

A POSSIBILIDADE DE ALOCAÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS REGIDOS PELA LEI N° 8.666/93 À LUZ DO DIREITO À MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO¹

Iúlian Miranda²

David de Oliveira Lima Rocha³



ISSN: Consultar em
revista.fagoc.br

RESUMO

O presente trabalho propõe um estudo acerca da possibilidade de se alocarem os riscos contratuais nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93. Embora o compartilhamento objetivo de riscos seja uma atividade inerente à contratação de parcerias público-privadas regidas pela Lei nº 11.079/04, a doutrina e a jurisprudência possuem entendimentos no sentido de que ela não é possível nos contratos administrativos em geral. Essa negação decorre de um entendimento equivocado sobre o conteúdo jurídico do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual, disposto no art. 37, XXI, da C.R./88. Em razão desse dispositivo constitucional, a doutrina, de forma majoritária, vem sustentando o dever de a administração pública recompor a equação econômica financeira nos contratos administrativos sempre que o desequilíbrio for causado por um evento imprevisível ou de dimensões imprevisíveis, sem, no entanto, realizar uma análise mais detida do ordenamento jurídico como um todo, em especial do art. 37, XXI, da C.R./88 e da Lei 8.666/93. Por isso, o presente estudo propõe, inicialmente, uma análise crítica sobre o conceito de equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos para,

após, analisar alguns dos riscos passíveis de alocação no âmbito da sua celebração.

Palavras-chave: Contratos. Equilíbrio econômico-financeiro. Compartilhamento de riscos. Lucro.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei das Parcerias Público-Privada), a qual expressamente prevê a repartição objetiva de riscos entre os contratantes – tanto como uma diretriz na contratação de parcerias público-privada (art. 4º, VI) quanto como uma cláusula obrigatória nos contratos de PPP (art. 5º, III) –, muito se discutiu sobre a constitucionalidade desses dispositivos legais.⁴

O entendimento majoritário é que, ao contrário do que ocorre nos contratos administrativos em geral, nos contratos regidos pela Lei nº 11.079/04, a administração pública não terá que assumir sozinha os riscos de prejuízos

4 “Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: [...] VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do princípio e álea econômica extraordinária.” BRASIL. Lei nº 11.079, de 11 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

1 Artigo publicado no Fórum de Contratação e Gestão Pública (Impresso), v. 12, p. 62-86, 2013.

2 Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Professor universitário e de cursos preparatórios. Advogado.

3 Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Consultor em Direito Administrativo e Direito Constitucional da ALMG. Professor universitário. Advogado.

decorrentes de fato do princípio, caso fortuito ou força maior e álea econômica extraordinária (DI PIETRO, 2008, p. 155).

Apesar de alguns importantes juristas aceitarem a repartição objetiva de riscos, fazem-na com ressalvas, pois rechaçam a repartição dos riscos oriundos de fato que ensejam a aplicação das teorias do fato do princípio e do fato da Administração. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, argumenta que “a norma do artigo 5º, III, sobre repartição de riscos, só pode aplicar-se quando o desequilíbrio decorrer de fato estranho à vontade de ambas as partes, como ocorre nos casos de força maior e de álea econômica extraordinária” (DI PIETRO, 2008, p. 155).⁵

Em razão desse posicionamento, o presente estudo questiona se, de fato, é constitucional a repartição de riscos decorrente de fato do princípio e de fato da administração nos contratos de parceria-público privada.

Questiona-se, também, a impossibilidade de se repartirem riscos nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, bem como se a administração pública é obrigada a arcar com todos os riscos contratuais decorrentes de fato do princípio, caso fortuito, força maior e álea extraordinária ao longo da execução de contratos regidos pela referida Lei.

Para que se responda devidamente aos questionamentos, o segundo capítulo discorrerá acerca do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual disposto no art. 37, XXI, da Constituição.

A partir da compreensão desse direito constitucional, será demonstrada a possibilidade

de os particulares contratados serem responsabilizados por riscos alocados nos contratos em geral, incluindo-se fatos oriundos da aplicação das teorias do fato do princípio e da imprevisão. O presente estudo demonstrará que a administração pública não é obrigada a ressarcir integralmente todo e qualquer desequilíbrio contratual decorrente de fato do princípio, caso fortuito, força maior e álea econômica extraordinária, não se podendo concluir que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro contratual obrigaría o Estado a assim proceder.

Ao contrário do que sustenta a doutrina tradicional, o presente trabalho demonstrará também que a administração não é responsável pela manutenção dos lucros dos particulares contratados. Consequentemente, será defendido que o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não garante, aos particulares, uma situação especialmente vantajosa a que o Direito Privado ignora.

Todos os equívocos na compreensão do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos estão diretamente vinculados ao entendimento de que seria impossível repartir riscos em contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93.

Por isso, no capítulo 3, será feita uma apartada síntese sobre a compreensão majoritária da alocação dos riscos nos contratos regidos pela referida Lei. Conforme será concluído, a possibilidade de alocar riscos não é exclusividade dos contratos regidos pela Lei nº 11.079/04.

Por fim, à guisa de conclusão, o presente estudo salientará o posicionamento adotado pugnando por uma releitura do tema abordado, haja vista tratar-se de bastante tema atual na administração pública brasileira.

O DIREITO CONSTITUCIONAL À MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIOS ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos consiste na manutenção da equivalência entre os encargos assumidos pelo contratado

5 No mesmo sentido, Bandeira de Mello (2010, p. 798). Ainda segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “No caso de fato do princípio, a responsabilidade do Estado encontra fundamento na regra contida no art. 37, § 6º, da Constituição, o que não pode ser afastada por lei ordinária. No caso de fato da Administração, trata-se de responsabilidade contratual por inadimplemento, não podendo o parceiro privado arcar com os prejuízos, nem mesmo para dividi-los com o parceiro público. Trata-se de mera aplicação do princípio geral de direito, consagrado no artigo 186 do Código Civil, segundo o qual aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo” (DI PIETRO, 2008, p. 155).

e a compensação financeira correspondente, verificada no momento da aceitação da proposta.⁶ Essa relação encargo–remuneração deve se manter ao longo de toda a execução do contrato, segundo as cláusulas acordadas e as normas vigentes.

O direito constitucional à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos já se encontrava previsto na Constituição brasileira de 1934. Na referida carta, o constituinte havia consagrado, no art. 137⁷, a possibilidade de revisão das tarifas cobradas nos serviços públicos explorados por concessão ou delegação, como forma de proteger, entre outros valores, os lucros dos concessionários.

A ideia era manter a equivalência entre, de um lado, a remuneração devida ao concessionário, ou delegatário – incluindo-se o lucro auferido – e, de outro lado, a adequada prestação do serviço público de responsabilidade do particular.

As Constituições de 1937 (art. 147)⁸ e

6 “Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 191). Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Hely Lopes Meirelles: “[...] o equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou ainda, equação financeira, do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste” (MEIRELLES, 2003, p. 209).

7 Art. 137 - A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços. (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934)

8 Art. 147 - A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam

de 1946 (art. 151)⁹ mantiveram os termos da Constituição de 1934 e também possibilitaram a revisão das tarifas dos serviços públicos concedidos, a fim de assegurar uma prestação adequada do serviço.

Também a Constituição de 1967, por meio do art. 167¹⁰ da Emenda Constitucional nº 01/69, dispôs acerca da manutenção da equivalência existente entre os encargos executados e a remuneração adequada nos contratos de serviço público. Inclusive, foi a primeira Carta em que o constituinte utilizou-se do termo *equilíbrio econômico e financeiro* nos contratos.

A Constituição de 1988, por sua vez, não restringiu o equilíbrio econômico-financeiro aos contratos de prestação de serviço público, tampouco dispôs acerca da necessidade de se assegurar o lucro do empreendimento ao particular. Conforme art. 37¹¹, XXI, o constituinte

atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços. (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937)

9 Art. 151 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato. (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946)

10 Art. 167 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato e; III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior. (BRASIL. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969)

11 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. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

apenas exigiu a manutenção das condições efetivas da proposta nos contratos administrativos.

Entretanto, parte dos juristas, ainda assim, sustenta que a manutenção da equação econômica financeira nos contratos administrativos deve garantir os lucros devidos ao particular contratado. Segundo Hely Lopes Meirelles (2003, p. 209) “essa relação *encargo-remuneração* deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 263-264), por sua, vez, não sustenta – de forma expressa – que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro garante o lucro ao particular. Todavia, ao tratar dos elementos formadores do contrato administrativo, a autora alega que, após a administração pública aceitar a proposta mais conveniente aos seus interesses, forma-se a vontade contratual, constituída por interesses e finalidades recíprocos e opostos. Se o lucro constituir o interesse/finalidade do particular, compete à Administração garantí-lo, assim como deve o contratado respeitar o interesse contratual do Poder Público.

É possível também encontrar julgados nos tribunais pátrios que corroboram com esse posicionamento. Vale destacar julgado do Superior Tribunal de Justiça:

A prerrogativa de fixar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente à Administração. A despeito disso, há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto econômico-financeiro do contrato. Às prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se a proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual. É escusado dizer que ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza. Os termos iniciais da avença hão de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros

normais do empreendimento. In casu, por expressa determinação legal, os contratos administrativos não poderiam sofrer qualquer reajustamento. O chamado “Plano Cruzado”, porém, não produziu os efeitos desejados e os preços voltaram a subir em razão da inflação. A nota de empenho, trazida aos autos pela ré, é documento unilateral e não representa a concordância por parte da empresa em relação ao cumprimento das obrigações contratuais pela TERRACAP. O que ficou incontrovertido, na verdade, foi a entrega da obra e o pagamento do preço singelo, não a quitação. Recurso especial conhecido e provido. Decisão por unanimidade. (sem negrito no original) (BRASIL, 2001)¹²

Como o presente estudo não se filia a esse posicionamento, vale analisá-lo criticamente.

Análise crítica do direito constitucional à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos

O presente estudo entende que o direito constitucional à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos exige apenas a manutenção das condições efetivas da proposta ao longo de toda execução contratual. Compete às partes, portanto, obedecerem às cláusulas contratuais e as condições efetivas da proposta, nos exatos termos do ordenamento jurídico vigente.

Em momento algum o constituinte obrigou que a administração pública protegesse os interesses do particular, salvo o interesse manifestado e disposto em determinada cláusula do contrato administrativo. Ora, não se pode presumir quais sejam os interesses do contratado, sequer é possível afirmar que o lucro seja o fim visado na celebração de um contrato. Há de se cogitar da hipótese em que o particular apresenta proposta exequível sem intuito lucrativo, pois sua intenção no contrato pode ser apenas de adquirir *expertise* ou um atestado de capacidade técnica que será útil na participação de determinada licitação, por exemplo.

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso especial nº 216.018/DF. Relator Min. Franciulli Netto. Julgado em 05/06/2001, DJ 10/09/2001.

Por isso, manter as condições efetivas da proposta não se confunde com garantir o lucro dos particulares, tampouco presume conhecimento dos interesses do contratado pela administração pública. Crê-se que o disposto no art. 37, XXI, da Constituição decorre principalmente da obediência à cláusula *rebus sic standibus*. Segundo essa cláusula, a vontade manifestada pelos contratantes só poderá ser considerada válida em relação aos fatos existentes no momento da constituição do vínculo contratual e em relação a fatos que poderiam ser razoavelmente previstos.¹³

A aplicação da cláusula *rebus sic standibus* nos contratos administrativos, justifica-se em razão da necessidade de se executar o objeto contratual.¹⁴ Em razão da possibilidade de eventos

13 Cumpre destacar que a cláusula *rebus sic standibus* é aceita como diretriz contratual, sendo aplicada nos contratos em geral. No Direito Civil, por exemplo, na hipótese da prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa - em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis - pode o devedor pedir resolução do contrato, caso a outra parte não alterar equitativamente as condições do contrato, cf: "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, 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. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato. Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva." BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Já o Código de Defesa do Consumidor prevê como direito básico do consumidor a possibilidade de revisão de cláusula contratual por onerosidade excessiva: "Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas." Vide: BRASIL. Lei nº 8.708 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Ao contrário do Código Civil o CDC não exigiu que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, pois basta que ocorra fato superveniente que abale a equivalência das prestações contratuais para que o consumidor - apenas o ele - pleiteie a revisão contratual.

14 "É assente nos contratos administrativos a possibilidade

supervenientes à assinatura do contrato abalarem a execução do objeto, faz-se necessário revisar as cláusulas, garantindo, assim, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, segundo as condições existentes no momento da constituição do vínculo.

A necessidade de se garantir a execução do objeto contratual decorre do interesse público existente em todos os contratos administrativos.¹⁵ Por isso, as prestações a que se tenha obrigado o contratado a desempenhar devem ser economicamente exequíveis "já que uma tarefa de interesse geral não poderia sujeitar-se às áleas de um contrato que lhe fosse ruinoso" (MELLO, 2010, p. 212-213)¹⁶

Ao ente público compete, portanto, evitar – por meio de cláusulas contratuais – que as alterações econômicas produzam efeitos danosos ao bom, fiel e tempestivo cumprimento de uma tarefa que é necessária ao atendimento de um interesse coletivo.

Em razão do interesse público existente

de sua revisão à luz da cláusula *rebus sic stantibus* hoje consagrada na Lei das Licitações [...]" BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 612.123/SP. Rel. Ministro Luiz Fux. Julgado em 08/03/2005, DJ 29/08/2005.

15 Em razão do interesse geral existente nos contratos administrativos, Celso Antônio Bandeira de Melo (2010, p.212) aponta a existência de um esforço comum das partes no desempenho do contrato, razão pela qual o autor entende que o particular contratado é um colaborador da administração pública.

16 Por isso, o art. 48, II, da Lei nº 8.666/93 determinada a desclassificação de propostas inexequíveis. Não é crível a aceitação de proposta com preço muito abaixo do preço de referência sem que haja demonstração de sua viabilidade: Art. 48 Serão desclassificadas: I- as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação; II- propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrado sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação." BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

no contrato administrativo, o legislador – segundo a doutrina e jurisprudência majoritárias – concedeu à administração pública uma posição de superioridade que lhe garante prerrogativas em relação ao particular. Em contrapartida a essa posição de superioridade, ao contratado foi disponibilizada uma situação contratual mais benéfica – quando comparada aos contratos regidos pelo direito privado -, pois a ele é fornecido benefícios que o direito privado ignora.

Essa situação favorável conferida ao contratado é justamente o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro decorrente da mutabilidade do contrato, compreendida como um dos traços característicos deste vínculo.¹⁷ Ao lado das prerrogativas conferidas ao ente público – incomuns ou inexistentes no Direito Privado (DI PIETRO, 2012, p. 265) – que podem causar um desequilíbrio na equação econômica financeira dos contratos, há, como contrapartida, o dever de o Poder Público resarcir integralmente os agravos econômicos oriundos da utilização desses ‘privilegios’.¹⁸

17 “Um dos traços característicos do contrato administrativo é a sua **mutabilidade**, que segundo muitos doutrinadores, decorre de determinadas cláusulas exorbitantes, ou seja, das que conferem à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público. Segundo entendemos, a mutabilidade pode decorrer também de outras circunstâncias, que dão margem à aplicação das teorias do fato do princípio e da imprevisão. O assunto tem que ser analisado sob dois aspectos: o das circunstâncias que fazem **mutável** o contrato administrativo e o da consequência dessa mutabilidade, que é o direito do contratado à manutenção de **equilíbrio econômico-financeiro**” (DI PIETRO, 2012, p. 284-285).

18 Para a doutrina majoritária a garantia do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos não se confunde com a igualdade contratual entre as partes. É conferida à administração pública uma posição de supremacia em relação ao particular contratado, diversamente do que ocorre nos contratos privados: “Os contratos privados em geral traduzem um conjunto de direitos e obrigações em relação aos quais as partes se situam no mesmo plano jurídico. Não há supremacia de uma sobre a outra, e esse nivelamento está presente durante todo o curso do ajuste. O mesmo não se passa com os contratos administrativos, e isso, é explicável pelo fato de que eles visam a alcançar um fim útil para a coletividade, e, além disso, deles participa a própria

Administração. Esses ‘privilegios’ consistem nas cláusulas exorbitantes, necessárias à tutela do interesse público, cuja satisfação exigiria a atribuição de competências anômalas à administração pública.”¹⁹

Ora, não há de se justificar a existência do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em face de supostos privilégios - inexistentes no Direito Privado - concedidos à administração pública.

Administração. É lógico, então, que no conflito entre os interesses do particular contratado e do Estado contratante tenham que prevalecer os pertencentes a este último. Não se pode deixar de reconhecer, em consequência, uma certa desigualdade entre as partes contratantes, fato que confere à Administração **posição de supremacia** em relação ao contratado. O mesmo se pode dizer dos tradicionais princípios romanos da imutabilidade unilateral dos contratos (*lex inter partes* e *pacta sunt servanda*), que sofrem notória mitigação quando se trata de contratos administrativos, como será visto oportunamente. Essa situação de preponderância em favor da Administração está dispersa em vários dispositivos do Estatuto, a começar pelo art. 54, verdadeiro princípio norteador de várias outras regras da mesma natureza” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 174).

19 Vale transcrever o posicionamento de Marçal Justen Filho quanto aos termos privilégio e prerrogativas: “Não existe, num Estado Democrático de Direito, **prerrogativas nem privilegios**, na acepção medieval dos termos. Trata-se de competências subordinadas ao Direito e cuja atribuição deriva da concepção instrumental da Administração Pública. Presume-se que as finalidades buscadas pela atividade administrativa do Estado não poderiam ser satisfatoriamente atingidas se houvesse a aplicação do regime jurídico de direito privado. Portanto, o Direito atribui competências anômalas à Administração Pública. Por meio delas, o Estado pode cumprir os deveres a si impostos” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 735). Por isso há contrapartidas conferidas ao particular contratado em decorrência dessas competências anômalas fornecidas à administração pública. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 635) Daí outra peculiaridade do assim chamado contrato administrativo, conforme notação dos especialistas. A contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado. ” Essa também é a posição do Superior Tribunal de Justiça: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 216.018/DF, Rel. Min. Franciulli Netto. Julgado em 05/06/2001, DJ 10/09/2001, p. 370.

A manutenção das condições efetivas da proposta, por meio da qual se extrai o direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, já está garantida no art. 37, XXI, da Constituição. Logo, não se trata de uma contrapartida vantajosa, que o Direito Privado ignore, existente em decorrência das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. Nada impede que os contratos regidos pelo Direito Privado possuam cláusula exigindo a manutenção da equivalência entre os encargos assumidos pelo contratado e a compensação financeira correspondente, verificada no momento da aceitação da proposta.

Conclui-se, portanto, que o direito constitucional à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, segundo o art. 37, XXI, da Constituição de 1988, assegura apenas a manutenção das condições efetivas da proposta. Não se pode afirmar nada além dessa assertiva. Vale agora tratar da repartição de riscos nos contratos administrativos.

A REPARTIÇÃO DE RISCOS NO ÂMBITO DA LEI N° 11.079/04

O primeiro momento em que surgiu de forma expressa em um dispositivo legal a ideia de repartição de riscos em contratos administrativos foi quando da edição dos art. 4º, VI, 5º, III da Lei n° 11.079/04.

O art. 4º, VI desse diploma legal estabelece que a repartição objetiva de riscos entre as partes consiste em uma diretriz a ser observada na contratação de Parcerias Público-Privadas²⁰. Trata-se, portanto, de uma orientação para os contratos que gravitam em torno das Concessões Patrocinadas e Concessões Administrativas, como os contratos de financiamento celebrados com instituições financeiras, os contratos de empreitada firmados com as empresas de enge-

20 Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: [...] VI – repartição objetiva de riscos entre as partes (BRASIL. Lei nº 11.079, de 11 de dezembro de 20040. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

nharia etc. Há, portanto, a ideia de que em todos os contratos vinculados ao contrato de PPP os riscos serão objetivamente repartidos. (FERREIRA, 2013, p. 02).

Já o art. 5º, III²¹, da Lei n° 11.079/04 obriga a repartição de riscos nos contratos de PPP, incluindo alguns riscos que a doutrina majoritariamente entende ser de responsabilidade exclusiva da administração pública, quando se tratar de contratos regidos pela Lei n° 8.666/93. Vale transcrever o dispositivo.

Dessa forma, ao contrário dos contratos administrativos, o contrato de PPP deverá estabelecer tanto os riscos que serão alocados inteiramente a qualquer dos contratantes, quanto os riscos compartilhados entre as partes.²²

21 Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do princípio e álea econômica extraordinária (BRASIL. Lei nº 11.079, de 11 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública). Parte da doutrina entende que este dispositivo imputa ao concessionário de uma PPP um conjunto mais intenso de riscos se comparado com os riscos assumidos pelo concessionário na concessão comum. Ao tratar do art. 5º, III, da Lei n° 11.079/04, leciona Cesar Guimarães Pereira que: “[...] Pretende que se impute ao concessionário, na PPP, uma parcela de risco superior à que usualmente assumiria em uma concessão comum. Talvez se pudesse extrair da noção vulgar de ‘parceria’ algo nesse sentido: para ser um ‘parceiro’, o particular deve assumir riscos mais intensos do que os que mantém como mero ‘concessionário comum’” (PEREIRA, 2005. p. 207).

22 Nesse ponto, entende-se que a repartição deve ser a mais detalhada possível, evitando-se repartições genéricas: “Sendo assim, não é suficiente, para se caracterizar uma repartição de riscos como objetiva, que o contrato estabeleça soluções genéricas, que tratam apenas das categorias de riscos (como as que estão previstas no art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93), em vez de buscar individualiza-los. Assim, não basta disciplinar genericamente os riscos decorrentes, por exemplo, de fato do princípio; é preciso indicar, tanto quanto possível, quais são os eventos desta categoria que podem ter impacto sobre a equação econômico financeira daquele específico contrato” (FERREIRA, 2012, p. 04). Deve-se também atentar ao fato de que os riscos devem ser alocados de acordo com a capacidade que cada parte possui de gerenciá-los: A alocação de riscos entre as partes que melhor possam

Embora os art. 4º, VI, e5º, III da Lei nº 11.079/04 obriguem a alocação objetiva de riscos nos contratos de PPP, parte da doutrina ainda não aceita a constitucionalidade da alocação de determinados riscos (DI PIETRO, 2008, p.155).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, contestou veementemente a possibilidade de repartição de riscos decorrentes da teoria do fato do princípio:

[...] é inaceitável a repartição dos prejuízos, porque não se pode imputar ao contratado o ônus de arcar com prejuízos provocados pelo contratante. No caso de fato do princípio, a responsabilidade do Estado encontra fundamento na regra contida no artigo 37, §6º da Constituição, que não pode ser afastada por lei ordinária. (DI PIETRO, 2008, p. 155).

A autora nega também a possibilidade de se compartilhar os riscos oriundos de fato da administração:

No caso de fato da Administração, tratar-se de responsabilidade contratual por inadimplemento, não podendo o parceiro privado arcar com os prejuízos, nem mesmo para dividi-los com o parceiro público. Trata-se de mera aplicação do princípio geral de direito, consagrado no artigo 186 do Código Civil, segundo o qual aqueles que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. (DI PIETRO, 2008, p. 155).

Com o devido respeito, o presente estudo não concorda integralmente com o posiciona-

mitigá-los e a sua consequente remoção aos agentes que lhes sejam mais avessos ou sensíveis é, em geral, um objetivo considerado economicamente desejável e eficiente. A análise econômica do direito, portanto, recomenda um ordenamento jurídico que incentive ou, no mínimo, não dificulte esse objetivo. MARINS, Vinicius; OLIVEIRA, Rodrigo Reis de. As parcerias público-privadas e o problema da alocação de riscos: uma análise do caso da modernização do Estádio “Mineirão” para a Copa do Mundo de 2014. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, mar. 2011. Na ocorrência de omissão contratual sobre a alocação de determinado risco, hipótese provável em razão da totalidade dos riscos potencialmente envolvidos, entende-se que a questão da alocação deverá ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, ou por meio de arbitragem, caso haja disposição contratual expressa nesse sentido (FERREIRA, 2012, p. 04-05).

mento da referida autora, especialmente no que tange à inviabilidade da repartição de riscos decorrentes de fato do princípio. E, ao questionar os argumentos utilizados por ela, percebe-se a possibilidade de também repartir os riscos – independentemente se decorrentes de áleas econômicas ou administrativas - nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93.

Para tanto, faz-se imprescindível compreender o entendimento majoritário acerca dos riscos nos contratos administrativos, bem como apontar eventuais equívocos doutrinários.

A REPARTIÇÃO DE RISCOS NO ÂMBITO DA LEI N° 8.666/93

Em razão da pluralidade de significados que se pode extrair da palavra risco, o presente estudo adota a definição de Raffaelle de Giorgi:

[...] poder-se-ia falar de risco quando qualquer dano seja imputado a uma decisão, isto é, quando este dano deva ser tratado como consequência de uma decisão (ou daquele que decide ou de outros). O conceito oposto seria então o conceito de perigo, que é aplicável quando danos possíveis sejam imputados ao exterior. (GIORGI, 1998, p. 227).

A leitura tradicionalmente feita acerca do termo ‘risco’ nos contratos administrativos divide os riscos em ordinários e extraordinários. Os riscos ordinários ou empresariais são aqueles “que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado” (DI PIETRO, 2008, p. 286)²³

Trata-se de riscos previsíveis em que o particular contratado responde integralmente pelos possíveis prejuízos que vier a sofrer.²⁴

23 Tratando-se de contratos de concessão de serviço público, os riscos ordinários abrangeriam também: “os prejuízos que lhe resultem por atuar canhestramente, com ineficiência ou imperícia, aqueloutros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 758-759).

24 No mesmo sentido é o posicionamento do Tribunal

Já os riscos extraordinários dividem-se em áreas administrativas e econômicas. As áreas administrativas subdividem-se em: alteração unilateral, fato do princípio e fato da Administração.

Alteração unilateral do contrato

A alteração unilateral do contrato pela administração pública é uma possibilidade arrolada no *caput* do art. 65 e no art. 58, I da Lei nº 8.666/93. Essa alteração poderá ser qualitativa quando “houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos” ou será quantitativa, quando “necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei” (art. 65, I, a e b).²⁵

de Justiça de Minas Gerais: “[...] A área ordinária ou empresarial, em contrapartida, está presente em qualquer tipo de negócio e é inerente à atividade empreendedora, como resultado da própria flutuação de mercado, razão pela qual não implica a revisão do contrato administrativo. 3. A alegação abstrata de que o desequilíbrio contratual se deu em virtude da ‘crise econômica financeira mundial’ é demasiadamente vaga, e configura risco típico da atividade empresarial, que, por sua natureza, está sujeita às oscilações cambiais e de mercado. Há certa previsibilidade em eventos dessa natureza, além de serem situações consideradas como risco natural do empreendimento, porquanto inerentes à atividade empresarial. 4. O equilíbrio econômico financeiro do contrato não pode ser invocado como forma de transmitir à Administração os riscos inerentes à atividade empresarial, nem como mecanismo de garantir ‘lucro fixo e certo’ àqueles que contratam com o Poder Público.” MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relatora Des. Áurea Brasil. Apelação Cível nº 1.0024.09.702577-9/001. Data de julgamento 09.02.2012. Data de publicação da súmula 24.02.2012. us.br Acesso em 14 de abril de 2013.

25 Em relação às alterações quantitativas do contrato administrativo, os acréscimos ou supressões devem obedecer ao limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, tratando-se de obra, serviços ou compras. Quando se tratar de reforma de edifício ou equipamento, o limite será de até 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos, nos termos do § 1º do art. 65. Este dispositivo legal estabelece ainda que o contratado fica obrigado a aceitar os acréscimos e supressões realizados pela Administração nos contratos de obras, serviços, compras e reformas, bem como as modificações no projeto ou suas especificações.

Todas as possíveis modificações só se justificam pela ocorrência de eventos supervenientes, não previstos quando da celebração do contrato, mas que se tornem imprescindíveis ao atendimento do interesse público evidenciado no objeto do contrato, sob pena de afronta ao princípio da licitação.²⁶

Desta feita, o contratado sempre estará ciente da possibilidade de alteração do contrato – que obrigatoriamente será motivada -, bem como dos limites dessa possível alteração, haja vista disposição legal expressa nesse sentido.²⁷ Há, portanto, limites bem definidos para alteração contratual realizada pela administração pública.

Não só os limites são previamente definidos, mas também a consequência da alteração unilateral está previamente disposta no art. 65 § 6º da Lei nº 8.666/93.²⁸ Segundo

26 Vale destacar que o Tribunal de Contas da União já admitiu que: “[...] nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior [limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93], observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado [...]” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Consulta. Processo nº 930.039/1998-0. Relator: Min. José Antônio Barreto de Macedo. Data da sessão 12.05.1999. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/>. Acesso em: 20 de abril de 2013. Na própria decisão ressaltou-se que se tratava de hipótese excepcionalíssima. Nesse ponto, vale registrar o posicionamento de Marçal Justen Filho quanto à necessidade de se respeitar os limites legais nas alterações realizadas pela administração pública. Segundo o autor, é o Poder Público que “elabora o ato convocatório e define o objeto da licitação; fixa o conteúdo do contrato; promove a convocação dos terceiros interessados, definindo os requisitos e as exigências necessárias à participação e à seleção da melhor proposta. Não se pode conceber que, após desenvolvidas todas essas atividades, a própria Administração delibere alterar o conteúdo do contrato, modificando substancialmente o conteúdo dos deveres impostos ao contratado. Se tal fosse possível, teria de reconhecer-se como desnecessária e inútil a atividade licitatória” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 737).

27 “[...] não pode a Administração impor alterações além dos limites da lei; se o fizer, a ela caberá a culpa pela rescisão” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 186).

28 “Art. 65. [...] § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o

este dispositivo, as alterações que majorem os encargos dos particulares obrigam o Poder Público contratante a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro.

Trata-se, portanto, de prerrogativa em que os limites de sua utilização estão expressos no ordenamento jurídico e possivelmente nas cláusulas dos contratos administrativos.

Fato do princípio

A teoria do fato do princípio, segundo bem leciona Marçal Justen Filho:

Consagra o direito de indenização a um particular em vista da prática de ato ilícito e regular imputável ao Estado. O ponto nuclear da teoria do fato do princípio reside em que a lesão patrimonial derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito é objeto de indenização. Essa solução decorre de uma valorização produzida pela ordem jurídica, no sentido de que seria injusto e desaconselhável impor ao particular que contrata com o Estado arcar com os efeitos onerosos de uma alteração superveniente da disciplina estatal sobre o exercício da atividade necessária à execução da prestação. (JUSTEN FILHO, 2012, p.897).

Trata-se de ato lícito, com cunho de generalidade, ou seja, não se preordena diretamente ao contratado, proferido pelo Estado, mas não necessariamente pela pessoa jurídica contratante, e provoca prejuízos ao contratado independentemente de sua vontade. O exemplo comumente utilizado na doutrina é a majoração de um tributo que incida em matérias-primas necessárias ao cumprimento do objeto contratual.²⁹

equilíbrio econômico-financeiro inicial.” BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

29 Parte da doutrina entende que a aplicação da teoria do fato do princípio somente ocorrerá se a autoridade responsável pelo ato for da mesma esfera do governo que celebrou o contrato; caso seja de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão (DI PIETRO, 2008, p.288). Com a devida vénia, o presente estudo filia-se ao posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, para quem “o princípio é o Estado ou qualquer de suas manifestações internas, de

Ao contrário da alteração unilateral, em que há uma responsabilidade contratual na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, na ocorrência de fato que enseja a aplicação da teoria do fato do princípio, o dever de recomposição desse equilíbrio repousa na ideia de equidade que serve de fundamento à teoria da responsabilidade objetiva do Estado (DI PIETRO, 2008, p. 288). O art.65, II, d³⁰, da Lei nº 8.666/93 traz, segundo doutrina majoritária, o dever da administração pública de manter o equilíbrio econômico-financeiro em decorrência da aplicação da teoria do fato do princípio.

Com o devido respeito, entende-se que o dispositivo acima exige um acordo entre as partes para que seja restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro contratual – abalado por fatos que ensejam a aplicação da teoria do princípio. Como se faz necessário um acordo entre as partes, estas podem acordar em compartilhar

modo que nos parece aplicável a teoria se, por exemplo, um ato oriundo da União federal atingir um particular que tenha contratado com um Estado-membro” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 204). O posicionamento adotado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro é o mesmo dos doutrinadores franceses. Ocorre que na França, no regime jurídico do fato do princípio os direitos do particular são mais intensos do que aqueles reconhecidos em vista da teoria da imprevisão. Já no Brasil, bem observa Marçal Justen Filho: “a distinção não apresenta maior relevância no Direito brasileiro, eis que o art. 65, inc. II, alínea “d”, estabelece que haverá o mesmo tratamento para o fato do princípio ou para a teoria da imprevisão. Mais ainda, o § 5º do art. 65 disciplina a mais clássica hipótese de fato do princípio (elevação da carga tributária) de modo genérico, reconhecendo o cabimento da recomposição da equação econômico-financeira sem estabelecer qualquer distinção relativamente à identidade do sujeito responsável” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 897).

30 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 consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do princípio, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

ou alocar, exclusivamente ao particular ou à administração pública, os riscos oriundos de atos estatais lícitos, válidos e perfeitos que refletem na execução do contrato – desde que respeitado o ordenamento jurídico.

Outro ponto importante a ser reavaliado refere-se ao argumento utilizado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem o reequilíbrio econômico-financeiro, por ocorrência da aplicação da teoria do fato do princípio, repousa na ideia de equidade que fundamenta a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

O primeiro aspecto a ser observado na aplicação dessa teoria refere-se ao dano indenizável compreendido como uma lesão a um direito da vítima, segundo bem leciona Celso Antônio Bandeira de Mello³¹. Conforme a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, só haverá direito à reparação de danos decorrentes de comportamentos estatais lícitos se houver a certeza de dano e de lesão, somada as características da especialidade e da anormalidade.³²

Como os atos estatais que ensejam a aplicação do fato do princípio são lícitos e de caráter geral, faltaria a característica da especialidade para se constituir o direito à reparação de suposto dano sofrido.

Ademais, como é possível distribuir os riscos entre as partes, segundo o art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93, não haveria um direito a ser

31 “Quem não fere direito alheio não tem por que indenizar. Ou, dito pelo reverso: quem não sofreu gravame em um direito não tem título jurídico para postular indenização” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1037).

32 “Dano especial é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela Sociedade. Corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas [...] Dano anormal é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social. A vida em Sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, quanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1039).

lesionado na ocorrência de fato do princípio.

Outro aspecto que impediria a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado seria a ausência do nexo entre o ato proferido pela entidade pública causadora do dano e o particular que sofreu a lesão.

Como o presente estudo sustenta que o fato do princípio se aplica a Estado, incluindo todos os entes da federação – e não apenas a esfera de governo que pertence o contratante -, não seria possível que o ente público que não proferiu o ato, que enseja a aplicação da teoria do fato do princípio, seja responsabilizado por ato proferido por outro ente público causador de lesão ao particular.

Conclui-se, dessa forma, não ser possível presumir que a administração pública seja responsável pelo resarcimento integral do prejuízo sofrido em decorrência de atos estatais lícitos, válidos e perfeitos que refletem na execução do contrato – desde que respeitado o ordenamento jurídico. O legislador facultou que as partes, em comum acordo, dispusessem como seria a manutenção da equação econômica financeira na ocorrência desses atos.

Veja que a parte final da aliena “d” do inciso II do art. 65 da Lei 8.666/93 impõe como condição para que o fato do princípio gere ao particular contratado direito à recomposição do equilíbrio econômico financeiro que este se configure como álea econômica extraordinária e extracontratual.

Sendo assim, a contrário sensu, se o fato do princípio já estiver previsto no contrato como um risco assumido pelo particular contratado, este não se configurará como uma álea extracontratual e, consequentemente, não irá gerar direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Entende-se, assim, ser plenamente possível a alocação de riscos oriundos de fatos do princípio nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93.

Talvez os argumentos utilizados pela doutrina para justificar que o resarcimento dos prejuízos seja de responsabilidade exclusiva da administração pública contratante decorram

de uma realidade comum dos contratos administrativos celebrados. Para tornar os contratos mais atrativos aos particulares, talvez seja imprescindível que a administração pública se responsabilize por esses ônus, sem que, no entanto, seja uma obrigação pautada no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93.

Fato da administração

O fato da administração consiste em qualquer comportamento irregular da administração pública, como parte contratual, que viola direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do contrato. Nem sempre esse comportamento retarda ou impede que o contratado execute o que foi acordado (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.661).³³ Segundo bem exemplifica Hely Lopes Meirelles, “é o que ocorre quando a Administração deixa de entregar o local da obra ou serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou atrasa os pagamentos por longo tempo, ou pratica qualquer ato impeditivo dos trabalhos a cargo da outra parte” (MEIRELLES, 2003, 233).

Constata-se, portanto, que o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro pela ocorrência de fato da administração decorre de uma obrigação contratual.

Respeitado o ordenamento jurídico, é possível que as partes acordem quanto às obrigações e quanto às penalidades aplicadas caso sejam descumpridos os deveres contratuais.

Assim, imputar o dever de resarcimento à parte que descumpriu uma obrigação consiste em obedecer às cláusulas de um contrato, bem como o ordenamento jurídico; trata-se, assim, de repartição de riscos.

O fato da administração apenas retrata essa premissa contratual e legal sob a ótica da administração pública, enquanto parte

descumpridora de suas obrigações. Em todo contrato o particular também é responsabilizado pelos danos advindos do descumprimento de seus deveres contratuais. Nesse sentido dispõe o art. 66 da Lei nº 8.666/93: “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”.³⁴

Aqui, por uma questão de observância aos princípios da eficiência, moralidade e boa-fé, é impossível se cogitar que o particular contratado assuma riscos contratuais decorrentes do descumprimento contratual da administração pública, razão pela qual se afasta a aplicação da alocação de riscos no caso de fatos da administração.

Álea econômica

Por fim, há a álea econômica que consiste na ocorrência de fatos externos ao contrato, estranhos à vontade das partes, imprevisíveis e inevitáveis, que causam um desequilíbrio grande na avença, com consequências incalculáveis, tornando a execução onerosa para uma das partes.³⁵

Trata-se, em regra, da aplicação da teoria da imprevisão, cujo surgimento remonta aos arestos do Conselho de Estado francês, especialmente o célebre caso da Cia. de Gás de Bordeaux em 1916.³⁶

34 BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Também o Código Civil prevê sanções para o descumprimento de obrigações contratuais: “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.” (BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002- Código Civil).

35 Não se coaduna com o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p.291), segundo o qual a álea econômica consiste em “todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.” (sem negrito no original).

36 “Nele [no caso da *Compagnie Générale D'Éclairage de*

33 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, sustenta que os fatos da administração impedem a execução do contrato: “o fato da Administração compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, pode tornar impossível a execução do contrato ou provocar seu desequilíbrio econômico” (DI PIETRO, 2008, 289).

Na doutrina há ampla aceitação da aplicação dessa teoria em relação à superveniência de fatos anormais, estranhos às partes, ou seja, inimputáveis a elas, e que não poderiam ser razoavelmente previstos no momento da conclusão do contrato. No entanto, como bem observou Flávio de Mendonça Campos (2001, p. 440), “a rigor, a doutrina não se esforça em realizar análise mais profunda ou detalhada destes conceitos; predomina a exposição exemplificativa e casuística”.

Especialmente quanto à imprevisibilidade do evento, pouco se diz acerca da noção de imprevisível. Entende-se que imprevisíveis não são os eventos de ocorrência impossível— haja vista quase todos os eventos serem passíveis de previsão -, mas sim aqueles que, em um panorama de razoabilidade, afastam-se do limite de ordinariedade de ocorrência. Partindo-se de fatos comuns chega-se ao extraordinário, sem que, no entanto, seja possível delimitar com

Bordeaux (de 1916)], discutiu-se sobre a majoração do valor do carvão (insumo utilizado na fabricação de gás) em decorrência da ocupação pela Alemanha, no período da guerra, da maioria das regiões produtoras e das dificuldades do transporte marítimo naqueles dias, o que acarretou excessivo e imprevisto aumento dos custos. Apesar de considerar que a álea normal do negócio compreende a variação do preço da matéria-prima, o Conselho usou a teoria da imprevisão para assegurar ao particular a manutenção do equilíbrio econômico, acolhendo o argumento de que o comprometimento da economia do contrato por evento que não podia ser previsto pelas partes não pode prejudicar a continuidade do serviço público ou significar ônus exagerado ao particular. “ALMEIDA, Pericles Ferreira de. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, out. 2011. Vale transcrever as anotações de Flávio de Mendonça Campos: “a teoria da imprevisão nasce a propósito dos contratos de concessão, que continuariam a ser, pelas suas próprias características, seu campo natural de aplicação, gerando o maior número de arrestos sobre a matéria na jurisprudência do Conselho de Estado. A partir do julgamento do caso Gaz de Bordeaux, contudo, a teoria foi estendida para os contratos de obras públicas e de prestação de serviços de execução continuada, afinal consolidando-se o entendimento de que seria aplicável a todos os contratos administrativos de execução diferida, excetuados aqueles cujo intervalo entre a conclusão e a execução seja breve” (CAMPOS, 2001, p. 439).

exatidão a imprevisibilidade de determinado fato. Talvez em razão dessa indeterminação prévia do que sejam eventos imprevisíveis a doutrina atente-se à exposição exemplificativa e casuística desses fatos.

Quanto aos fatos ordinários, previsíveis, mas de consequências incalculáveis que ensejam a aplicação da teoria da imprevisão, exemplifica-se a desvalorização monetária produzida pela inflação, haja vista nem sempre ser possível estimar de antemão as variações possíveis.³⁷ Entretanto, em relação a esses eventos, só será possível a aplicação da teoria da imprevisão se a economia contratual for gravemente perturbada, desequilibrando radicalmente a equivalência entre encargos e prestações inicialmente prevista, para além de qualquer previsão, tornando o vínculo deficitário.³⁸

37 É por situações como essa que a Lei determina o critério de reajuste do preço necessário à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro eventualmente rompido. Na ocorrência dessas hipóteses, o Tribunal de Contas da União autoriza o reequilíbrio econômico-financeiro contratual: “9. A justificativa para a majoração dos preços iniciais do contrato também se mostrou bastante razoável: em meio ao interregno transcorrido desde a homologação da licitação e a requisição do combustível pelo Incra, o Governo autorizou um aumento no preço dos combustíveis que atingiu toda a rede de distribuição nacional, caracterizando a álea econômica extracontratual, fato que não poderia ser desprezado em face do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido em contrato, mesmo porque, no caso contrário, poderia resultar em excessivo ônus à empresa contratada e enriquecimento indevido da Administração Pública.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Segunda Câmara. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 742/2011. Relator Min. André Luís de Carvalho. Acesso em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Disponível em 18 de abril de 2013. Nesse sentido é o posicionamento de Flávio de Mendonça Campos: “Admite-se igualmente a aplicação da teoria da imprevisão quando o fato, embora ordinário e previsível ou mesmo já conhecido no momento da conclusão do contrato, tenha consequências anormais e imprevisíveis sobre a economia contratual, caracterizando assim a álea extracontratual. Por álea extracontratual entenda-se a margem de variação de ganhos e perdas do co-contratante razoavelmente previsível no momento da conclusão do contrato; a ideia também tem raiz, como visto, no arresto *Gaz de Bordeaux*” (CAMPOS, 2001, p. 440).
38 O Conselho de Estado francês não admite a indenização integral dos prejuízos sofridos pelo contratante privado em

Outra hipótese de álea econômica são as chamadas sujeições imprevistas, descritas por Marçal Justen Filho:

As sujeições imprevistas são dificuldades materiais, exteriores à vontade das partes e imprevisíveis, que oneram a execução da prestação contratual. As sujeições imprevistas compreendem fatos anteriores à contratação, os quais são revelados em momento posterior. O exemplo clássico é a falha geológica do terreno, que inviabiliza a execução da obra de engenharia tal como originalmente concebida. Ela não se confunde com o fato imprevisto, que se caracteriza concretização superveniente. No caso da sujeição imprevista, o problema é anterior à contratação, mas desconhecido. Não se trata de um fato novo, mas de um fato pretérito desconhecido e que não era exigível que fosse conhecido, apto a impossibilitar a execução contratual tal como originalmente concebida. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 895).³⁹

virtude das hipóteses mencionadas em que se aplica a teoria da imprevisão. Valendo-se novamente dos ensinamentos da Flávio de Mendonça Campos: o fundamento da indenização da imprevisão no direito francês não é a ideia de justiça contratual, de necessário equilíbrio comutativo entre as vantagens reciprocamente atribuídas às partes no contrato administrativo, e sim a necessidade de preservação do interesse público pela viabilização da continuidade da execução do contrato; formadas à luz da concepção clássica, oitocentista, de contrato (*pacta sunt servanda*), doutrina e jurisprudência tomam como um fato natural da vida empresarial que um contrato se torne deficitário, até mesmo ruinoso, em virtude de eventos imprevistos ou imprevisíveis. Assim, o fato da Administração partilhar com o co-contratante o prejuízo é visto como um benefício excepcional, ‘colaboração’, ‘ajuda’; impõe aqui a ideia de responsabilidade final, e não responsabilidade causal, donde a observação de Marcel Waline no sentido de que a teoria da imprevisão se aplica em virtude de ‘circunstâncias pelas quais, no estrito rigor do direito, a coletividade pública não é responsável’”(CAMPOS, 2001, p. 443).

39 Em sentido um pouco diverso é o posicionamento de Flávio de Mendonça Campos: “É interessante observar que o conceito não se limita a dificuldades preexistentes, mas desconhecidas pelas partes; qualificam-se como sujeição imprevista, assim, a inundação, as chuvas anormais e mesmo fatos de terceiros. Entre a sujeição imprevista e a imprevisão, portanto, há diferença de natureza: a primeira onera tecnicamente o contrato e, portanto, só o afeta economicamente de forma mediata; a imprevisão onera o contrato economicamente, notadamente pelo aumento do custo de insumos e matérias primas”(CAMPOS, 2001, p. 443-444).

Na ocorrência de sujeições imprevistas, aplica-se a solução jurídica equivalente àquela aplicável aos fatos supervenientes, imprevisíveis ou mesmo de consequências incalculáveis, ou seja, aplica-se a teoria da imprevisão.

Finalmente, há a questão da *força maior* ou *caso fortuito*, tratados no presente estudo da mesma forma, haja vista as consequências jurídicas não serem distintas entre ambos. Deve-se considerá-los fatos não imputáveis “ao devedor que impossibilite a execução do contrato, total ou parcialmente” (FERREIRA, 2012).

São eventos excepcionais e imprevisíveis, não passíveis de serem suprimidos por meio da conduta do particular, podendo tanto decorrer de eventos da natureza quanto de “ocorrências e processos sociais, desde que seja impossível individualizar uma conduta imputável a um agente determinado. Assim, pode-se exemplificar com o encerramento das atividades dos fornecedores de certo produto” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 893).

Na ocorrência desse entendimento acerca de caso fortuito ou força maior, aplica-se também a teoria da imprevisão.

Tendo em vista todo o exposto neste item, observa-se que a argumentação em torno das soluções jurídicas aplicáveis às áleas econômicas dos contratos administrativos, encontram respaldo legal no já mencionado art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93.

Assim, na ocorrência das chamadas áleas econômicas, o contrato poderá ser alterado, por acordo das partes, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro. Não há, *a priori*, qualquer dispositivo legal que imponha a responsabilidade à administração pública em arcar com o ônus sofrido pelo particular na ocorrência de áleas econômicas. Por isso que todos os eventos referentes às áleas econômicas são passíveis de serem compartilhados entre os contratantes.

Aqui, novamente é importante se fazer a interpretação *a contrario sensu* da aliena “d” do inciso II, do art. 65, da Lei 8.666/93. Referido dispositivo prevê o direito à recomposição por parte do particular quando a álea for extracontratual, o que nos permite concluir que contratualmente estes riscos podem ser

repartidos de forma diferente.

A repartição objetiva dos riscos permite que a parte responsável adote medidas capazes de mitigar a ocorrência dos eventos e até mesmo celebrar seguros que evitem o desequilíbrio contratual.

Somente com uma repartição clara e objetiva dos riscos é que o contrato administrativo terá um contexto favorável à execução contratual eficiente e duradoura, resguardando o interesse público e do particular contratado.

CONCLUSÃO

Ao longo de todo o exposto no presente artigo, buscou-se demonstrar a possibilidade de se alocar – entre o particular contratado e a administração pública – os riscos dos contratos administrativos regulados pela Lei nº 8.666/93.

Doutrina e jurisprudência majoritárias negam veementemente essa possibilidade. Da aplicação de todas as teorias que sustentam esse posicionamento vigorante, percebe-se que há a ideia de que as áleas devem ser suportadas exclusivamente pela administração pública em razão do direito constitucional à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro conferido ao particular pelo art. 37, XXI, da C.R./88.

A partir desse direito constitucional, defende a maioria dos juristas que emanaria a ideia de que nos contratos administrativos compete à administração responsabilizar-se exclusivamente por fatos que abalem a equivalência entre os encargos conferidos ao particular e a remuneração a ele devida, segundo as condições efetivas da proposta. Dessa forma, não seria possível alocar os riscos nos contratos da Lei nº 8.666/93, nos termos dos contratos regidos pela Lei nº 11.079/04.

Ora, o art. 37, XX, da CR/88 exige apenas que sejam mantidas as condições efetivas da proposta, não obrigando à administração pública suportar todos os riscos dos contratos administrativos, tampouco garantindo o lucro nominal devido ao particular.

Por isso que a manutenção das condições efetivas da proposta exige o respeito às cláusulas

contratuais e o ordenamento jurídico vigente. Como não há vedação legal à repartição de riscos nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, não há, *a priori*, empecilho nessa alocação de riscos.

Não se está, assim, esquivando-se da aplicação de princípios gerais do direito, como os princípios da boa-fé, da equidade e do abuso de direito, que seriam invocáveis nos contratos em que uma das partes contratuais se locupletasse a expensas de outra devido à ocorrência de circunstâncias supervenientes (BANDEIRA DE MELLO, 2010). Segundo bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.205) “não é útil, mas pernicioso à coletividade, impor o cumprimento de contrato que arruine o devedor. O próprio credor, conforme a repercussão do empobrecimento do devedor, sofre as consequências de sua intransigência”.

Dessa forma, a partir dos apontamentos feitos no presente trabalho, não se pretende exigir que o particular suporte ônus não devido, tampouco se aceita que a administração pública se locuplete à custa do contratado.

Ao contrário, defende-se aqui a justa remuneração devida ao particular, em contrapartida às suas obrigações, haja vista não se tratar de interesse público o desequilíbrio da relação contratual, tampouco a extração de vantagem não devida ao particular contratado.

No entanto, faz-se imprescindível uma melhor avaliação dos riscos nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, para que possam ser também devidamente compartilhados.

Ao aceitar essa ideia, não se furta a possibilidade de o particular especificar os riscos que lhe competem, assim como fazem nos contratos de PPP. O que não se aceita é a negação da alocação de riscos nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, nos termos dos argumentos defendidos pela doutrina majoritária. Por isso, entende-se necessária uma releitura acerca dos riscos nos contratos administrativos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Pericles Ferreira de. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. **Fórum de Contratação**

e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, out. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=75563>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Celso Antônio. **Grandes temas de direito administrativo**. 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.Planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abril 2013.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao/37.htm>. Acesso em: 10 abr. 2013.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao/37.htm>. Acesso em: 10 abr. 2013.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao/46.htm>. Acesso em: 10 abr. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 11 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 05 abr. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.708 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8708.htm>. Acesso em: 15 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 612.123/SP. Rel. Ministro Luiz Fux. Julgado em 08/03/2005, DJ 29/08/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso especial nº 216.018/DF. Relator Min. Franciulli Netto. Julgado em 05/06/2001, DJ 10/09/2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Consulta.

Processo nº 930.039/1998-0. Relator Min. José Antônio Barreto de Macedo. Data da sessão 12.05.1999. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 de abril de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Segunda Câmara. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 742/2011. Relator Min. André Luís de Carvalho. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br>. Acesso em 18 de abril de 2013.

CAMPOS, Flávio de Mendonça. **Equilíbrio contratual: estudo comparado de direito administrativo e direito civil**. 2001. 682f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Bruno Oliveira da Silva. A definição de riscos nas parcerias público-privadas à luz da segurança jurídica. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 10, o ut. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=81751>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GIORGI, Raffaelle de. **Direito, democracia e riscos: Vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

IKENAGA, Ana Lucia. **Mutações do conceito de equação econômico-financeira**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 96, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=64449>>. Acesso em: 2 abr. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética: 2010.

MARINS, Vinicius; **OLIVEIRA**, Rodrigo Reis de. As parcerias público-privadas e o problema da alocação de riscos: uma análise do caso da modernização do Estádio “Mineirão” para a Copa do Mundo de 2014. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=72155>>. Acesso em: 01 abr. 2013, p. 12.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relatora Des. Áurea Brasil. Apelação Cível nº 1.0024.09.702577-9/001. Data de julgamento 09.02.2012. Data de publicação da súmula 24.02.2012. Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

PEREIRA, Cesar Guimarães. O processo licitatório das Parcerias público privadas (PPP) na Lei 11.079/2004. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coords.). **Parcerias público privadas:** um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 198-239.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUZA, Guilherme Carvalho e. Análise de equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 127, jul. 2012. Parecer. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?PdiCntd=80170>>. Acesso em: 14 fev. 2013.