

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Márcia Walquiria Batista dos Santos

Doutora em Direito pela USP

I – Introdução

Na esfera do Direito Privado o contrato entre particulares é regulado basicamente pelo princípio da autonomia da vontade, o qual confere aos contratantes a prerrogativa de estabelecerem relações jurídicas na órbita contratual, desde que versem sobre objeto lícito e respeitem a ordem pública. Desta forma, respeitados os requisitos legais, o contrato torna-se perfeito e obrigatório para as partes que dele não se podem desligar, estabelecendo uma espécie de lei entre as partes e adquirindo força vinculante. É o chamado *pacta sunt servanda*.

A Administração Pública, para cumprir suas múltiplas atribuições visando à satisfação do interesse público, utiliza-se da figura dos contratos administrativos, que nada mais são que contratos celebrados pela Administração, norteados pelo princípio do Direito Público da supremacia do interesse público sobre o privado. Neste sentido: “Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como Poder Público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço de verticalidade”.¹

O que se pretende com a distinção entre os contratos celebrados nas esferas do Direito Privado e aqueles pactuados na esfera do Direito Público é exatamente ressaltar algumas peculiaridades pertinentes à Administração quando con-

trata com o particular. Todos os contratos administrativos possuem dois tipos diferentes de cláusulas: as cláusulas regulamentares, concernentes à forma do contrato e estipuladas no art. 55 da Lei nº 8.666/93, e as cláusulas financeiras que dizem respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, à relação entre o encargo assumido pelo contratado e o preço estipulado no contrato.

Exatamente pelo fato de existirem as cláusulas regulamentares é que os contratos administrativos têm característica de mutabilidade, ou seja, há a possibilidade de referidas cláusulas serem alteradas pelo Poder Público em observância ao interesse público, e por terem esta qualidade não pode o contratado opor-se a tais alterações.

Vale ressaltar que a mutabilidade aplicada às cláusulas regulamentares não se aplica às cláusulas financeiras, pois “enquanto as cláusulas regulamentares decorrem do poder regulamentar da Administração Pública (razão pela qual alguns doutrinadores negam a natureza contratual aos ajustes por ela celebrados), as cláusulas financeiras têm natureza tipicamente contratual, porque elas é que estabelecem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nenhuma empresa que exerça atividade econômica de fins lucrativos teria interesse em contratar com a Administração Pública se não fosse protegida por cláusulas tipicamente contratuais, imutáveis por decisão unilateral”.²

1. Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 232.

2. Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 292.

A partir do exposto, o presente trabalho objetiva analisar a aplicação do instituto do equilíbrio econômico-financeiro quando da alteração das cláusulas econômico-financeiras ou a ocorrência de fato que venha alterar as condições previamente pactuadas entre a Administração e o particular.

II – As peculiaridades do contrato administrativo

“O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do contratado objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o projeto, ou o modo e forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público.”³

O contrato administrativo mostra claramente um desnível entre as partes que contratam, desnível este resultante da posição de verticalidade da Administração em relação ao particular. *On admet en général qu'à la différence du contrat civil, le contrat administratif n'est pas rigoureusement immuable: l'administration peut, lorsque les besoins du service public l'exigent, imposer à son cocotractant certains changements dabs les conditions d'exécution du contrat.*⁴

Para melhor compreensão do que se pretende com o estudo do equilíbrio econômico-financeiro, mister se faz conceituar contrato administrativo. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “é um tipo de avença entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”.⁵

Mas o que é peculiar ao contrato administrativo e o distingue substancialmente dos contratos celebrados no Direito Privado, é a participação da Administração Pública em um dos pólos da relação jurídica, devido ao princípio da supremacia de poder, podendo esta fixar as condições iniciais do ajuste.

Outra peculiaridade dos contratos públicos, que traduz o privilégio da Administração na relação contratual, é a exigência prévia de procedimento licitatório, o qual permite ao Poder Público escolher a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, visando proporcionar iguais condições de oportunidade a todos os interessados em contratar com a Administração, dentro dos padrões estabelecidos pela Lei de Licitações.

Por último, e não menos importante, da posição privilegiada da Administração surgem as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos: “são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares”.⁶

III – Equilíbrio econômico-financeiro como cláusula exorbitante e previsão legal

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é uma destas cláusulas exorbitantes supramencionadas, à medida que estabelece uma correlação entre o objeto do contrato e sua remuneração, previamente fixados pelas partes. “Esta correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada, a fim de que se mantenha a equa-

3. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e Contrato Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 193.

4. André de Laubadère, *Manuel de Droit Administratif*, 11ª ed., Paris, LGDJ, 1978, p. 215.

5. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 557.

6. Hely Lopes Meirelles, *Licitação ...*, ob. cit., p. 189.

ção financeira ou, por outras palavras, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello assim define: “Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”.⁸

A equação financeira do contrato administrativo deverá ser observada quando configuradas as hipóteses do art. 65, II, *d*, da Lei federal nº 8.666/93 que dispõe:

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

.....

II – por acordo das partes:

.....

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

Por esta determinação, a revisão do contrato será necessária quando for rompido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. “Assim, a par da revisão decorrente da alteração unilateral ou do fato do príncipe, que já havia sido tratada de modo específico, tornou-se obrigatória a recomposição do preço por força da álea econômica extraordinária e da sujeição imprevista.”⁹

Outrossim, a Constituição Federal determina em seu art. 37, XXI: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

A respeito da previsão constitucional do tema, Carlos Ari Sunfeld entende que: “A garantia da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo foi consagrada constitucionalmente. Ao fazê-lo, nossa Lei Maior reconheceu que o contratado é um colaborador da Administração, sendo seu concurso imprescindível à realização do interesse público. Assegurar-lhe a intangibilidade da remuneração significa garantir-lhes os meios indispensáveis desses interesses. Ademais, quando a Administração compensa o contratado pelos aumentos de custos que enfrenta, não está propriamente assumindo um prejuízo deste. Afinal, ao colaborar com o Estado através de um contrato, ele está assumindo uma atividade (e os correlatos riscos) que o Estado teria de desempenhar, se agisse sem colaboração”.¹⁰

IV – Situações que ensejam a manutenção da equação econômica do contrato

Os contratos administrativos são celebrados após o encerramento da licitação com a aceitação da proposta vencedora. Note-se que o ajuste é celebrado em determinados termos que traduziam as melhores condições que vigoravam à época do ajuste. “Todavia, quanto maior o prazo de vigência contratual, assim como a complexidade de seu objeto, maior a possibilidade de haver um desequilíbrio nas relações entre as partes, em função da alteração das condições externas ou internas ao contrato. Daí a necessida-

7. Hely Lopes Meirelles, *Licitação ...*, ob. cit., p. 192.

8. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso ...*, ob. cit., p. 580.

9. Carlos Ari Sunfeld, *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 244.

10. Carlos Ari Sunfeld, *Licitação ...*, ob. cit., p. 239.

de de se preverem algumas hipóteses de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, para adaptação às novas condições.”¹¹

No entanto, algumas situações podem alterar o ajuste previamente celebrado, ensejando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como é o caso de alteração unilateral do contrato administrativo.

Tal alteração é possível de acordo com o art. 58, I, da lei que trata do assunto. No entanto, o mesmo artigo, nos seus §§ 1º e 2º, determina que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado e destaca que, no caso de alteração unilateral do contrato, “as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio econômico”.

No mesmo sentido, há o art. 65, § 6º, da Lei de Licitações: “Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”. Trata-se de uma compensação pela alteração unilateral do contrato no que concerne à sua parte financeira, pois propõe-se o ajuste das condições iniciais do contrato quanto aos encargos econômicos do empreendimento.

A política econômica brasileira dos últimos anos trouxe uma série sucessiva de planos econômicos, os quais ocasionaram desequilíbrio econômico-financeiro em vários contratos administrativos, afetando a Administração ora de maneira positiva, ora de maneira negativa.

Note-se que o desequilíbrio de um contrato tem de ser comprovado pela parte que se considera prejudicada, pois não se pode afirmar que a entrada de um plano econômico em vigor causa necessariamente um desequilíbrio econômico. Por isso a alteração do contrato para restituição de seu equilíbrio econômico-financeiro só pode ser feita por acordo das partes (art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93).

Em regra, a modificação da remuneração que deverá restabelecer o equilíbrio do contrato de-

corre do acordo das partes contratantes através da elaboração de aditamento contratual. No entanto, o art. 65, I, *b*, determina: “quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei”.

Em outras palavras, a regra de que o equilíbrio econômico-financeiro só pode ser restabelecido por acordo das partes fica excepcionada neste caso, podendo ser alterado unilateralmente pela Administração.

Oportuno se torna lembrar que pode ocorrer de as partes não concordarem em restabelecer o equilíbrio do contrato. Neste caso, a melhor resolução para o problema é, na falta de acordo quanto à nova remuneração, a Administração, tendo em vista o dever de manter equilibrado o contrato, deverá fixá-la unilateralmente, e com base nela efetuar os pagamentos, estando sempre sujeita à impugnação pelo interessado, pelas vias próprias.

Para tanto, exige-se uma interpretação diferente do disposto no art. 58, § 1º, segundo o qual as cláusulas econômico-financeiras e monetárias não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado, entendendo-se que, por força dele, a concordância do particular é essencial para mudar a relação originalmente estabelecida entre as prestações das partes, mas é dispensável para, visando a preservação dessa mesma relação, modificar a remuneração.¹²

Outra situação que enseja o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro é a ocorrência do fato do príncipe, ou seja, “toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral e imprevisível, que onera extraordinariamente ou que impede a execução do contrato e obriga a Administração Pública a compensar integralmente os prejuízos suportados pelo contratante particular. Pode ser tanto da Administração Pública como de qualquer outra esfera do poder. Assim, mesmo que o ato não seja da contratante, a ela cabe indenizar o correspondente prejuízo ou rever o ajuste, com o fito de tornar possível sua execu-

11. Maria Luiza Machado Granziera, *Contratos Administrativos – Gestão, Teoria e Prática*, São Paulo, 2002, p. 165.

12. Carlos Ari Sundfeld, *Licitação ...*, ob. cit., p. 241.

ção ... A determinação estatal há de ser geral, isto é, não pode diretamente o contratante ou o contrato (estes são atingidos reflexamente)".¹³

Vale notar que é possível a ocorrência de alterações econômicas dos preços em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes e que modificam a economia do contrato, como, por exemplo, o aumento do preço de determinada matéria-prima essencial à execução do empreendimento. É a teoria da imprevisão.

Há ainda as chamadas sujeições imprevisitas que são dificuldades de ordem material que as partes não podiam prever e que de alguma forma oneram anormalmente o empreendedor, como é o caso do encontro de um lençol d'água durante a escavação de um túnel. Ressalte-se que esta última difere da teoria da imprevisão, pois esta diz respeito a incidentes econômicos que alteram o contrato e as sujeições imprevisitas são incidentes técnicos imprevistos.¹⁴

Por último, a equação econômica deverá ser restabelecida no caso de violação contratual resultante da inadimplência da Administração para com o contratado pois, neste caso, estará agindo de forma prejudicial ao particular, agredindo direito alheio e rompendo com o compromisso ora ajustado.

V – Cláusula de reajuste

Até o presente momento foram expostas as causas de desequilíbrio do contrato decorrentes de fatos imprevisíveis; no entanto, é possível que referido desequilíbrio decorra de fatos previsíveis como é o caso dos aumentos anuais de salários e variação dos preços de certos insumos nos mercados internacionais. Neste caso é possível elaborar "um mecanismo automático de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro: a cláusula de reajuste".¹⁵

O reajustamento dos preços é maneira de reequilibrar a equação econômica contratual para

compensar a inflação incidente no período e atender às alterações do mercado decorrentes da desvalorização da moeda ou aumento dos custos na execução do empreendimento, devendo ser previamente estabelecido pelas partes.

Sobre o tema, comenta o mestre Hely Lopes Meirelles: "Esse reajuste de preços é uma conduta contratual autorizada por lei, para corrigir os efeitos ruinosos da inflação. Não é decorrência de imprevisão das partes contratantes; ao revés, é previsão de uma realidade existente, que vem alterando a conjuntura econômica em índices insuportáveis para o executor de obras, serviços ou fornecimentos de longa duração. Diante dessa realidade nacional, o legislador pátrio institucionalizou o reajuste de preços nos contratos administrativos, facultando às partes adotá-lo ou não, segundo as conveniências da Administração, em cada contrato que se firmar. Não se trata, portanto, de uma imposição legal para todo contrato administrativo, mas, sim, de uma faculdade concedida à Administração de incluir a cláusula de reajustamento de preços em seus ajustes, quando julgar necessário para evitar o desequilíbrio financeiro no contrato (Lei nº 8.666/93, art. 40, XI, c/c o art. 55, III)".¹⁶

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello: "Pela cláusula de reajuste, o contratante particular e o Poder Público adotam no próprio contrato o pressuposto *rebus sic stantibus* quanto aos valores então demarcados, posto que estipulam a revisão dos preços em função das alterações subseqüentes. É dizer: pretendem acautelar os riscos derivados das altas que, nos tempos atuais, assumem caráter de normalidade. Portanto, fica explícito no ajuste o propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira, na medida em que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avença, a atualização do preço".¹⁷

13. Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 404.

14. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso ...*, ob. cit., p. 585.

15. Maria Luiza Machado Granziera, *Contratos ...*, ob. cit., p. 165.

16. Hely Lopes Meirelles, *Licitação ...*, ob. cit., p. 195.

17. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso ...*, ob. cit., p. 593.

VI – Equilíbrio econômico-financeiro e o princípio da proporcionalidade

Ressalte-se que em caso de conflito de princípios constitucionais pode ocorrer de o equilíbrio-econômico de um contrato administrativo não ser restabelecido. Neste caso, deverá ser aplicado o princípio da proporcionalidade: “Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma solução de compromisso, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo aos outros, e jamais lhes faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhes seu núcleo essencial”.¹⁸

Um exemplo disso é a alteração de um contrato que favoreça deficientes físicos de alguma maneira. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu neste sentido: “Nota-se, na situação em questão, que o eventual prejuízo desequilibrador da equação econômico-financeira do contrato de permissão é mínimo. A Lei estadual nº 12.568/96 exige, para a concessão da gratuidade da passagem no transporte interurbano, que o beneficiado seja, além de deficiente físico, pobre. É fato notório que as pessoas portadoras de deficiência física constituem uma pequena minoria da sociedade, podendo-se presumir que o número de favorecidos pela norma estadual é muito baixo. A lei restringe ainda mais o seu âmbito de validade pessoal, ao exigir a pobreza do deficiente. O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato será, portanto, diminuto”.¹⁹

Pode-se observar na jurisprudência em tela o conflito entre o princípio do amparo aos deficientes (arts. 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 203, IV e V; 208; 227, §§ 1º e 2º, e 244) e o princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 37, XXI, da CF/88).

Assim, diante da hierarquia de valores no caso concreto, prepondera, sem sombra de dúvidas, o princípio da proteção dos deficientes físicos. Nestes termos completa o Sr. Ministro: “Os desfavores sociais de que tais pessoas são vítimas demandam resposta jurídica prioritária. Não se pode continuar a deixar a problemática da integração social dos deficientes em segundo plano. Os interesses sociais mais relevantes devem prevalecer sobre os interesses econômicos menos significativos”.²⁰

No mais, o princípio econômico-financeiro do contrato não fica totalmente suprimido, pois é possível que aqueles que se entendam prejudicados interponham ações comuns exigindo o restabelecimento do equilíbrio.

VII – Conclusão

Como foi tratado, a manutenção da equação financeira do contrato é muito importante pois evita que uma das partes se onere excessivamente. Isto é essencial pois o particular que contrata com a Administração objetiva, primeiramente, a obtenção de lucro, enquanto que o Poder Público visa à melhor execução e, via de regra, à mais barata para os serviços ou obras realizados.

É clara a previsão legal do princípio do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, tanto na Constituição Federal como na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, não deixando brechas para o questionamento quanto ao restabelecimento de tão importante equação.

Por fim: “A doutrina, inicialmente francesa, desenvolveu, nesse particular, a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como forma de compensar as prerrogativas estatais. Se é certo que a Administração dispõe de poderes para, mesmo em prejuízo do interesse do particular, realizar os interesses públicos, este terá, em compensação, uma garantia inusual nas avenças privadas: a preservação do equilíbrio econômico-financeiro. Assim, toda vez que o equilíbrio for rompido por uma alteração contratual determina-

18. Willis Santiago Guerra Filho, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 1999, p. 59.

19. Ministro José Delgado, *in* RMS nº 13.084-CE (2001/0047579-5), p. 8.

20. *In* RMS nº 13.084-CE, p. 8.

da pela Administração, ou pelo chamado fato do príncipe (ato estatal que atinja indiretamente a relação contratual), será revisto o preço, para restabelecer a relação prevista inicialmente entre ele e os encargos do contratado”.²¹

Bibliografia

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2001.

_____. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos Administrativos – Gestão, Teoria e Prática*, São Paulo, Atlas, 2002.

LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*, 11ª ed., Paris, LGDJ, 1978.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, 5ª ed., São Paulo, Renovar, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1994.

21. Carlos Ari Sundfeld, *Licitação ...*, ob. cit., p. 236.