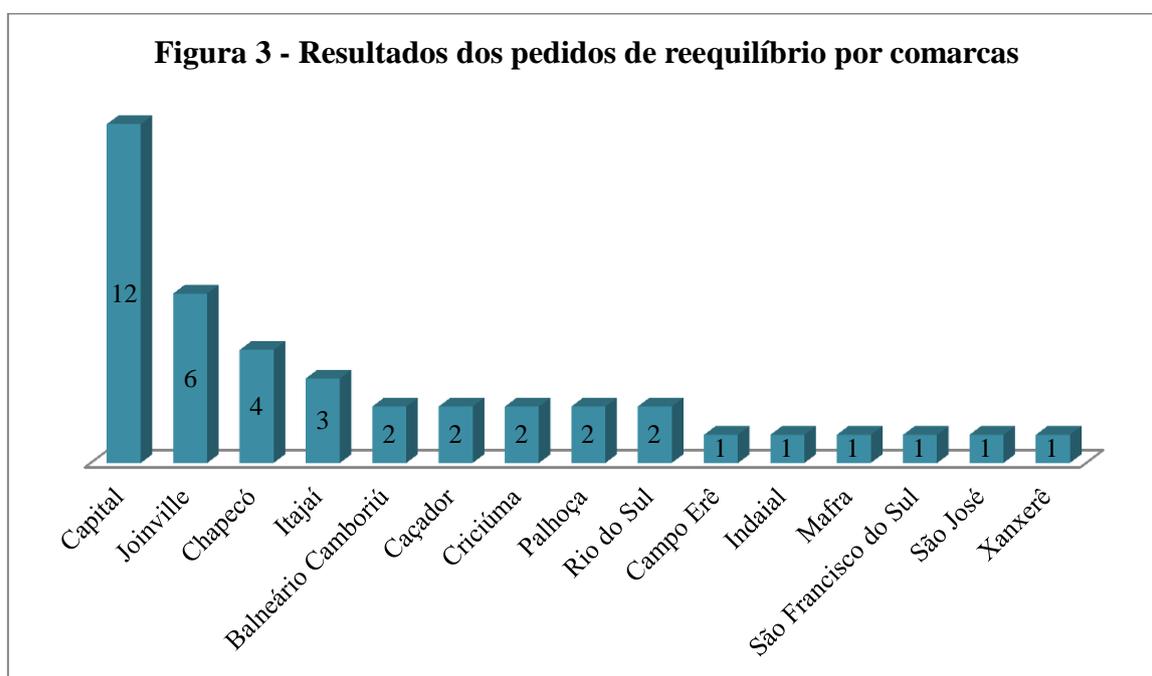
Em seguida, incluindo-se a delimitação temporal de 2013 a 2019 na mesma ferramenta de pesquisa, com a data de 21/03/2013 a 21/03/2019, e com igual palavra-chave “equilíbrio econômico-financeiro”, obteve-se o resultado de 41 ações, dentre os anos, conforme a figura a seguir:



Fonte: Elaborada pela própria autora (2019)

Assim, apesar de 2014 ter mostrado resultado maior, desde então verifica-se uma diminuição nos pedidos, com um pico diferente em 2018, sendo que do início de 2019 até 21/03/2019 não há nenhum resultado.

Ademais, não seria possível uma delimitação temporal menor ao presente trabalho pelas comarcas. Verifica-se que apesar da Capital apresentar mais pedidos, ainda assim é número pequeno para o presente estudo, e os outros espalham-se por comarcas menores, de modo que seria inviável o estudo por comarca.



Fonte: Elaborada pela própria autora (2019)

Também incabível a diminuição do arco temporal escolhido, tendo em vista o número ínfimo de julgados a serem analisados que restariam, que poderiam não representar o real posicionamento do Tribunal sobre o assunto. Ademais, como será visto a seguir, nem todos os quarenta e um acórdãos serão de fato pedidos de reequilíbrio, restando a exclusão de muitos, de modo que o número de casos analisados passa a ser menor.

Assim, com a elaboração de banco de dados de quarenta e um acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, foi feita análise a partir do preenchimento de tabela, em anexo, da qual constam os seguintes dados: número do processo; deferimento ou não do pedido; a síntese do pedido descrita no relatório e a principal argumentação do Tribunal a partir do

acórdão e descrição de voto do relator. Importante mencionar ainda que a análise se deu apenas com base nos acórdãos disponíveis na ferramenta de pesquisa, não havendo acesso aos autos dos processos como um todo, tampouco à petição do pedido de reequilíbrio em si realizado na inicial.

Por fim, ao analisar minuciosamente as decisões, notou-se que devem ser excluídos vinte e dois acórdãos da presente análise, tendo em vista não versarem sobre pedidos de reequilíbrio do contrato com base no desequilíbrio econômico-financeiro, mas outras ações, como pedidos de consumidores em face da CASAN tendo em vista o repasse do reajuste da taxa nas contas de água, pedidos da Brasil Telecom (Oi S/A) em face do Município alegando ilegalidade de multas impostas pelo PROCON, dentre outras, todas quais não se destinam ao fim deste trabalho.

Assim, serão um total de dezenove decisões analisadas em que foi pedido o reequilíbrio do contrato administrativo, em face do gerado desequilíbrio econômico-financeiro.

4.2 VERIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA EM RELAÇÃO ÀS HIPÓTESES LEGAIS DE CONCESSÃO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

A opção realizada de apresentação dos casos a partir das hipóteses legais de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro prevista no art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93 e consequente verificação da argumentação dos julgadores nos acórdãos encontrados se deu em razão de não existir uma única posição na argumentação trazida nos votos analisados, tanto para o deferimento quanto para o indeferimento dos pedidos de reequilíbrio.

Cabe lembrar novamente que a análise se deu a partir dos acórdãos disponibilizados, não sendo analisado o pedido de reequilíbrio da inicial, apenas a descrição contida no disposto em cada acórdão.

Assim, frisa-se que dos dezenove casos analisados, não há sequer um caso em que a Administração Pública fez o pedido de reequilíbrio. Dessa maneira, a análise terá como base o fundamento dos pedidos do particular, de modo que foram encontrados como fundamentos: (1) Fato da Administração; (2) Fato do príncipe; (3) Fato imprevisível e (4) Fato previsível, mas de consequências incalculáveis. A abertura conceitual dos termos art. 65, inciso II, alínea

“d” da Lei 8.666/93 traz diversas hipóteses para a concessão do reequilíbrio, de maneira que essas hipóteses se espalharam pelos pedidos.

Nesse sentido, a análise do preenchimento desses critérios legais, conjuntamente ao destaque dos principais argumentos, será realizada por meio dos dois principais critérios de divisão: (1) qual hipótese de quebra da equação foi apontada como hábil pelo particular para gerar o reequilíbrio do contrato, bem como (2) se o pedido foi deferido ou não pelo Tribunal de Justiça e seus principais argumentos.

Por fim, importante ressaltar que posteriormente os argumentos trazidos nos acórdãos serão destacados, ainda que não haja uma direção uníssona do Tribunal em relação a isso.

4.2.1 Casos com fundamento no fato da Administração

O fato da Administração, como já visto no segundo capítulo desse trabalho, é ato da Administração que incide diretamente sobre alguém específico, como o caso do contratado, diferenciando-se do fato do príncipe, que é ato geral³⁷⁷. Abrange a alteração unilateral, a suspensão da execução do contrato, dentre outras medidas.³⁷⁸ É, basicamente, evento que retarda ou impede a execução do contrato.³⁷⁹

Entretanto, cabe lembrar que o fato da Administração, apesar de ocasionar a reequilíbrio do contrato, não tem fundamento no art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93. A teoria da imprevisão é aplicada para fatos que não estejam ligados à vontade das partes. Já o fato da Administração é inadimplemento contratual praticado pela própria Administração. Nesse caso, o reequilíbrio será devido com fundamento no art. 58, §2º ou art. 65, §6º, ou ainda no art. 57, §1º, todos da Lei nº 8.666/93.³⁸⁰

O ato ilícito contratual gera, na verdade, uma indenização por perdas e danos ao particular prejudicado, sendo importância em dinheiro, portanto. Contudo, na prática acaba-se adotando a mesma solução, com o reequilíbrio do contrato, por ser situação mais prática e simples, à escolha do particular.³⁸¹

³⁷⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1037.

³⁷⁸ Ibid., p. 1038.

³⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 275.

³⁸⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1038.

³⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 397-398.

Como visto no capítulo acima, a doutrina entende que são hipóteses caracterizadoras de fato da Administração as seguintes: alterações unilaterais produzidas pela Administração, a não disponibilização dos instrumentos necessários em mãos da Administração para execução do contrato, o atraso na obra em virtude do não pagamento pelo Município dos valores, os gastos suportados pela contratada em razão de paralisação por 120 dias pela Administração, as alterações no projeto original e do local do empreendimento, o aumento de insumos específicos, a não aplicação do cálculo técnico, a demora entre a abertura da licitação e a entrega da ordem de serviço, dentre outras. São todos acontecimentos que retratam fatos da Administração e que, apesar de muitos constituírem prerrogativas desta, como a alteração unilateral, há quebra da equação inicialmente prevista, devendo a contratada ser ressarcida da diferença.

Assim, tendo em vista a delimitação de tempo dessa pesquisa, foram encontrados oito acórdãos que o particular contratado usou como fundamento o fato da Administração para requerer a reequilíbrio do contrato firmado, haja vista o desequilíbrio econômico-financeiro da avença.

O primeiro caso trata de pedido de reequilíbrio em que a empresa contratada alegou que o Município não teria disponibilizado engenheiro para fiscalizar e medir a obra, além de ter solicitado a substituição de materiais por outros que melhorassem a qualidade da estrutura; sendo assim, culpa exclusiva da Administração.³⁸² O Ente Público se defendeu alegando que foram celebrados aditivos para aumentar os valores, e que a empresa contratada não teria demonstrado a efetiva variação dos preços dos materiais.³⁸³

O relator entendeu que a contratada não teria mais direito à revisão, pois nos aditivos firmados durante a execução do contrato, esta ratificou pelas demais cláusulas da avença, expressamente consentindo com a manutenção do preço, de modo que não poderia mais a matéria ser agora revista. Assim, foi rejeitada a tese recursal.³⁸⁴

O segundo julgado trata de pedido de reequilíbrio pela empresa contratada em alegado atraso na obra em razão do pagamento não ter sido realizado pelo Município nas datas previstas, além de não cumprir a obrigação de vistoria no local.³⁸⁵ O Município se defendeu

³⁸² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0001361-19.2013.8.24.0013. Relator: Desembargador Paulo Ricardo Bruschi. Florianópolis, 12 de julho de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

³⁸³ Ibid.

³⁸⁴ Ibid.

³⁸⁵ Ibid.

arguindo que havia cláusula contratual no sentido de que não haveria reajustamento nem alterações posteriores no contrato firmado.³⁸⁶

Em razão de não terem sido juntados aos autos do processo os conteúdos das diversas alterações, o relator entendeu que não haveria como saber os verdadeiros motivos para o prolongamento deste, nem de quem teve culpa no atraso. Assim, o feito foi convertido em diligência para que fosse promovida a produção de provas.³⁸⁷

A respeito desse julgado, importante destacar não só o pedido de revisão do particular, mas também a resposta do Município. Primeiramente, a contratada requereu revisão por atraso na obra em razão do atraso no pagamento pelo Ente Público, ou seja, mesma situação vista acima. Trata-se de caso em que a Administração age de maneira desfavorável a ela própria, construindo sua falta de credibilidade e gerando, cada vez mais, prejuízos aos particulares contratados e, principalmente, a ela mesma.

O terceiro caso diz respeito a pedido de reequilíbrio pela empresa contratada com fundamento na demora da entrega da ordem de serviço por parte da Administração, causando desequilíbrio nos preços propostos pela licitante.³⁸⁸ O Município, por sua vez, arguiu que em termo aditivo firmado a contratada não teria alegado alteração de valores, requerendo a perícia técnica para calcular essa eventual modificação.³⁸⁹

O relator votou no sentido de que, apesar de existirem indícios de realmente ter havido prejuízo ao equilíbrio contratual, não haveria provas suficientes nos autos para decisão, determinando-se a produção da prova pericial requerida para tanto.³⁹⁰

O quarto caso trata de ação ajuizada pela empresa contratada em face do Município de Joinville a respeito de contrato de permissão firmado entre as partes para a execução do serviço público do Sistema de Estacionamento Rotativo das vias públicas da cidade.³⁹¹ A empresa contratada alegou a quebra do equilíbrio econômico-financeiro em razão de dois

³⁸⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0001361-19.2013.8.24.0013. Relator: Desembargador Paulo Ricardo Bruschi. Florianópolis, 12 de julho de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

³⁸⁷ Ibid.

³⁸⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2013.030216-2. Relator: Desembargador Francisco Oliveira Neto. Florianópolis, 04 de dezembro de 2013. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2013.

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Ibid.

³⁹¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0001434-67.2000.8.24.0038. Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho. Florianópolis, 02 de agosto de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

motivos: das diversas alterações unilaterais produzidas pelo Ente Público, e pela falta de repasse das perdas inflacionárias da moeda.³⁹²

Dessa forma, devido à divisão realizada nesse trabalho, aqui serão analisadas as alterações unilaterais como fundamento do pedido de revisão, deixando-se o fundamento das perdas inflacionárias da moeda para tópico específico, no item 4.1.3 deste mesmo capítulo.

O Município, por sua vez, alegou que as alterações unilaterais não teriam prejudicado a contratada, que, em verdade, teriam mantido o equilíbrio financeiro do contrato.³⁹³ Em resumo, o Ente Público acredita que se houve quebra da equação econômico-financeira, esta ocorreu por culpa da ineficiência administrativa da própria contratada.³⁹⁴

O juízo *a quo* entendeu prejudicado o pedido de reajuste e recomposição do preço realizado pela contratada, pois esta não mais exploraria o serviço de estacionamento rotativo, por perda superveniente do objeto. Assim, determinou perícia para eventual indenização.³⁹⁵

Quanto ao valor do “lucro não realizado”, foi realizada perícia para se ter o valor exato. O perito constatou que: “no ano de 1999 alterou-se o ponto de equilíbrio, assim a empresa trabalhou num nível inferior”. Com isso, a magistrada se baseou nesse período. O relator entendeu que deveria a sentença ser mantida, negando provimento aos recursos.³⁹⁶

O quinto caso trata de ação que a empresa contratada ajuizou em face do Município de Itajaí, requerendo ressarcimento dos prejuízos advindos do contrato administrativo firmado para realizar obra.³⁹⁷ A contratada reclama que o Município paralisou a obra por 120 dias, resultando para a autora a responsabilidade pela segurança dos materiais depositados na obra bem como dos serviços até então realizados.³⁹⁸ Requereu ainda o ressarcimento de despesas extraordinárias ocasionadas pelas alterações do projeto original e do local do empreendimento. Entendeu que essas modificações no projeto geraram atraso para o início da obra, gerando mais despesas à contratada, como manutenção de funcionários no período de

³⁹² Destaca-se que a contratada também alegou ser indevido o ISS, pois o serviço que prestava não estaria na lista do Decreto Lei nº 406/68, e que deveria ser ressarcida pelos valores pagos. Contudo, tal alegação não é fato relevante para a presente análise.

³⁹³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0001434-67.2000.8.24.0038. Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho. Florianópolis, 02 de agosto de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018..

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Ibid.

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação ns. 0036989-19.2007.8.24.0033, 2013.021829-8, 0036989-19.2007.8.24.0033. Relator: Desembargador Subs. Francisco Oliveira Neto. Florianópolis, 15 de maio de 2016. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2016.

³⁹⁸ Ibid.

suspensão.³⁹⁹ Por fim, pugnou pelo reajuste anual devido no contrato, em razão do aumento dos preços de mercado, haja vista a inflação, da apresentação da proposta até então.⁴⁰⁰

Em sede de contestação, o Ente Municipal alegou que o atraso na obra se deu por culpa exclusiva da contratada. Falou que a vigilância era de responsabilidade da empresa, tendo em vista que esta concorreu para a paralisação da obra, salientando que não há provas de que esta tenha efetivamente sido realizada.⁴⁰¹

Em sentença o magistrado julgou parcialmente procedentes os pedidos condenando o Ente Municipal ao ressarcimento dos gastos suportados pela empresa contratada durante o período de 120 dias de paralisação.⁴⁰²

Em relação aos gastos extraordinários, fundamento da Apelação da contratada, o Tribunal entendeu que esses gastos foram devidamente acordados nos termos aditivos realizados, não cabendo à empresa contratada agora reclamar.⁴⁰³

O sexto caso trata de ação que a empresa contratada ajuizou em face do Município de Erê, visando o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, ao fundamento de que o contrato se estendeu por culpa exclusiva da municipalidade, a qual não disponibilizou engenheiro para fiscalizar e medir a obra, além de ter requisitado a substituição de materiais por outros de melhor qualidade, devendo ainda o Ente Municipal pagar o devido reajuste pecuniário.⁴⁰⁴

O Município, por sua vez, alegou que, em verdade, quem deu culpa à demora na conclusão da obra teria sido a própria contratada, haja vista sua proposição de mudanças diversas no ajuste firmado.⁴⁰⁵ Afirmou também que mantinha quadro de profissionais na área de engenharia, não havendo que se falar em não ter engenheiro para fiscalização.⁴⁰⁶ Alegou também que a construtora não demonstrou a variação dos preços para o reajuste. Lembrou, por fim, que a empresa recebeu valores maiores do que os contratados, tendo em vista os aditivos firmados, apesar do contrato prever o não cabimento de ajuste pecuniário.⁴⁰⁷

³⁹⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação ns. 0036989-19.2007.8.24.0033, 2013.021829-8, 0036989-19.2007.8.24.0033. Relator: Desembargador Subs. Francisco Oliveira Neto. Florianópolis, 15 de maio de 2016. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2016.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² Ibid.

⁴⁰³ Ibid.

⁴⁰⁴ Ibid.

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ Ibid.

Ao julgar o feito, o magistrado *a quo* decidiu pela improcedência dos pedidos, por entender que o atraso não se deu por culpa exclusiva do Município, tendo em vista que a empresa contratada requereu diversos aditivos referentes a aumento e diminuição de materiais, prorrogação do contrato e do reajuste econômico.⁴⁰⁸

Irresignada, a empresa contratada interpôs Apelação, em que o relator entendeu, contudo, por manter inalterada a sentença, ao fundamento de que, quando da assinatura dos termos aditivos firmados, as partes especificaram a frase “permanecem inalteradas as demais condições pactuadas no contrato original”, ou seja, entendeu como ratificadas as demais cláusulas que não as relativas ao aumento dos materiais devidos, inclusive quanto aos valores.⁴⁰⁹ Assim, independentemente de culpa de quaisquer das partes para o retardamento na entrega da obra, agora não caberia mais falar em restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois em diversas oportunidades de termos aditivos, as partes nada dispuseram sobre o assunto.⁴¹⁰

Quanto ao reajuste do valor contratual, o relator também entendeu não ser necessário, pois houve adição de valor de quase quatrocentos mil reais em termo aditivo, já compensando eventual quebra do equilíbrio econômico-financeiro.⁴¹¹

O sétimo caso trata de situação em que a empresa contratada requer o reequilíbrio do contrato, haja vista que o Município de Joinville estaria buscando fixar o valor da tarifa do transporte coletivo urbano em valor inferior àquele reconhecido pelo próprio Município em cálculo técnico.⁴¹² Assim, o Ente Público agravou da decisão que obstou essa diminuição na tarifa.⁴¹³

O Município alegou afronta à sua autonomia constitucional e também ao princípio da separação dos Poderes, requerendo contraditório para quantificar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁴¹⁴

Contudo, o relator entendeu que razão não assiste ao Município, porque a decisão agravada somente impediu tarifa em valor menor do que do cálculo realizado pelo próprio

⁴⁰⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação ns. 0036989-19.2007.8.24.0033, 2013.021829-8, 0036989-19.2007.8.24.0033. Relator: Desembargador Subs. Francisco Oliveira Neto. Florianópolis, 15 de maio de 2016. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2016.

⁴⁰⁹ Ibid.

⁴¹⁰ Ibid.

⁴¹¹ Ibid.

⁴¹² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2015.091959-2. Relator: Desembargador João Henrique Blasi. Florianópolis, 19 de abril de 2016. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2016.

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ Ibid.

Município como montante mínimo, o qual goza de presunção de veracidade e de legalidade.⁴¹⁵ Assim, o contratado indiscutivelmente teve direito a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, haja vista que os critérios de fixação e o reajuste das tarifas dos serviços públicos devem ser respeitados, não gerando prejuízo ao Ente Público a decisão agravada, a qual deve ser mantida.⁴¹⁶

O oitavo caso trata de ação ajuizada pela empresa contratada em face do Estado de Santa Catarina alegando que, em razão de diversas prorrogações, o termo final do contrato foi alterado, sem que a empresa contratada recebesse o valor correspondente, gerando a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁴¹⁷ Requereu, por fim, o devido reajuste.⁴¹⁸

Não houve narrativa da fundamentação de defesa da Administração no acórdão. Contudo, em sentença, o magistrado *a quo* acolheu em parte o pedido da contratada, também não sendo especificado em qual parte a empresa contratada perdeu.⁴¹⁹

O Estado recorreu requerendo, no mérito, que as obras fossem integralmente pagas. A autora, em adesivo, requereu o reajuste contratual.⁴²⁰

O relator entendeu acertada a decisão do magistrado *a quo*, usando-se do fundamento a existência das planilhas de medição trazidas pela empresa contratada, pois assinadas pelo engenheiro responsável pelas medições ao Estado.⁴²¹ E também, o Estado de Santa Catarina não trouxe prova de que teria quitado o saldo remanescente. Conceituou que a medição é a averiguação das obras já acabadas. Assim havendo medição, as obras encontram-se concluídas.⁴²² Dessa forma, inalterada a decisão do magistrado *a quo*, sendo desprovidos os recursos.⁴²³

Com a análise de todos os casos com fundamento no fato da Administração, primeiramente cabe destacar que esse fundamento foi a maioria nos julgados. Isto é, a grande razão para a quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos são atos

⁴¹⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2015.091959-2. Relator: Desembargador João Henrique Blasi. Florianópolis, 19 de abril de 2016. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2016.

⁴¹⁶ Ibid.

⁴¹⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2009.054518-5. Relator: Desembargador Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 16 de julho de 2013. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2013.

⁴¹⁸ Ibid.

⁴¹⁹ Ibid.

⁴²⁰ Ibid.

⁴²¹ Ibid.

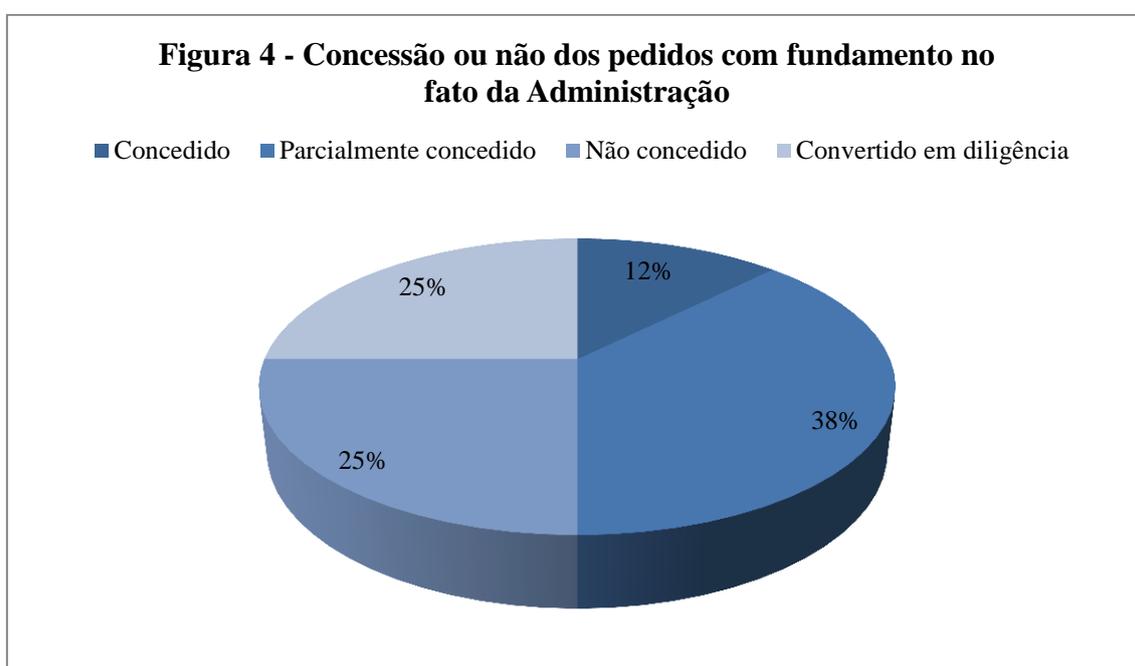
⁴²² Ibid.

⁴²³ Ibid.

realizados pela própria Administração, que refletem de maneira direta no contrato por esta firmado.

Além disso, nota-se que, apesar da pequena diferença, a maioria dos pedidos de concessão com fundamento no fato da Administração o pedido de reequilíbrio foi concedido apenas de maneira parcial pelo Tribunal. No quarto caso foi concedido, e no quinto, no sétimo e no oitavo houve concessão parcial. Contudo, no primeiro e no sexto casos o pedido do particular foi negado. Sendo que no segundo e no terceiro casos o feito foi convertido em diligência, por falta de provas.

Ilustra-se:



Fonte: Elaborada pela própria autora (2019)

Ilustra-se, em resumo, os casos acima narrados:

Número do processo	Fundamento do pedido	Deferimento	Principal argumento do Tribunal
--------------------	----------------------	-------------	---------------------------------

1. Apelação Cível n. 0001434-67.2000.8.24.0038	Diversas alterações unilateralmente produzidas pelo Município, além da falta de repasse das perdas inflacionárias da moeda ao preço da tarifa	Sim	Perícia realizada que detectou que a empresa operou de forma deficitária em certos meses, abaixo do ponto de equilíbrio. Além do que o Município não poderia ter modificado cláusula financeira de maneira unilateral
2. Apelação Cível n. 0001361-19.2013.8.24.0013	Atraso da obra pelo Município não ter disponibilizado engenheiro para fiscalizar e medir a obra, além de ter solicitado a substituição de materiais por outros que melhorassem a qualidade estrutural	Não	Não foi culpa exclusiva do Município, pois a contratada teria feito inúmeros requerimentos para prorrogação de prazo e alterações de itens, e do reajuste econômico
3. Apelação Cível n. 0300236-51.2017.8.24.0061	Atraso da obra em virtude do não pagamento pelo Município dos valores devidos nas datas previstas e do não cumprimento de suas obrigações de vistoria no local	Conversão do feito em diligência	Falta de provas

<p>4. Apelação Cível ns. 0036989-19.2007.8.24.0033, 2013.021829-8, 0036989-19.2007.8.24.0033</p>	<p>Ressarcimento dos gastos suportados pela requerente para a manutenção da vigilância da obra durante 120 dias de paralisação por culpa exclusiva do Município, além de despesas extraordinárias causadas em razão de alteração do projeto original e do local do empreendimento. Pugnou ainda pelo reajuste anual do contrato, em razão do aumento dos preços</p>	<p>Parcial</p>	<p>Concessão em sentença do ressarcimento dos gastos. Em apelação, foi negado provimento aos gastos extraordinários tendo em vista a falta de provas</p>
<p>5. Apelação Cível ns. 0018978-95.2010.8.24.0045, 2013.081048-7, 0018978-95.2010.8.24.0045</p>	<p>Aumento de insumos específicos</p>	<p>Não</p>	<p>É álea ordinária, devendo correr por conta do contratado. Além da ausência de comprovação dos requisitos necessários</p>
<p>6. Agravo de Instrumento n. 2015.091959-2</p>	<p>O Município obistou a fixação da tarifa do transporte coletivo urbano em montante inferior àquele reconhecido pelo próprio Município em cálculo técnico que mandou realizar</p>	<p>Sim</p>	<p>O agravo é do Município, que visa mudança da decisão que determinou o cumprimento do cálculo do próprio Ente Municipal. O magistrado entende pelo desprovimento, pois o cálculo da Municipalidade ostenta presunção de veracidade e legalidade, não se lastreando em qualquer elemento externo. Contudo, desde já reconheceu o direito a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratada</p>

7. Apelação Cível n. 2013.030216-2	Requeru realinhamento dos preços, pois a demora entre a abertura da licitação e a entrega da ordem de serviço causou um desequilíbrio nos preços propostos pelo licitante	Conversão do feito em diligência	Falta de provas
8. Apelação Cível n. 2009.054518-5	Sucessivas prorrogações do contrato, alterando o termo final sem a correspondente atualização do preço	Parcial	Quanto à ausência de pagamento do valor devido presumiu, por ausência de prova em contrário, que a Administração não pagou. Quanto ao desequilíbrio econômico-financeiro pelas alterações, a contratada não comprovou, sendo indeferido

Fonte: Elaborada pela própria autora (2019)

Assim, apesar da doutrina defender que a fiscalização por parte da Administração, a substituição de materiais, as alterações contratuais e o atraso na obra por culpa da Administração são hipóteses aptas a fundamentar o reequilíbrio do contrato, o Tribunal entendeu que não seriam caracterizados como fato da Administração, não concedendo os pedidos.

4.2.2 Casos com fundamento no fato do príncipe

O fato do príncipe encontra previsão no art. 65, §5º da Lei nº 8.666/93, sendo “quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados”.⁴²⁴

⁴²⁴ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de jun. de 1993. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.html. Acesso em: 10 de mai. 2019.

Em resumo, o fato do príncipe é determinação estatal, geral e imprevisível que onera de forma significativa o contrato.⁴²⁵

O fato do príncipe está previsto no art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93, sendo um dos motivos que geram a quebra da equação econômico-financeira, devendo o contrato ser revisado por acordo consensual das partes.

Como já visto no capítulo acima, a doutrina entende que a concessão de isenções, benefícios e afins são hipóteses caracterizadoras de fato do príncipe, em que há quebra da equação inicialmente prevista, devendo a contratada ser ressarcida da diferença.

Tendo em vista a delimitação de tempo desse trabalho, foram encontrados quatro acórdãos que o particular contratado usou como fundamento o fato do príncipe para requerer o reequilíbrio do contrato firmado, haja vista o desequilíbrio econômico-financeiro da avença.

O primeiro caso trata de pedido de reequilíbrio da empresa contratada em função do cancelamento do cadastro de imóveis e/ou alteração dos valores da tarifa, da concessão de isenções a diversos beneficiários e também em relação àqueles imóveis de propriedade do Município de Itajaí ou locados em nome dele.⁴²⁶ Conforme sustenta a empresa contratada, isso gerou uma diferença entre os valores necessários à execução das obras e serviços e o somatório dos valores efetivamente recebidos dos usuários. Assim, o contrato deveria ser reequilibrado.⁴²⁷

O Ente contratante alegou que em relação ao cancelamento de cadastro de imóveis inexistentes ou de terrenos baldios não haveria razão para a cobrança da tarifa de lixo; e também que não se pactuou disposição expressa acerca de tal cobrança em relação aos imóveis afetados a uma destinação pública.⁴²⁸

Com a sentença de parcial procedência, o magistrado condenou o Município ao pagamento da tarifa de coleta de lixo em imóveis de propriedade ou em locação deste e da TLUS, somente e referente aos beneficiários da isenção.⁴²⁹

Ocorre que, conforme bem explicita o relator, o próprio contrato firmado prevê a responsabilidade do poder concedente em caso de isenções, incentivos, descontos ou

⁴²⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1037.

⁴²⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.002991-1. Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Florianópolis, 12 de agosto de 2015. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2015.

⁴²⁷ Ibid.

⁴²⁸ Ibid.

⁴²⁹ Ibid.

benefícios de qualquer ordem.⁴³⁰ Dessa forma, entendeu o relator que o Município também deve arcar com as tarifas de coleta de lixo correspondentes aos imóveis que receberam isenções, e não somente da TLUS, como consta da sentença recorrida.⁴³¹ Da mesma forma se dá a cobrança em relação aos imóveis pertencentes ao patrimônio público, tanto de titularidade quanto locados em seu nome. Ao recurso do Município foi negado provimento.⁴³²

O segundo caso trata de ação um tanto quanto diferente das até então narradas. O julgado diz respeito à Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público de Santa Catarina em face do Município de Chapecó, e de duas empresas contratadas, com o objetivo de impor aos requeridos o cumprimento da Lei Municipal nº 3.099/90, a qual concede gratuidade no transporte coletivo intramunicipal às pessoas acima de 60 anos de idade.⁴³³

A decisão foi recorrida por Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Chapecó, em face de decisão que concedeu liminar para que o Município e as empresas demandadas concedessem a gratuidade no transporte coletivo intramunicipal.⁴³⁴ Alegou que a decisão seria *extra petita*, pois baseada em decreto que não era vigente quando firmado o contrato de concessão do transporte coletivo urbano, de modo que este decreto só seria aplicável aos novos contratos. Alegou também que a decisão provoca desequilíbrio das relações administrativas e financeiras do Município, gerando o reequilíbrio dos contratos.⁴³⁵

Quanto às isenções gerarem desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, o relator decidiu no sentido de que a atualização periódica das tarifas leva em consideração as isenções legais que são concedidas aos usuários, ainda que as empresas de transporte estejam recusando a conceder o benefício previsto em lei.⁴³⁶ Além disso, para o relator o desequilíbrio é mera suposição ainda, de maneira que não há porque alegá-lo neste momento.⁴³⁷

Cabe destacar que o relator dispôs: “o alegado descumprimento poderia ser tolerado caso comprovada a suposta ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos

⁴³⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.002991-1. Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Florianópolis, 12 de agosto de 2015. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2015.

⁴³¹ Ibid.

⁴³² Ibid.

⁴³³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2013.042167-5. Relator: Desembargador Paulo Ricardo Bruschi. Florianópolis, 25 de novembro de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

⁴³⁴ Ibid.

⁴³⁵ Ibid.

⁴³⁶ Ibid.

⁴³⁷ Ibid.

de concessão firmados com as atuais concessionárias [...].”⁴³⁸ Assim, por ainda não haver desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, ou seja, por ser mera suposição, não haveria que se falar em reequilíbrio do contrato.⁴³⁹

O terceiro caso trata de Mandado de Segurança impetrado por particular em busca da suspensão dos efeitos de resolução que prevê a cobrança de tarifa sazonal.⁴⁴⁰ O impetrante alega ilegalidade da resolução que determinou a criação da tarifa sazonal, além de violação ao princípio da igualdade.⁴⁴¹

Em informações, as autoridades coatoras alegaram que a criação da tarifa sazonal se deu para melhorar a qualidade do fornecimento de água nas praias durante o verão, visando a não falta de água.⁴⁴²

O relator entendeu que além de outros fundamentos, a resolução que determinou a cobrança da tarifa sazonal, visa garantir o equilíbrio econômico-financeiro da concessionária.⁴⁴³ Ademais, a tarifa não se aplica a todos indistintamente, mas apenas nos casos que o aumento ultrapassar 25% da média anual.⁴⁴⁴ Apesar disso, entendeu que no caso não há direito líquido e certo para a impetração do mandado de segurança, pois eventuais ilegalidades de norma e violação ao princípio da isonomia já foram afastadas na própria sentença.⁴⁴⁵

O quarto caso trata de ação ajuizada por consumidores em face da Brasil Telecom S/A em que alegam ser ilegal o repasse do PIS e da COFINS nas faturas telefônicas; e que a conduta praticada violou o equilíbrio econômico-financeiro, dentre outros princípios, de modo que a Brasil Telecom S/A deveria ser condenada à devolução em dobro dos valores pagos.⁴⁴⁶

Contudo, o relator lembra que o STJ já tem entendimento sedimentado no sentido de que esse repasse ao consumidor final dos tributos PIS e COFINS que incidem sobre os serviços essenciais prestados por concessionárias de serviço público é legítimo, pois visa

⁴³⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2013.042167-5. Relator: Desembargador Paulo Ricardo Bruschi. Florianópolis, 25 de novembro de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível em Mandado de Segurança n.º 2012.053551-7. Relator: Desembargador Ricardo Roesler. Florianópolis, 17 de julho de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

⁴⁴¹ Ibid.

⁴⁴² Ibid.

⁴⁴³ Ibid.

⁴⁴⁴ Ibid.

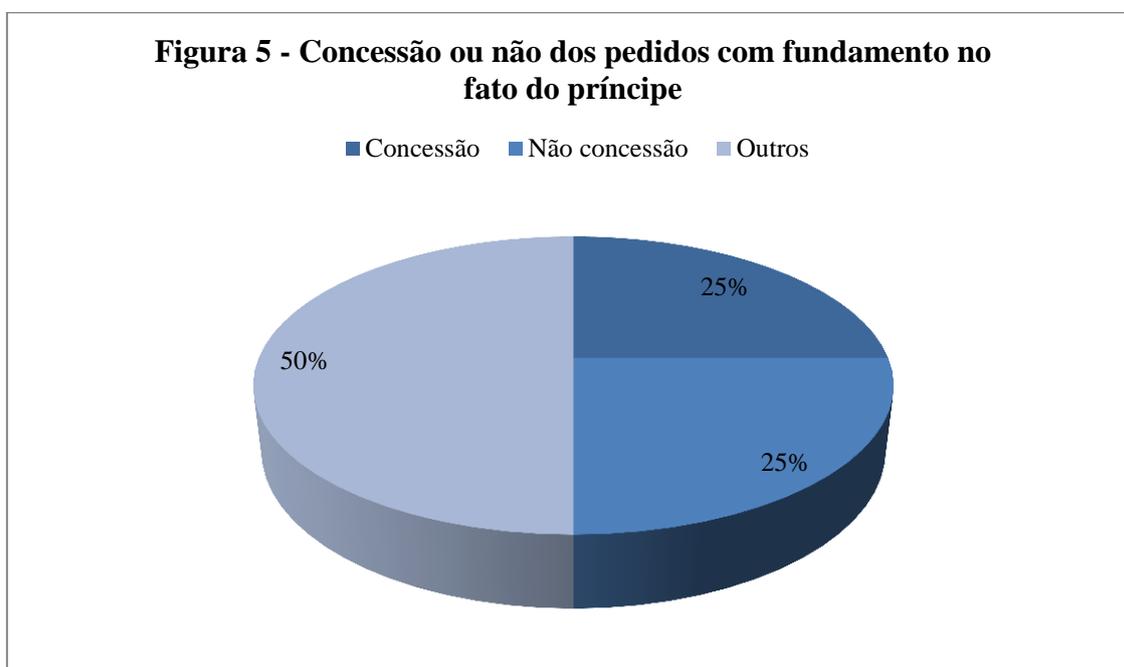
⁴⁴⁵ Ibid.

⁴⁴⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.070630-5. Relator: Desembargador Nelson Schaefer Martins. Florianópolis, 09 de julho de 2013. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2013.

manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.⁴⁴⁷ Assim, sendo legítimo o repasse, desprovido o recurso.⁴⁴⁸

O próprio acórdão destaca entendimento do STJ: “A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato [...] celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação”.⁴⁴⁹ Assim, incabível o pedido dos consumidores.⁴⁵⁰

Foram encontrados quatro casos em que o fato do príncipe foi o fundamento para a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, portanto, para o pedido de reequilíbrio do contrato firmado. Dentre esses quatro julgados, o primeiro concedeu a reequilíbrio, já o segundo caso não concedeu. Apesar disso, destaca-se que o terceiro e o quarto caso não foram exatamente pedidos de reequilíbrio, mas versaram sobre a legalidade ou não do repasse aos consumidores da diferença de valores gerada no contrato administrativo em razão da quebra do equilíbrio econômico-financeiro. Em ambos casos, o Tribunal decidiu que é possível esse repasse aos consumidores, pois a cobrança de tarifa sazonal (terceiro caso) e o repasse do PIS e da COFINS nas tarifas telefônicas (quarto caso) se prestam a garantir a equação financeira do contrato. Ilustra-se abaixo:



Fonte: Elaborada pela própria autora (2019)

⁴⁴⁷ O relator cita AgRg nos EDcl no REsp n. 1361620/MG, de relatoria do Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 15.04.2013.

⁴⁴⁸ Ibid.

⁴⁴⁹ Ibid.

⁴⁵⁰ Ibid.

Ilustra-se, em resumo, os casos acima narrados:

Número do processo	Fundamento do pedido	Deferimento	Principal argumento do Tribunal
1. Apelação Cível n. 2012.002991-1	Cancelamento do cadastro de imóveis e/ou alteração dos valores da tarifa, da concessão de isenções a diversos beneficiários e também em relação àqueles imóveis de propriedade do Município ou locados em nome dele	Parcial	Autorizou a cobrança da tarifa da coleta de lixo e também da Limpeza Urbana Suplementar, em relação aos imóveis beneficiários de isenções, por expressa previsão contratual. Outrossim, o Município deve também efetuar o pagamento do serviço em relação aos imóveis por si titularizados ou locados em seu nome, pois o contrário não foi previsto no contrato. Contudo, pro fim, não é devida a cobrança quanto aos cadastros cancelados pelo Município, por não haver custo de operação quanto a estes imóveis, pois neles não é prestado o serviço correspondente, não cabendo, nesse caso, restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro
2. Agravo de Instrumento n. 2013.042167-5	Concessão de gratuidade no transporte coletivo intramunicipal às pessoas acima de 60 anos de idade, em cumprimento à Lei Municipal n. 3.099/90	Não	Foi deferido o pedido da autora, sendo que o Município apelou, alegando que a Lei só passaria a ser aplicável aos novos contratos de concessão do transporte coletivo urbano. Contudo, Tribunal entendeu que a lei se aplica de maneira imediata. Apesar disso, entendeu que o descumprimento poderia ser tolerado caso comprovada a suposta ocorrência do desequilíbrio nos contratos atuais, mas trata-se de evento futuro, de incerta ocorrência, sendo indeferido

3. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.053551-7	Cobrança de tarifa sazonal que teria aumentado desproporcionalmente a tarifa da água durante os meses de veraneio, postulando a ilegalidade da Resolução que determina a cobrança. Alegou ainda violação ao princípio da igualdade	Sim	Desproporcionalidade do valor do aumento da tarifa em determinado período do verão, justificando que a modicidade do valor das tarifas integra o conceito de serviço adequado
4. Apelação Cível n. 2012.070630-5	Repasse indevido aos consumidores do PIS e da COFINS nas faturas telefônicas, sendo contribuições sociais que não podem ser repassadas, violando o equilíbrio econômico-financeiro e os princípios da legalidade, igualdade e da capacidade contributiva	Não	O repasse é legítimo, pois visa assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão

Fonte: Elaborada pela própria autora (2019)

Assim, apesar da doutrina defender que a concessão de isenções, benefícios e afins seriam hipóteses aptas a fundamentar o reequilíbrio do contrato, há caso em que o Tribunal entendeu que não foi caracterizado, não concedendo os pedidos.

4.2.3 Casos com fundamento na ocorrência de fato imprevisível

O fato imprevisível, como já visto no capítulo anterior, é acontecimento que a parte não tinha condições de prever, de modo a ensejar a aplicação da teoria da imprevisão. Ocorre que, se poderia ter sido previsto, o fato deveria ter sido considerado nos cálculos do particular para a formulação da proposta, de maneira que não seria cabível como fundamento para a quebra da equação econômico-financeira após isso.

Ademais, para a aplicação da teoria da imprevisão e consequente revisão do contrato, não basta que o fato seja imprevisível, deve ser estranho à vontade das partes, inevitável e, por fim, gerar desequilíbrio muito grande no contrato.

Assim, cumpridos tais requisitos, o fato rompe com o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado, de maneira que merece o prejudicado sua recomposição, sendo apto o pedido de reequilíbrio contratual.

Como visto no capítulo acima, a doutrina entende que as perdas inflacionárias da moeda tratam-se de hipóteses caracterizadoras de fato da Administração. Assim, havendo quebra da equação inicialmente prevista, deve a contratada ser ressarcida da diferença.

Tendo em vista a delimitação de tempo dessa pesquisa, foram encontrados dois acórdãos que o particular contratado usou como fundamento o fato imprevisível para requerer o reequilíbrio do contrato firmado, haja vista o desequilíbrio econômico-financeiro da avença.

O primeiro caso trata de ação ajuizada pela empresa contratada em face do Município de Joinville a respeito de contrato de permissão firmado entre as partes para a execução do serviço público do Sistema de Estacionamento Rotativo das vias públicas da cidade, alegando a quebra do equilíbrio econômico-financeiro em razão de dois motivos: das diversas alterações unilaterais produzidas pelo Ente Público, e pela falta de repasse das perdas inflacionárias da moeda.⁴⁵¹

O acórdão não foi claro quanto aos fundamentos da defesa do Município.

A contratada, em Apelação, buscou a reforma da sentença para que o Município fosse condenado a pagar o lucro não realizado em razão do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁴⁵² Nesse ponto, a magistrada de primeiro grau não acolheu o pedido em razão da perda superveniente do objeto, pois, como já dito acima, o contrato foi rescindido antes do termo previsto.⁴⁵³ Cabe mencionar que o valor desse “lucro não realizado”, foi mensurado por perícia realizada. O perito constatou que: “no ano de 1999 alterou-se o ponto de equilíbrio, assim a empresa trabalhou num nível inferior”. Nesse sentido, a magistrada se baseou na perícia para determinar os valores e o período.⁴⁵⁴ Nesse ponto, o relator entendeu que deveria a sentença ser mantida.⁴⁵⁵

Quanto ao recurso do Ente Municipal, este alegou que a razão do desequilíbrio do contrato resultou de ineficiência administrativa da contratada, e não das modificações contratuais realizadas.⁴⁵⁶ Contudo, o relator também não concordou com o Ente. Acontece que o perito confirmou o desequilíbrio exatamente em razão de alterações realizadas pelo Ente no contrato.⁴⁵⁷ A imposição do Município em existir tolerância de 15 minutos, por

⁴⁵¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0001434-67.2000.8.24.0038. Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho. Florianópolis, 02 de agosto de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2019.

⁴⁵² Ibid.

⁴⁵³ Ibid.

⁴⁵⁴ Ibid.

⁴⁵⁵ Ibid.

⁴⁵⁶ Ibid.

⁴⁵⁷ Ibid.

exemplo, causou a queda na venda de cartões, de modo que a empresa contratada deixou de arrecadar, nascendo o desequilíbrio econômico-financeiro.⁴⁵⁸ Assim, negado provimento aos recursos.⁴⁵⁹

O segundo caso trata de ação revisional de contrato de concessão movida pela empresa contratada em face do Município de Florianópolis, em que a concessionária alega que a tarifa de utilização não é reajustada por muitos anos, sendo que o contrato prevê cláusula de reajuste anual, haja vista os índices inflacionários acumulados.⁴⁶⁰ Ademais, já haveria prova pericial nos autos de que o valor deve ser reajustado. Pugna pelo reequilíbrio contratual com o manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.⁴⁶¹

A tese em contestação da Municipalidade foi de que o valor usado no edital em questão satisfaz qualquer prejuízo que a empresa contratada estivesse passando.⁴⁶²

O magistrado *a quo*, em sentença, entendeu que não é só porque o reajuste não foi concedido que há desequilíbrio econômico e financeiro no contrato, sendo necessário apurar os dados e comparar o que efetivamente foi realizado e gasto. Assim, a sentença de improcedência se deu por falta de elementos suficientes nos autos comprovando a situação alegada.⁴⁶³

Entretanto, o relator entendeu de maneira diversa. Para ele, o reajuste de valores dos contratos administrativos busca preservar o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente firmado.⁴⁶⁴ Assim, independentemente de haver ou não prova nos autos para saber se houve ou não a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve ser aplicada a cláusula contratual que prescreve o reajuste anual firmado entre as partes.⁴⁶⁵ Dessa forma, ao recurso foi dado parcial provimento, condenando o Ente Público a pagar os valores devidos do reajuste.⁴⁶⁶

Apenas dois pedidos tiveram como fundamento fatos imprevisíveis que geraram a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Importante notar que os dois pedidos

⁴⁵⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0001434-67.2000.8.24.0038. Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho. Florianópolis, 02 de agosto de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2019..

⁴⁵⁹ Ibid.

⁴⁶⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação n. 0009436-90.2008.8.24.0023. Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 20 de setembro de 2016. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2019.

⁴⁶¹ Ibid.

⁴⁶² Ibid.

⁴⁶³ Ibid.

⁴⁶⁴ Ibid.

⁴⁶⁵ Ibid.

⁴⁶⁶ Ibid.

foram concedidos. Inclusive, os dois casos têm como fundamento o mesmo fato imprevisível: a perda inflacionária, gerando o direito ao reajuste previsto no contrato. Apesar disso, os fundamentos do Tribunal foram diferentes, como será melhor analisado em tópico adiante. Desnecessário o gráfico ilustrativo dos casos com fundamento em fatos imprevisíveis, tendo em vista a concessão unânime de todos ao reequilíbrio.

Ilustra-se, em resumo, os casos acima narrados:

Número do processo	Fundamento do pedido	Deferimento	Principal argumento do Tribunal
1. Apelação Cível n. 0001434-67.2000.8.24.0038	Alterações unilateralmente produzidas pelo Município e falta de repasse das perdas inflacionárias da moeda ao preço da tarifa	Parcial	Perícia realizada a qual resultou que a empresa operou de forma deficitária em certos meses, abaixo do ponto de equilíbrio. O Município não poderia ter modificado cláusula financeira de maneira unilateral
2. Apelação n. 0009436-90.2008.8.24.0023	Falta de reajuste	Sim	A falta de reajuste gera desequilíbrio, já que sua ausência cria perdas para a concessionária na mesma proporção da perda do valor aquisitivo da moeda

Fonte: Elaborada pela própria autora (2019)

Assim, no sentido da doutrina, de que as perdas inflacionárias da moeda tratam-se de hipótese apta a fundamentar o reequilíbrio do contrato, o Tribunal entendeu caracterizado como fato imprevisível, concedendo os pedidos.

4.2.4 Casos com fundamento na ocorrência de fato previsível, mas de consequências incalculáveis

O art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93, o qual prevê a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, como já debatido em todo segundo capítulo desse trabalho, traz também como um dos fundamentos para o pedido de reequilíbrio em razão da quebra da equação financeira, os fatos previsíveis, mas de consequências incalculáveis.

Assim, a parte inicial do referente dispositivo prescreve a aplicação da teoria da imprevisão, estendida também aos eventos que são previsíveis, porém que geram consequências que eram incalculáveis.⁴⁶⁷

Com lembra Justen Filho, o grande exemplo é a desvalorização monetária produzida pela inflação.⁴⁶⁸ Ainda que a inflação seja fato previsível, será aplicada a teoria da imprevisão quando os índices da inflação não puderem ser antevistos e essa variação ultrapassar os limites do que geralmente ocorre, do que seria, portanto, esperado.

Como visto no capítulo acima, a doutrina entende que o reajuste salarial devido às categorias contratados, firmados por convenções coletivas tratam-se de fato previsível, mas de consequências incalculáveis. Assim, havendo a quebra da equação inicialmente prevista, deve a contratada ser ressarcida da diferença.

Tendo em vista a delimitação de tempo dessa pesquisa, foram encontrados três acórdãos que o particular contratado usou como fundamento o fato previsível, mas de consequências incalculáveis para requerer o reequilíbrio do contrato firmado, haja vista o desequilíbrio econômico-financeiro da avença.

O primeiro caso trata de ação ajuizada pela empresa contratada com a qual celebrou diversos contratos administrativos para a prestação de serviços terceirizados nas áreas de telefonia, limpeza, segurança, entre outros, requerendo os reajustes salariais de cada categoria contratada firmadas por convenções coletivas.⁴⁶⁹ Assim, a empresa contratada requereu o direito à indenização pecuniária, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em contestação, a instituição financeira alegou que a contratada tinha ciência de que a repactuação dos valores ocorreria com periodicidade anual, a contar da data de cada pactuação, sendo que o reajuste salarial de cada categoria ocorria sempre em fevereiro de cada ano, não sendo violação ao art. 65, §6º da Lei nº 8.666/93.⁴⁷⁰

Em sentença, o magistrado julgou improcedentes os pedidos da empresa contratada, por entender não preenchidos os pressupostos do art. 65, §6º, inciso II, alínea "d" da Lei nº 8.666/93 para o reajuste requerido, tendo como fundamento entendimento do STJ de que “a

⁴⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 393.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 394.

⁴⁶⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0003029-13.2006.8.24.0064. Relator: Des. Paulo Ricardo Bruschi. Florianópolis, 29 de novembro de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

elevação de encargos trabalhistas oriundos de acordo ou convenção coletiva de trabalho não é fator imprevisível/incalculável que determine o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo”.⁴⁷¹

O relator entendeu, contudo, que a empresa detinha dessas informações a respeito da repactuação já quando da licitação, pois anexo no instrumento convocatório do certame a minuta do contrato. Ademais, a instituição financeira teria realizado aditamentos de todos os contratos, assim, havendo vários momentos para dispor sobre o assunto, não sendo mais agora cabível falar em desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁴⁷² Dessa forma, permaneceu inalterada a sentença de improcedência.⁴⁷³

O segundo caso trata de Mandado de Segurança impetrado pela empresa contratada em face de ato do Município de Xanxerê, requerendo fosse determinada a repactuação financeira do contrato administrativo firmado, tendo em vista o aumento salarial da categoria dos trabalhadores.⁴⁷⁴

O acórdão não expôs a fundamentação de defesa do Município. Apesar disso, o magistrado *a quo* julgou improcedentes os pedidos, pois entende que o reajuste salarial advindo da convenção coletiva de trabalho é fato previsível, até porque firmado todo ano, não sendo fundamento para a renegociação dos valores firmados no contrato.⁴⁷⁵ Entendeu que esse custo deveria ter sido mensurado pela empresa contratada quando da apresentação da proposta, haja vista que o edital não prevê a possibilidade de repactuação.⁴⁷⁶

O relator, por sua vez, compactua desse entendimento, compreendendo não ter ocorrido a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Isso, pois o aumento salarial advindo de convenção coletiva de trabalho não configura fato imprevisível.⁴⁷⁷ Assim, negou provimento ao recurso.⁴⁷⁸

O terceiro caso trata de ação de cobrança movida pela empresa contratada em face do Município de Balneário Camboriú requerendo o reequilíbrio do contrato em razão da elevação

⁴⁷¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0003029-13.2006.8.24.0064. Relator: Des. Paulo Ricardo Bruschi. Florianópolis, 29 de novembro de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

⁴⁷² Ibid.

⁴⁷³ Ibid.

⁴⁷⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0302565-76.2017.8.24.0080. Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 11 de setembro de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

⁴⁷⁵ Ibid.

⁴⁷⁶ Ibid.

⁴⁷⁷ Ibid.

⁴⁷⁸ Ibid.

da quantidade de lixo gerado pela população na temporada, dos valores das tarifas de combustíveis e da elevação da remuneração dos funcionários, requerendo a recomposição dos preços. Ademais, requereu também o reajuste do contrato entre 2001 e 2006.⁴⁷⁹

O acórdão não expôs os fundamentos utilizados pelo Município em sua defesa. Contudo, ambas partes apelaram. A empresa contratada requereu juros de mora a contar do pagamento que deveria ter sido feito e não da citação, alegando que a apuração dos valores independe de liquidação de sentença e, por fim, que os honorários do advogado foram ínfimos.⁴⁸⁰ O Município alegou cerceamento de defesa, haja vista a não realização de audiência de instrução para oitiva do perito, e, por fim, que a empresa não comprovou fato que motivasse o pagamento do equilíbrio econômico-financeiro.⁴⁸¹

Sobre o tema, o relator traz também explicação de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Há uma necessária relação entre os encargos fixados no ato concessivo e o lucro então ensejado ao concessionário. Uns e outro, segundo os termos compostos na época, como pesos distribuídos entre dois pratos da balança, fixam uma igualdade de equilíbrio. É esse equilíbrio que o Estado não só não pode romper unilateralmente mas deve, ainda, procurar preservar.⁴⁸²

Assim, o relator entendeu que quando as partes estão cumprindo os termos firmados no contrato, presume-se que está mantido o equilíbrio financeiro firmado, tendo em vista a previsão do preço quando da elaboração do instrumento da contratação.⁴⁸³

Dessa forma, diante da prova técnica, o relator empreendeu que não há como tirar outra conclusão se não a quebra da equação econômico-financeira neste período, devendo ser restituído o valor à empresa contratada.⁴⁸⁴ Assim, o relator negou provimento ao recurso do Município e deu parcial provimento ao recurso da empresa contratada.⁴⁸⁵

Tendo como fundamento fato previsível, mas de consequências incalculáveis foram encontrados três casos dentro da delimitação temporal utilizada. Desses três casos, no primeiro e no segundo não foi concedido o pedido de reequilíbrio, sendo que apenas no terceiro foi concedido.

⁴⁷⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2010.056816-3. Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luiz. Florianópolis, 20 de novembro de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

⁴⁸⁰ Ibid.

⁴⁸¹ Ibid.

⁴⁸² Ibid.

⁴⁸³ Ibid.

⁴⁸⁴ Ibid.

⁴⁸⁵ Ibid.

Assim, apesar de ser um número pequeno, nota-se que a maioria dos pedidos com fundamento em fato previsível, mas de consequências incalculáveis não é concedido, conforme ilustra-se a seguir:



Fonte: Elaborada pela própria autora (2019)

Ilustra-se, em resumo, os casos acima narrados:

Número do processo	Fundamento do pedido	Deferimento	Principal argumento do Tribunal
1. Apelação Cível n. 0003029-13.2006.8.24.0064	Aumento dos encargos trabalhistas determinado por dissídio coletivo de categoria profissional	Não	Considerou ser fato previsível, pelo entendimento assentado pelo STJ
2. Apelação Cível n. 0302565-76.2017.8.24.0080	Repactuação financeira do contrato, em razão do aumento salarial da categoria dos trabalhadores	Não	Considerou ser fato previsível, devendo ser suportado pela contratada, pois o edital não prevê a possibilidade de repactuação

3. Apelação Cível n. 2010.056816-3	Elevação da quantidade de lixo gerado pela população de alta temporada, dos valores das tarifas de combustíveis e da remuneração dos funcionários	Sim	Prova pericial atestando que o lucro pretendido e contratado pelas partes não foi atingido
------------------------------------	---	-----	--

Fonte: Elaborada pela própria autora (2019)

Assim, apesar da doutrina defender que o reajuste salarial devido às categorias contratadas, firmados por convenções coletivas é hipótese apta a fundamentar o reequilíbrio do contrato, o Tribunal entendeu que não é caracterizado como fato previsível, mas de consequências incalculáveis, entende como fato previsível, não concedendo os pedidos.

4.2.5 Análise dos principais argumentos usados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina para a concessão ou não do pedido de reequilíbrio

Diante da eventual existência de parâmetros implícitos, um tanto quanto já definidos, sobre os casos em que o particular faria jus ou não ao direito do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, optou-se pela inicial apresentação dos casos, com as hipóteses legais de quebra da equação financeira descritas nos acórdãos e consequente análise da argumentação dos julgadores nos acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Destaca-se novamente que essa verificação foi realizada diretamente pelos acórdãos disponibilizados pela ferramenta de pesquisa jurisprudencial. Isto significa, portanto, que não houve contato com o pedido inicial de reequilíbrio em si, somente da descrição no relatório presente no acórdão.

Nesse sentido, passa-se ao segundo critério de análise: se o pedido de reequilíbrio foi deferido ou não pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina e sob quais argumentos.

Primeiramente, cabível destacar algumas considerações iniciais a partir do levantamento jurisprudencial analisado. Dos dezenove analisados, a grande maioria possui fundamentos dos pedidos e, portanto, fundamentos das decisões de maneira diversa. Ou seja, poucas são as decisões em que poderá ser feita uma análise minuciosa e se, no mesmo caso, há decisões contrapostas do Tribunal. Ocorre que são diversos os motivos que ensejam a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e, além disso, cada caso possui suas

peculiaridades. Algumas vezes o pedido é fundamentado em dois motivos, e o juiz de primeiro grau reconheceu o desequilíbrio em relação a um e não a relação a outro pedido, restando em julgamento de parcial procedência. Ou também algumas vezes os casos não foram exatamente pedidos de reequilíbrio, mas a questão intrínseca do julgado acaba por decidir se o fato gerou ou não o desequilíbrio no contrato em questão.

Assim, apesar de tais variáveis apresentadas, há argumentos que são mais usados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina para conceder ou não a reequilíbrio do contrato, reconhecendo ou não a quebra do equilíbrio econômico-financeiro, os quais serão a seguir analisados.

4.2.5.1 Argumento mais utilizado: não há provas suficientes para comprovar o desequilíbrio

O argumento mais utilizado pelo Tribunal para decidir tanto pela não concessão do reequilíbrio do contrato administrativo, quanto para decidir pela conversão do feito em diligência, com o intuito de colher tais provas e, após, julgar, foi o de que o processo não continha provas suficientes que comprovassem o desequilíbrio da equação financeira alegado. Destaca-se que o mesmo critério foi utilizado para decisões totalmente diversas: primeiramente, não há provas, então não pode conceder. De outro lado, não há provas, então elas devem ser produzidas.

Assim, quando o Tribunal não queria conceder o reequilíbrio, optava pela não concessão com o fundamento de que a empresa contratada não trouxe provas suficientes para que fosse calculado o desequilíbrio (como a não concessão do reequilíbrio na Apelação n. 0009436-90.2008.8.24.0023), ou então que não existiam provas suficientes no processo para saber se efetivamente ocorreu a quebra do equilíbrio ou não. Isto é, não haveria provas de que ocorreu de fato situação excepcional, como no caso da Apelação Cível n. 0005685-85.2014.8.24.0023, jogando a culpa do fato para a contratada, que seria quem, em tese, primeiramente deu causa ao evento.

Por outro lado, quando o Tribunal queria conceder a reequilíbrio, mas não existiam provas suficientes para fundamentar tal decisão no processo, convertia o feito em diligência, demandando que o juízo de primeiro grau colhe-se tais provas. Foi o que ocorreu nos casos da Apelação Cível n. 0300236-51.2017.8.24.0061 e da Apelação Cível n. 2013.030216-2.

Nota-se que o Tribunal não tem decidido com base nas provas e alegações do processo. Em verdade, o que aparenta é que a decisão já se encontra pré-formada, quando

então procura fundamentos que venham corroborar com tal tese aventada. Ocorre que, o juiz deveria decidir conforme a previsão legal dispõe sobre o caso, e não formar sua decisão para buscar fundamentação para tanto.

Assim, a princípio parece haver um prejulgamento e, portanto, certa parcialidade dos juízes. A imparcialidade do juiz é princípio fundamental em um processo judicial, devendo ser preservada para manter a igualdade dos litigantes. Contudo, na maioria das vezes, não significa que os magistrados têm seu julgamento pronto e acabado para decidir. A verdade é que o Tribunal tem decidido de maneira aleatória. Em alguns casos decide pelo improvimento dos pedidos, pois não tem provas. Em outros, decide pela conversão em diligência para que essas provas sejam apuradas. Ora, apesar de cada caso ter suas peculiaridades, a decisão é diferente para casos extremamente semelhantes.

Há de se ressaltar, contudo, que não são todas decisões que apresentam essa dissonância na solução. Por exemplo, a situação do caso Embargos de Declaração n. 0005685-85.2014.8.24.0023/50000 (não incluída na análise por versar sobre o mesmo problema da Apelação, mas que faz parte do banco de dados), e a situação do caso Apelação Cível n. 0005685-85.2014.8.24.0023 são decisões a respeito do mesmo processo, que versa sobre atraso nas obras por alegada culpa da Administração, e a decisão dos magistrados também ocorreu de maneira idêntica, entendendo que não houve prova da situação excepcional alegada, de maneira que o atraso deve ser considerado como culpa da contratada, não sendo concedido o reequilíbrio. Ao menos dentro do mesmo processo há decisões no mesmo sentido.

Ocorre que o entendimento de tal matéria já é consolidado nos Tribunais Superiores, o que leva ao Tribunal de Justiça a seguir esse entendimento. O ponto é que vão ser encontradas decisões uníssonas e semelhantes para os casos semelhantes, sendo essa a utopia buscada no Direito como um todo, mas essas decisões não são a regra no Tribunal, como se busca demonstrar neste trabalho.

Assim, o argumento mais utilizado dentre os dezenove julgados analisados é que o processo não possuía provas suficientes que comprovassem o desequilíbrio econômico-financeiro alegado pela empresa contratada, encontrando-se em seis desses casos analisados.

4.2.5.2 Tribunal considerou que era fato previsível: mas qual o fundamento?

Outro argumento mais utilizado pelo Tribunal para não conceder o pedido de reequilíbrio do contrato administrativo pela quebra do equilíbrio econômico-financeiro é de que o fato alegado pela empresa contratada como gerador do desequilíbrio é, em verdade, fato previsível, e, portanto, deveria ter sido previsto por ela e incluído quando da apresentação da proposta, ainda no certame licitatório.

Dentro desse argumento foram encontrados três dos casos analisados. O primeiro e o segundo caso são idênticos, ambos são pedidos de reequilíbrio com fundamento de que houve aumento dos encargos trabalhistas determinado por dissídio coletivo de categoria profissional. Ocorre que tanto o STJ quanto o TCU entendiam que esse aumento dos encargos é fato previsível.⁴⁸⁶ Contudo, tendo em vista esse entendimento, por meio do Decreto Federal nº 2.271/97 foi criada a modalidade da repactuação, se aplicando à prestação de serviços executados de forma contínua, desde que previstos no edital, nos termos do art. 5º deste Decreto.⁴⁸⁷

A repactuação, como já visto no segundo capítulo deste trabalho, busca adequar aos novos preços de mercado, devendo ser observados o tempo mínimo de um ano e a demonstração analítica de variação dos custos do contrato.

A verdade é que os casos de aumento dos encargos trabalhistas determinado por dissídio coletivo de categoria profissional geram a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, devendo ser reequilibrado com o instrumento da repactuação, modalidade especialmente prevista para tanto.

Nos casos, apesar de apresentar decisão uníssona, o Tribunal não decidiu conforme entendimento doutrinário.

No último caso, a empresa contratada alega que durante a execução do contrato, notou um aumento substancial e imprevisível dos valores de alguns materiais, os quais geraram o desequilíbrio da equação financeira. O Tribunal, por sua vez, entendeu se tratar de álea ordinária, além de falar que não houve provas suficientes da contratada para se tratar de um aumento expressivo e imprevisível. Ocorre que a perícia requisitada foi negada, de modo que um dos fundamentos da Apelação é o cerceamento de defesa. Como que o Tribunal vai julgar um caso por falta de provas se negou o pedido de produção de provas feito pela parte autora? A autora era quem deveria provar o desequilíbrio, mas no momento de realizar essa prova isso

⁴⁸⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1045-1046.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 1047.

lhe foi negado. Se o magistrado considera suficientes as provas do processo, ele poderá e deverá julgar de maneira antecipada. Entretanto, como ele vai julgar de maneira antecipada, improcedentes os pedidos, fundamentando que a autora não comprovou suas alegações? A princípio, realmente, o aumento de preços de materiais é fato previsível e que deve ser esperado pela contratada já quando da apresentação da sua proposta no procedimento licitatório. Contudo, se o aumento desses preços for de maneira exponencial, aumentar de forma excepcional, gerando ao contratado a diminuição do lucro previsto e interferindo na execução do objeto do contrato, o fato se torna de consequências incalculáveis, devendo o contrato ser revisado para que seja restaurado o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente firmado.

No primeiro e no segundo casos, o Tribunal decidiu com base em entendimento já consolidado pelo STJ, apesar de haver discussão doutrinária em ser fato previsível ou não. No terceiro caso o Tribunal entendeu também se tratar de fato previsível, sem, portanto, haver provas que demonstrassem isso.

Nesses três casos o Tribunal sequer buscou analisar dados, planilhas analíticas, ou propriamente uma perícia judicial, maneira técnica de atestar se de fato houve quebra do equilíbrio econômico-financeiro ou não. O Tribunal cai novamente no que foi dito no tópico anterior: decisões aleatórias. Se não tem fundamentação, só se pode concluir que a decisão é aleatória. E o Tribunal de Justiça tem decidido, com base no limite temporal delineado, fazendo uma análise casuística. Não tem padrão, não tem parâmetro para o julgamento. Julgar é também fundamentar, e não somente decidir.

4.2.5.3 “Direito precluiu”: o entendimento de que a contratada deveria ter alegado desequilíbrio quando firmados os termos aditivos

Diverso fundamento apresentado pelo Tribunal foi que a contratada já teve a chance de alegar a quebra do equilíbrio econômico-financeiro ao firmar termos aditivos, de modo que agora não haveria o que reclamar.

Esse fundamento é apresentado nos julgados Apelação Cível n. 0001361-19.2013.8.24.0013 e Apelação n. 0036989-19.2007.8.24.0033 da pesquisa jurisprudencial analisada, com casos e decisões bem diferentes.

No primeiro caso, o Tribunal entendeu que desde a alegada quebra da equação financeira, a contratada e a Administração firmaram diversas alterações contratuais, de

maneira que a contratada deveria ter alegado a quebra quando dessas alterações. Para o Tribunal o resultado não foi culpa apenas da Administração, mas também da contratada, que deixou de alegar seu direito quando do momento.

Contudo, destaca-se: não há preclusão de direito algum. A contratada pode alegar e requisitar seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro quando entender. Marçal Justen Filho destaca que à Administração não cabe alegar que em situações semelhantes a contratada deixou de pedir pelo reequilíbrio, ou que a contratada deveria ter alegado na suposta situação. Não há dispositivo algum que fala de “direito que tenha precluído” da contratada. Se ela sentiu o prejuízo apenas tempo depois, a quebra ocorreu, ainda assim, e deve ser reequilibrada.

O segundo caso trata de pedidos com dois fundamentos: o de reequilíbrio propriamente dito, tendo em vista a paralisação da obra por 120 dias por culpa da Administração que gerou prejuízos, e o pedido de despesas extraordinárias em razão dessa paralisação. O Tribunal não concedeu o reequilíbrio referente às despesas extraordinárias, justificando que as partes já firmaram aditivos sobre tal fato. Ocorre que dá análise do acórdão não é possível verificar se os aditivos foram firmados com esse intuito, ou se tiveram intuito diverso, sequer dispendo sobre a quebra ocorrida.

Nota-se novamente a análise casuística do Tribunal. Em alguns casos em que ocorreu a formalização de termos aditivos, o Tribunal converteu o feito em diligência para que a contratada pudesse juntar aos autos esses documentos e, com base em fatos, pudesse julgar. Já em outros, como nesse segundo caso que acabou de ser descrito, o Tribunal subentendeu que já foi realizado acordo sobre o desequilíbrio e, se não realizado, a contratada perdeu ali o direito de reclamar.

Dessa forma, percebe-se novamente que o Tribunal não usa de parâmetros fixos para decidir. Em alguns casos decide com base nos aditivos, em outras subentende algo que não foi revisado. Ou seja, novamente o Tribunal tem tomado decisões casuísticas.

4.2.5.4 As poucas decisões com fundamento acertado: a perícia técnica

Primeiramente importante destacar: as únicas decisões, dentre as dezenove analisadas nesse trabalho, que decorreram de análise de perícia técnica realizada foram duas. Apenas duas decisões se basearam em perícia técnica para julgar se houve ou não a quebra do equilíbrio econômico-financeiro.

Nesses dois julgados, não há o que criticar o Tribunal. As decisões seguiram o padrão lógico previsto para a devida apuração do alegado prejuízo: a análise da situação inicial do contrato contraposta com a análise quando do pedido de reequilíbrio, por meio de profissional técnico habilitado para tanto.

O primeiro caso foi Apelação Cível n. 0001361-19.2013.8.24.0013, e a quebra se deu por alteração unilateral pela Administração de cláusula financeira. Ocorre que, apesar da prerrogativa da alteração unilateral conferida à Administração, esta possui limitações, dentre elas a de que não é possível a alteração de cláusula financeira de maneira unilateral, apenas consensual.

Ademais, foi constatada também a falta de repasse das perdas inflacionárias à contratada. Assim, tanto fato da Administração quanto o fato do Príncipe geraram quebra da equação financeiro, sendo cabível a compensação financeira e, portanto, justa remuneração ao particular contratado.

Nesses casos, o Tribunal não decidiu de maneira aleatória, tendo a perícia como parâmetro e, portanto, fundamento hábil a conceder o reequilíbrio do contrato administrativo requerida pelo interessado prejudicado.

Entende-se que, em verdade, a perícia deveria ser o parâmetro para que os magistrados saibam se ocorreu a quebra do equilíbrio econômico-financeiro ou não. Esse deveria ser o parâmetro encontrado nas decisões. Em vez disso, o Tribunal tem decidido de maneira aleatória, sem parâmetro algum, usando um fundamento diferente do outro, de maneira geral, para decidir a temática aqui envolvida.

4.2.6 Quantidade de casos em que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina concedeu o reequilíbrio e quantidade de casos que não concedeu

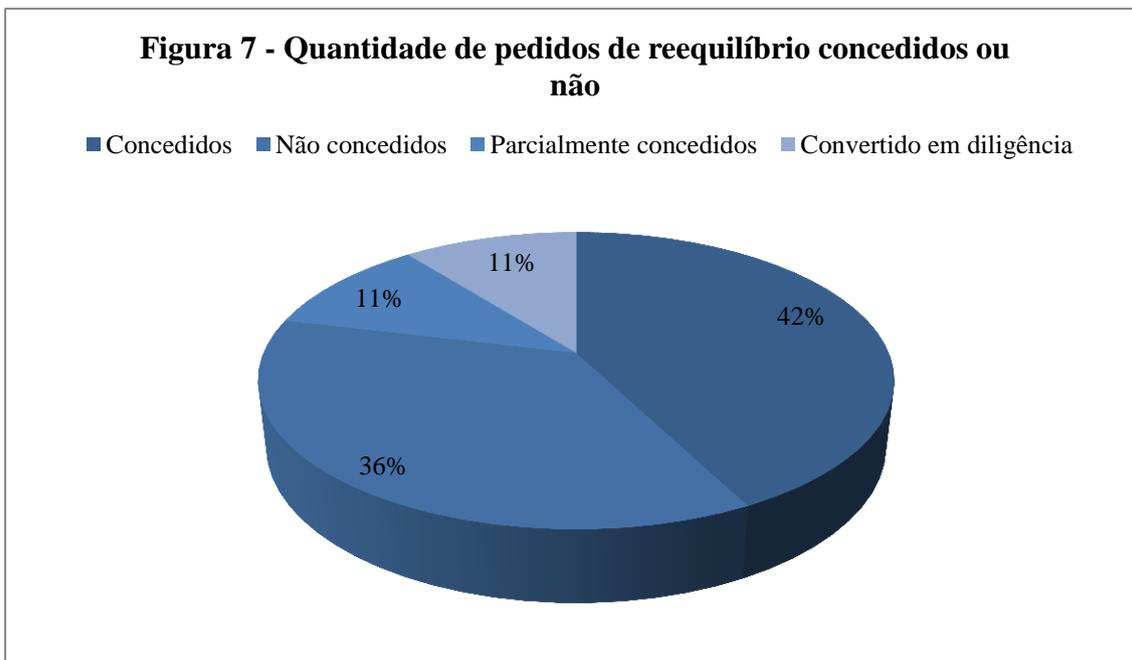
Dentro do limite temporal analisado, viável para o presente trabalho, foram encontradas quarenta e uma decisões ao total. Ocorre que apenas dezenove dessas decisões dizem respeito a pedidos de reequilíbrio do contrato administrativo com fundamento na quebra do equilíbrio econômico-financeiro, objeto do presente trabalho.

No total, são oito pedidos deferidos e sete não deferidos, sendo que dois foram deferidos parcialmente e dois foram convertidos em diligência.

Assim, foram apontados os argumentos mais utilizados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina para conceder ou não conceder os pedidos de reequilíbrio. Para conceder, o

argumento mais utilizado foi a constatação do desequilíbrio pelo laudo pericial, realizado no decorrer do processo. Já para não conceder, os argumentos foram mais variados, sendo eles: que não houve prova suficiente dos prejuízos, que o fato era previsível, e que a contratada deveria ter alegado quando firmado os termos aditivos.

Para ilustrar essas conclusões, segue o gráfico:



Fonte: Elaborada pela própria autora (2019)

Assim, constata-se que há uma pequena tendência em o Tribunal de Justiça de Santa Catarina conceder os pedidos de reequilíbrio feitos pelos particulares.

5 CONCLUSÃO

A temática do presente trabalho buscou descobrir se o Tribunal de Justiça de Santa Catarina segue algum padrão ou parâmetro no que toca à definição das hipóteses em que os contratados privados fazem jus à concessão do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos.

A hipótese básica que serviu como orientação na pesquisa foi de que a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina revelaria a existência de parâmetros implícitos, mais ou menos definidos, sobre os casos em que o particular faria jus ou não ao direito do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

A respeito das hipóteses causadoras da quebra da equação financeira, foram encontrados pedidos nos mais variados fundamentos, tanto fato da Administração, quanto fato do príncipe, fatos imprevisíveis e fatos previsíveis, mas de consequências incalculáveis, além de outras ações que não versaram exatamente de pedido de reequilíbrio, mas a respeito de discussão do equilíbrio econômico-financeiro pactuado. Dessa diversidade de hipóteses gerada pela abertura conceitual da Lei nº 8.666/93 e da Constituição Federal, o fato da Administração foi o que mais deu razão aos pedidos de reequilíbrio judicializados.

No decorrer da apresentação deste trabalho, esta hipótese principal foi afirmada, haja vista que o Tribunal usa-se do mesmo argumento para decidir diversos casos diferentes, da mesma maneira que casos semelhantes são julgados de maneira diversa.

Ademais, verificou-se que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme foi a previsão da hipótese secundária, não possui padrão ou parâmetro no que toca as hipóteses autorizadas de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, sendo sua concessão judicial fruto de análise casuística.

Em que pese as peculiaridades de cada caso, o argumento de “falta de provas” foi usado tanto para não deferir o pedido de reequilíbrio quanto para converter o feito em diligência. Ademais, o argumento de que “a situação era fato previsível” foi utilizada conforme entendimento do STJ, apesar de compactuar com a ideia de que fosse fato previsível, e o argumento de que “a contratada deveria ter alegado quando firmado o termo aditivo” foi utilizada em alguns casos, sendo que em casos semelhantes o pleito foi concedido. Por fim, houve apenas duas decisões, dentro dos dezenove casos analisados, que utilizou a perícia técnica como fundamento para decidir, concedendo o reequilíbrio contratual.

Assim, a partir dos dados extraídos pelo estudo, foi possível apontar que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1) não recebeu pedidos de reequilíbrio em nome da Administração Pública; (2) apresenta como caso mais recorrente de insurgência dos particulares em face dos contratos administrativos os fatos da Administração; (3) o critério que mais apareceu para deferir o pedido é a perícia técnica e para não deferir é a falta de provas das alegações; (4) oito foram o número de casos em que o Tribunal deferiu e sete o número em que o Tribunal não deferiu o pedido de reequilíbrio; (5) apresenta, em número significativo de julgados, análise casuística, não seguindo padrão ou parâmetro sobre as hipóteses autorizadas do reequilíbrio econômico-financeiro.

Apesar de tais conclusões, de certa maneira é possível dizer que a falta de um padrão nas decisões poderia se dar em razão do conjunto de provas apresentado em cada julgado pelo particular para a comprovação da quebra da equação financeira. Contudo, ainda que o acesso tenha se dado apenas pelo relatório dos acórdãos, é possível chegar à conclusão da ausência de padrão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tendo em vista a comparação de situações semelhantes e resultados diversos apresentados pelo Tribunal.

Em face do exposto, entende-se que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não tem parâmetro para tomar suas decisões. A insegurança jurídica nos órgãos julgadores tem prejudicado principalmente os particulares que, diferente da Administração, não possuem prerrogativas a seu favor, ficando a mercê da prova da quebra do equilíbrio econômico-financeiro que muitas vezes ainda que comprovada, não é reconhecida.

Assim, descreve-se fala da Ministra Carmen Lúcia: “Quando a imagem de juízes em desarmonia é exposta, é compreensível a consternação que toma conta da República. Juiz que toma partido, juiz já não é. Se algum dia foi.”⁴⁸⁸

Ocorre que a decisão tomada em um processo não tem sentido sobre outro mesmo semelhante. Contudo, isso não significa dizer que a solução aplicada aos dois não devam ser coerentes.

⁴⁸⁸ Conforme publicou a O Globo, a Ministra Carmén Lúcia se pronunciou sobre a crise gerada por decisões conflitantes no habeas corpus do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, escrevendo um artigo em que prega a isenção do Judiciário e a distância do magistrado da sua opinião política pessoal. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniaoinseguranca-juridica-22880449> Acesso em 31 de mai. de 2019.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sheldon Geraldo de. Contratos administrativos: alteração e equilíbrio econômico-financeiro. **Revista de Administração Pública e Política - L&C**, Brasília, v. 4, n. 39, p. 22-25, set. 2001.

BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. Reajuste dos contratos administrativos – Obrigatoriedade ou facultatividade? **Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba: Zênite, n. 295, p. 903-912, set. 2018.

BITTENCOURT, Lúcio apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANDÃO, Mariana da Costa Turra. O instituto do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos sob o prisma da administração. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 18, n. 205, p. 215-216., mar. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 31 mai. 2019.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 31 mai. 2019.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 31 mai. 2019.

_____. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13334.html>. Acesso em: 31 de mai. 2019.

_____. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 31 de mai. 2019.

_____. **Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm>. Acesso em 31 de mai. 2019.

_____. **Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm>. Acesso em 31 de mai. 2019.

_____. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13334.htm>. Acesso em 31 de mai. 2019.

_____. **Lei nº 11.668, de 02 de maio de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11668.htm>. Acesso em 31 de mai. 2019.

_____. **Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>. Acesso em 31 de mai. 2019.

_____. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em 31 de mai. 2019.

_____. **Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110192.htm>. Acesso em 31 de mai. 2019.

CAMMAROSANO, Márcio. Exequibilidade de proposta, equilíbrio econômico-financeiro do contrato e direito ao lucro: algumas considerações. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 9, n. 100, p. 510-517., jun. 2002.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. rev. atual e ampl. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Os contratos administrativos e seu equilíbrio econômico-financeiro. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 21, n. 243, p. 452-457., maio. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros. 2018.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

NESTER, Alexandre Wagner. A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 16, n. 179, p. 38-42., jan. 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2015.

_____. Dez medidas de combate à insegurança jurídica e ao inadimplemento da Administração Pública em contratos administrativos. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 23, n. 273, p. 1083-1089., nov. 2016.

OLIVEIRA, Raquel Metaxa Rocha de. A influência da variação cambial na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 16, n. 188, p. 924-927., out. 2009.

OLIVEIRA, Ricardo Alexandre Pinheiro de. O equilíbrio econômico-financeiro lato sensu dos contratos administrativos e as suas múltiplas espécies. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 19, n. 216, p. 125-137., fev. 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende; PASSOS, Adriana Ressurreição. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: dever de indenizar mesmo após o encerramento do ajuste administrativo. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 14, n. 165, p. 1085-1091., nov. 2007.

PRADO, Mariana Gonçalves do. Mecanismo de manutenção e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos. **Boletim de Licitações e Contratos - BLC**, São Paulo, v. 20, n. 3, p. 249., mar. 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Segurança jurídica em contratos administrativos. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 19, n. 224, p. 1010-1014., out. 2012.

RODRIGUES, Sílvio. **Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0003029-13.2006.8.24.0064. Relator: Desembargador Paulo Ricardo Bruschi. Florianópolis, 29 de novembro de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0044012-59.2011.8.24.0038. Relator: Desembargador Hélio do Valle Pereira. Florianópolis, 04 de outubro de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração n. 0005685-85.2014.8.24.0023/50000. Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 02 de outubro de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0302565-76.2017.8.24.0080. Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 11 de setembro de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0005685-85.2014.8.24.0023. Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 07 de agosto de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0001434-67.2000.8.24.0038. Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho. Florianópolis, 02 de agosto de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0001361-19.2013.8.24.0013. Relator: Desembargador Paulo Ricardo Bruschi. Florianópolis, 12 de julho de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0300236-51.2017.8.24.0061. Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu. Florianópolis, 23 de maio de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0000097-82.2010.8.24.0041. Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Florianópolis, 02 de agosto de 2017. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação n. 0009436-90.2008.8.24.0023. Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 20 de setembro de 2016. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação ns. 0036989-19.2007.8.24.0033, 2013.021829-8, 0036989-19.2007.8.24.0033. Relator: Desembargador Substituto Francisco Oliveira Neto. Florianópolis, 15 de maio de 2016. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação ns. 0018978-95.2010.8.24.0045, 2013.081048-7, 0018978-95.2010.8.24.0045. Relator: Desembargador Substituto Francisco Oliveira Neto. Florianópolis, 15 de junho de 2016. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2015.091959-2. Relator: Desembargador João Henrique Blasi. Florianópolis, 19 de abril de 2016. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2015.032934-6. Relator: Desembargador Cesar Abreu. Florianópolis, 16 de fevereiro de 2016. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2013.073570-1. Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Florianópolis, 16 de dezembro de 2015. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.002991-1. Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Florianópolis, 12 de agosto de 2015. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2014.080287-8. Relator: Desembargador Substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 04 de agosto de 2015. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2014.049377-2. Relator: Desembargador Substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 28 de abril de 2015. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2014.048961-8. Relator: Desembargador Substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 28 de abril de 2015. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2014.046042-9. Relator: Desembargador Substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 28 de abril de 2015. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2014.018920-6. Relator: Desembargador Substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 28 de abril de 2015. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2013.057791-0/0001.00. Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 01 de abril de 2015. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2013.042167-5. Relator: Desembargador Substituto Paulo Ricardo Bruschi. Florianópolis, 25 de novembro de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2010.056816-3. Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 20 de novembro de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.004094-6. Relator: Desembargador Jorge Luiz de Borba. Florianópolis, 18 de novembro de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2014.022651-1. Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 20 de novembro de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.077001-8. Relator: Desembargador Substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 18 de novembro de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.088663-4. Relator: Desembargador Substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 04 de novembro de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelações Cíveis ns. 2013.013809-3, 2013.013811-0 e 2013.013810-3. Relator: Desembargador Substituto Júlio César Knoll. Florianópolis, 23 de outubro de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelações Cíveis ns. 2013.013810-3, 2013.013811-0 e 2013.013809-3. Relator: Desembargador Substituto Júlio César Knoll. Florianópolis, 23 de outubro de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelações Cíveis ns. 2013.013811-0, 2013.013810-3 e 2013.013809-3. Relator: Desembargador Substituto Júlio César Knoll. Florianópolis, 29 de outubro de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível em Mandado de Segurança n.º 2012.053551-7. Relator: Desembargador Ricardo Roesler. Florianópolis, 17 de julho de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2011.088253-0. Relator: Desembargador Substituto Júlio César Knoll. Florianópolis, 04 de julho de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2013.057791-0. Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 04 de julho de 2014. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2009.048182-9. Relator: Desembargador Cid Goulart. Florianópolis, 09 de abril de 2013. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2013.030216-2. Relator: Desembargador Francisco Oliveira Neto. Florianópolis, 04 de dezembro de 2013. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2012.070630-5/0001.00. Relator: Desembargador Nelson Schaefer Martins. Florianópolis, 22 de outubro de 2013. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2009.054518-5. Relator: Desembargador Substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 16 de julho de 2013. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.070630-5. Relator: Desembargador Nelson Schaefer Martins. Florianópolis, 09 de julho de 2013. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2010.028361-2. Relator: Desembargador Jaime Ramos. Florianópolis, 06 de setembro de 2013. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.013292-6. Relator: Desembargador Gaspar Rubick. Florianópolis, 24 de abril de 2013. Diário de Justiça eletrônico, Florianópolis, 2013.

SILVA, Wálteno Marques da. Contratos administrativos e a garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro da proposta. **Boletim de Licitações e Contratos - BLC**, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 727., ago. 2006.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. Contratos administrativo de prestação de serviços: pedido de reajuste de preços; alteração do valor do salário mínimo; fato previsível de consequência incalculável; equilíbrio econômico-financeiro; reajuste; impossibilidade; revisão contratual; possibilidade. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 19, n. 223, p. 905-911., set. 2012.

VIEIRA, Danilo Miranda. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos à luz da repartição de riscos contratuais. **Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 21, n. 249, p. 1057-1064., nov. 2014.