Número 23 – agosto/setembro/outubro - 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

A RECOMPOSIÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO EM FACE DO INCREMENTO DOS ENCARGOS SALARIAIS

Fernando Vernalha Guimarães
Doutor em Direito do Estado pela UFPR
Professor-Coordenador da Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Curitiba (Unicuritiba) e de outras Instituições,
Advogado e Consultor em Direito Público.

1. Introdução

Dissídios e acordos coletivos de trabalho podem acarretar a elevação dos custos de produção de contratos administrativos. Como eventos de conseqüências incalculáveis, subsumem-se, em princípio, à hipótese da aliena "d" do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93, ensejando o dever jurídico de a Administração restabelecer a equação econômico-financeira correspondente. Mas a orientação da jurisprudência, de um modo geral, tem recusado esta interpretação. Há uma tendência jurisprudencial em alguns julgados do Tribunal de Contas da União em não admitir a hipótese de restabelecimento do equilíbrio contratual na ocorrência de eventos desta natureza. Outros tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça, compartilham de orientação semelhante.

A orientação, contudo, merece ser revista. Há relevantes aspectos olvidados por esta construção jurisprudencial que demandam exames mais aprofundados. Este texto pretende avançar no tratamento desta questão, propondo uma revisão das tendências jurisprudências negativistas do direito à recomposição do equilíbrio contratual em face dos reajustes salariais.

O enfrentamento da questão requer, inicialmente, a fixação de algumas noções teóricas acerca da tutela do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos. Neste contexto, relacionam-se teorias que, florescidas no direito francês, foram, em alguma medida, importadas pela dogmática do contrato administrativo no Brasil. A interpretação que muitas vezes tem sido acolhida para estes temas ainda carrega (quase sempre inadvertidamente) concepções próprias das construções da jurisprudência francesa. Assim, o enfrentamento do problema,

inclusive para a afirmação da identidade da disciplina nacional, não deve desprezar aquelas noções trazidas do direito estrangeiro.

Após a delimitação destas noções, pretenderei debruçar-me sobre a correta exegese da regra do disposto na alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93, para, então, enfrentar, mais especificamente, a hipótese do reajuste salarial como evento hábil a desencadear o dever jurídico da Administração em restabelecer a equação econômico-financeira do contrato.

2. A positivação da teoria da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo

Tradicionalmente, a doutrina brasileira sempre acolheu uma teoria da intangibilidade da equação econômico-financeira dotada de um amplo âmbito tutelar, numa versão mais protetiva que a própria matriz francesa que a inspirou. A Lei nº 8.666/93 encerrou uma configuração deste princípio intensamente generosa à esfera de direitos do particular.

Por influência do direito francês, é costumeiro no exame a propósito do âmbito de proteção da equação econômico-financeira dos contratos administrativos gerais contrapor a existência de uma álea ordinária (caracterizando-se como o risco ordinário e previsível suportado pelos contraentes) a de uma álea extraordinária (envolvendo riscos imprevisíveis). Diz-se que os eventos reconduzíveis à álea ordinária que provocarem o rompimento na equação econômico-financeira do contrato não se constituirão em pressupostos aptos a impor o dever jurídico da Administração em ressarcir os prejuízos verificados. Sendo previsíveis os riscos, não há que se falar em responsabilização administrativa quanto à recomposição da equação econômico-financeira. Já a álea extraordinária compreenderia eventos hábeis a, produzindo desbalanceamento na equação financeira, sujeitar a Administração ao dever jurídico de sua recomposição. Abrange tanto agravos econômicos sofridos pelo contratado a propósito de conduta da Administração Pública (*álea administrativa*), como circunstâncias externas ao contrato, caracterizáveis como fatos imprevistos e imprevisíveis ao tempo da celebração contratual, hábeis a provocar desequilíbrio econômico na esfera do pacto (*álea econômica*)[1].

[1] Acerca do assunto, já escrevi: VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 259 a 262 e 295 a 300. "A recomposição de preço nos Contratos Administrativos gerais por elevação imprevisível no custo de insumos". *In Revista Zênite de Licitações e Contratos*, ano XIII, nº194, Editora Zênite. Curso de Direito Administrativo (coord. Marcelo Harger) Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 255 e ss.

A doutrina sobre o tema é vastíssima. Ver, entre outros, TÁCITO, Caio. "O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público", *In Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. I, 1997, p. 199 a 255. SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 237 a 249. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 747 e ss. JUSTEN FILHO, Marçal. *Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos, a Lei nº 8.666 e o Plano Real*, ILC - Informativo Licitações e Contratos, Zênite, nº 8, outubro/1994, p. 475 a 487. JUSTEN FILHO, Marçal. *Reajuste de preços e garantias constitucionais*, ILC - Informativo de Licitações e Contratos, março/1999, nº 61, p. 165 a 176. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo", In *Direito administrativo na década de 90*. São Paulo: RT, 1997. BANDEIRA DE MELLO, C. A. "O equilíbrio econômico nos contratos administrativos",

No campo das *áleas extraordinárias*, indicam-se quatro causas aptas a produzir o rompimento da equação econômico-financeira do contrato: (i) a modificação unilateral do contrato (ii) o fato da Administração; e (iii) o fato do príncipe, que caracterizam a *álea administrativa*, e (iv) os *fatos imprevisíveis e excepcionais* hábeis a provocar o rompimento da equação (teoria da imprevisão - *cláusula rebus sic stantibus*), que caracterizam a *álea econômica*.

A *modificação unilateral do contrato* consiste na intervenção formal e direta no conteúdo do contrato administrativo, particularmente vocacionada à alteração de cláusulas regulamentares, e que, em regra, repercute no rompimento da equação econômico-financeira do contrato (art. 58, I, e 65, I, da Lei n° 8.666/93). O ato de instabilização, nesse caso, deverá desde logo, ao produzir a modificação das condições de execução, reorganizar economicamente o contrato, restabelecendo a sua equação originariamente firmada.

O *fato da Administração* retrata conduta lesiva (e ilícita) da Administração levada a efeito como parte contratante. Será um comportamento da Administração tomado na qualidade de parte no contrato que acarrete a impossibilidade de sua execução ou o desbalanceamento da equação econômico-financeira. São as hipóteses, por exemplo, da não-liberação do terreno em que se promoverá a execução da obra; da não-expedição de ordem de serviço para o início das tarefas, quando obrigatória, etc. A Lei n° 8.666/93 disciplinou uma série de direitos do contratado em face da ocorrência de fatos da Administração (incisos XV e XVI do artigo 78 e inciso VI do § 1° do art. 57).

O *fato do príncipe* consiste em ato praticado pelo Poder Público (não como parte no contrato) que, mesmo sem relação direta com o contrato administrativo, nele repercute, provocando, de modo reflexivo, o rompimento da equação econômico-financeira. Não pressupõe um ato dirigido a instabilizar relação jurídico-contratual; é, em regra, medida de ordem geral e que apenas indiretamente repercute alterações no seio do contrato. Por isso, qualifica-se como um mero *fato jurídico* (em relação aos efeitos produzidos no contrato).

E sob a proteção da *teoria da imprevisão* estão todos os fatos imprevistos e imprevisíveis que, involuntários e exteriores ao domínio da Administração, provoquem o rompimento da equação econômico-financeira do contrato. Os fatos da economia, como a alteração imprevisível e busca no custo de certos insumos que integram os custos de produção do contrato administrativo, são exemplos de eventos tutelados pela teoria da imprevisão.

Esta construção dogmática retrata a importação de teorias nascidas no direito francês. Esses enfrentamentos permearam de certo modo a interpretação dos dispositivos da Lei Geral dos contratos administrativos no direito brasileiro aplicáveis ao tema, mesmo que descoincidente com o tratamento da questão na França (o que revela, sob um ângulo, certa inutilidade daquela classificação ao exame da problemática no direito brasileiro). Fato é que aquela categorização está, de um modo geral, associada ao princípio da equação

---

In *Perspectivas de direito público (estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. São Paulo, 2006. SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de concessão de serviços públicos – equilíbrio econômico-financeiro.* Curitiba: Juruá, 2003. GASPARINI, Diógenes. "Reajuste, Revisão e Repactuação", ILC - Informativo de Licitações e Contratos, n. 123, maio/2004, p. 416 e ss. – "Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato – ausência de previsão em ato convocatório ou contrato – decurso de um ano da data limite para apresentação da proposta", ILC - Informativo de Licitações e Contratos, n. 35, janeiro/1997, p. e 26.

econômico-financeira do contrato administrativo no direito brasileiro - particularmente à exegese do tratamento do tema pela Lei nº 8.666/93.

1.1 *O acolhimento do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira pela Constituição Federal*

É relevante destacar, primariamente, que a manutenção da equação econômico-financeira do contrato administrativo no direito brasileiro tem raiz constitucional. O princípio está contemplado no inc. XXI do artigo 37 da Constituição.

O reconhecimento da constitucionalização do princípio produz conseqüências jurídicas relevantes. Por um lado, impede-se que o legislador infraconstitucional elimine a garantia da manutenção das condições econômicas efetivas da proposta; por outro, subtrai-se da Administração (incumbida da confecção da minuta do contrato) a possibilidade de pactuar o afastamento da incidência do princípio. Os instrumentos de recomposição da equação econômico-financeira do contrato serão sempre exercitáveis em face da verificação da situação pressuposta, independentemente de sua previsão no conteúdo do contrato.

Mas o princípio está também positivado pela legislação infraconstitucional.

1.2 *A disciplina legal da tutela da equação econômico-financeira do contrato administrativo*

Diversas normas legais encarregam-se de assegurar e disciplinar a tutela da equação econômico-financeira do contrato administrativo. Seria possível referir a três principais diplomas que definem e disciplinam espécies de contratos administrativos: a Lei nº 8.666/93 (que se destina a regular os "contratos administrativos gerais"); a Lei nº 8.987/95 (que se destina a regular a "concessão de serviço público"); e a Lei nº 11.079/2004 (que regula a "parceria público-privada"). Em todas estas leis há normas específicas destinadas à disciplina da matéria da intangibilidade da equação financeira do contrato administrativo, cujo tratamento é customizado em função também da natureza do contrato. Interessa aos enfrentamentos que seguem a disciplina geral do tema fixada no conteúdo da Lei nº 8.666/93.

2. A disciplina específica prescrita pela Lei nº 8.666/93

A Lei nº 8.666/93 tratou da problemática da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo em diversos dispositivos. Além de assegurá-la pela verificação do *fato da Administração* (inciso VI do § 1º do art. 57), a garantiu quanto à alteração do conteúdo do

contrato (§ 2º do art. 58; § 6º do art. 65); ao *fato do príncipe* (§ 5° e alínea "d" do inciso II do art. 65); e à *teoria da imprevisão* (alínea "d" do inciso II do art. 65)[2].

Esta lei operou uma espécie de unificação de algumas daquelas situações (especialmente quanto à *teoria da imprevisão* e *teoria do fato do príncipe*, que não conduzem em todos os casos a tratamento uniforme no direito francês) debaixo do mesmo regime jurídico. Como regra, adotou-se a concepção de que eventos imprevisíveis ou de conseqüências imprevisíveis (álea extraordinária), posteriores ao oferecimento da proposta pelo particular, configuram motivo bastante a atrair a responsabilidade administrativa quanto ao restabelecimento da equação econômico-financeira.

Particularmente a norma prevista na alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 trouxe como hipótese normativa a desencadear o comando da tutela da equação financeira do contrato eventos imprevisíveis ou de conseqüências incalculáveis que repercutam diretamente nos custos de produção do contrato.

Em termos simplistas, a norma parece ter incorporado a exegese das teorias do *fato do príncipe* e da *imprevisão*, uniformizando as conseqüências jurídicas decorrentes. Mas esta afirmação revela-se excessiva, porquanto há diferenças marcantes que apartam o tratamento jurídico veiculado pela norma da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 da exegese costumeiramente extraída daquelas teorias (particularmente quanto à caracterização dos pressupostos para sua aplicação). À questão se voltará adiante.

2.1 *A exegese do dispositivo da alínea "d" do inciso II do artigo 65*

A regra da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 prevê hipótese de alterabilidade consensual do contrato administrativo com vistas a "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 área econômica extraordinária e extracontratual".

A redação do dispositivo é abrangente e instala uma ampla tutela protetiva da equação financeira do contrato administrativo, abarcando como causas aptas a desencadear o dever jurídico da Administração em restabelecer o equilíbrio contratual todo e qualquer fato econômico *superveniente* à celebração

[2] Alguns autores destacam como causa apartada da teoria da imprevisão as chamadas "sujeições imprevistas", sendo estes fatos materiais e incidentes técnicos capazes de onerar a execução do contrato. São, assim como as circunstâncias econômicas que acolhe a teoria da imprevisão, fatos imprevistos e imprevisíveis. Mas distinguem-se destas porquanto se caracterizam como problemas quanto à execução material do contrato (como, por exemplo, a descoberta de camada rochosa subterrânea durante escavações para a execução de obra), enquanto as situações sob a proteção da teoria da imprevisão seriam incidentes de natureza econômica, como a elevação aguda no preço de determinados insumos utilizados na execução de obra; a variação no câmbio do dólar etc.

do contrato, ou de *conhecimento superveniente*, *imprevisíveis* ou de *conseqüências incalculáveis* que, externos ao contrato e alheios à responsabilidade do contratado, impactem os custos de produção do contrato.

Uma adequada exegese do dispositivo importa reconhecer, portanto, a existência de quatro pressupostos cumulativos para a incidência da tutela à equação financeira do contrato, que podem ser assim sintetizados: 1) existência de fato *superveniente* (ou de conhecimento superveniente às partes contraentes) ao momento de propositura das propostas na esfera da licitação (ou no processo de contratação); 2) existência de prejuízos de repercussão econômica ocasionados pelo fato superveniente a uma das partes contraentes; 3) ausência de responsabilidade-culpa da parte agravada quanto à ocorrência do fato; 4) imprevisibilidade do evento superveniente (ou de conhecimento superveniente) ou imprevisibilidade de suas conseqüências ou da dimensão de duas conseqüências.

2.1.1 *Existência de fato superveniente (ou de conhecimento superveniente às partes contraentes) ao momento de propositura das propostas na esfera da licitação*

O primeiro pressuposto consiste na superveniência do fato gerador do agravo econômico à parte contraente, ou de seu conhecimento. É evidente que fatos anteriores à apresentação das propostas na licitação não podem ser invocados como causa de prejuízo à parte contraente, pois se presumem considerados na proposta. Mas é possível supor hipóteses em que, embora ocorrido anteriormente ao momento da celebração do contrato ou da fase de proposição na licitação, o fato não pudera ser conhecido pela parte por razões justificáveis. Neste caso, o conhecimento superveniente do fato funciona como o próprio evento superveniente em si.

Pontue-se que, muito embora a equação econômico-financeira do contrato se aperfeiçoe com a formalização do ajuste, sua equação financeira se reporta a momento anterior: à data de apresentação das propostas (ou à data do orçamento a que esta se referir). O raciocínio é elementar: após encerrada a proposta, os eventos supervenientes não mais poderão ser considerados para o fim de cômputo do preço. Daí porque a equação-financeira prende-se ao momento de encerramento da fase de proposição na licitação.

Em certas situações, o Edital fixa orçamento e o remete à data-base específica, quando o critério de melhor proposta será a oferta de descontos (eventualmente, lineares) sobre os preços plasmados no Edital. Aqui, o momento de formação da equação financeira se fixa na data-base definida com o ato convocatório.

Esse entendimento está exarado em diversas manifestações do Tribunal de Contas da União. Cite-se, por todos, o Acórdão nº 474/2005 (Plenário - Rel. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti), cujo voto do Ministro Relator assim sustentou:

> *"O princípio da manutenção da equação econômico-financeiro, por sua vez, impõe que, nos casos de já se ter passado mais de um ano da apresentação da proposta ou da elaboração do orçamento a que ela se referir, deve o início da execução contratual ocorrer com os preços reajustados. Caso contrário, a execução contratual se iniciará com preços extremamente desatualizados, provocando o*

> *enriquecimento ilícito da Administração. Esse entendimento mantém a relação original entre encargos e vantagens da relação contratual, pois é condição da manutenção do equilíbrio que a partir de um ano da data-base das propostas os preços sejam reajustados. Ou seja, o máximo de defasagem de preços que o contratado deve suportar é aquela referente a um ano (art. 28 da Lei nº 9.069/95 e art. 2º da Lei nº 10.192/01). Impor mais do que isso, o que ocorreria na questão aqui tratada caso os contratos fossem executados sem prévia atualização, implicaria a quebra do equilíbrio".*

2.1.2 *Existência de prejuízos de repercussão econômica ocasionados pelo fato superveniente a uma das partes contraentes*

O segundo pressuposto diz com a existência de *prejuízos* ocasionados pelo fato superveniente a uma das partes contraentes. A ausência de prejuízo impede, por falta de objeto, a imposição do dever ressarcitório a título da recomposição do equilíbrio contratual. Mas ainda quando haja prejuízo, é necessário que atinja *diretamente* os custos de produção do contrato. Não caberia, por exemplo, aludir ao dever de restabelecimento da equação financeira do contrato por majoração na alíquota do imposto sobre a renda, estabelecida por lei superveniente (fato do príncipe). A hipótese esbarraria na ausência de incidência direta da variação de carga fiscal sobre os custos de produção do contrato (o que tem sido reconhecido pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União[3]). A parte poderia experimentar prejuízo em decorrência do evento, mas este incidiria sobre o resultado da exploração contratual e não diretamente nos custos de execução. Na hipótese, não haveria propriamente um desequilíbrio do contrato ou o rompimento de sua equação financeira. Por isso, a repercussão direta do evento sobre os custos de produção do contrato deve ser um pressuposto obrigatório para ensejar o dever jurídico ressarcitório do desequilíbrio contratual.

2.1.3 *Ausência de responsabilidade-culpa da parte agravada quanto à ocorrência do fato*

[3] A orientação tem levado o Tribunal de Contas da União a determinar a exclusão do cômputo destes tributos na planilha de custo direto de composição do orçamento. Como decidido pelo Acórdão nº 3257/2007: "Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.1. orientar as unidades técnicas do Tribunal que, quando dos trabalhos de fiscalização em obras públicas, passem a utilizar como referenciais as seguintes premissas acerca dos componentes de Lucros e Despesas Indiretas - LDI: 9.1.1. os tributos IRPJ e CSLL não devem integrar o cálculo do LDI, nem tampouco a planilha de custo direto, por se constituírem em tributos de natureza direta e personalística, que oneram pessoalmente o contratado, não devendo ser repassado à contratante (...)".

Como terceiro pressuposto, alude-se à ausência de responsabilidade-culpa da parte agravada quanto à ocorrência do fato. Se o evento foi gerado por culpa ou responsabilidade do contratado, elimina-se o direito ao restabelecimento indenizatório em face do ocorrido. Se o contratado, por exemplo, passa a experimentar preços mais elevados na aquisição de insumos utilizados na execução do contrato por uma condição *subjetiva* sua, descabe premiá-lo com o ressarcimento do prejuízo.

Este pressuposto relaciona-se com a *imprevisibilidade* da ocorrência lesiva – elegido como quarto e último pressuposto a caracterizar o deve jurídico em prover a recomposição do equilíbrio contratual.

2.1.4 *Imprevisibilidade do evento superveniente (ou de conhecimento superveniente) ou imprevisibilidade de suas conseqüências ou da dimensão de duas conseqüências*.

Se o evento era gerenciável pelo contratado em face de sua previsibilidade, elimina-se a viabilidade-obrigatoriedade do ressarcimento. Talvez aqui esteja a causa que propicia maiores dificuldades na sua verificação.

O ponto fundamental a atrair a responsabilidade do Estado ao ressarcimento dos agravos suportados pelo contratado reside na *extraordinariedade* do evento. Acolhe-se o raciocínio de que o rompimento da equação econômico-financeira apto a atrair a responsabilidade da Administração deve ser motivado por eventos *imprevisíveis* ou (ainda que previsíveis) de *conseqüências imprevisíveis* (ao tempo de formulação da proposta). Em sendo previsível o evento, assim como o dimensionamento de suas conseqüências ao tempo do oferecimento das propostas na licitação, presume-se a sua consideração pelos licitantes, que devem integrar em suas propostas todos os custos previsíveis e projetados à execução do contrato.

Um meio de alcançar uma caracterização satisfatória da álea extraordinária está em contrapô-la a uma área ordinária. Delimitada a zona de risco própria da atividade empresarial rotineira, que exige um exercício de previdência por parte do empresário, os eventos que aconteçam fora deste âmbito seriam considerados extraordinários – imprevisíveis ou de conseqüências incalculáveis. Como referiram EROS GRAU e PAULA FORGIONI,

> *"Espera-se de qualquer empresário que paute seu comportamento negocial de acordo com o padrão dos homens ativos e probos, ou seja, de acordo com o agir normalmente esperado das empresas. A falta de diligência não pode ser protegida pelo ordenamento jurídico, assim como eventuais erros de cálculo também não hão de ser neutralizados pelo direito." O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 111 e 112

Logo, os erros e a má gestão da programação da execução contratual pelo contratado não poderiam dar lugar ao dever de a Administração restabelecer a

equação contratual, quando violada. A hipótese estaria inserida no âmbito da álea ordinária, escapando à tutela da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Por outro lado, excluídos os eventos de consideração obrigatória - previsíveis, portanto, pela empresa -, as demais ocorrências lesivas ao equilíbrio contratual deverão merecer a caracterização de situações imprevisíveis para o fim de autorizar a recomposição de sua equação financeira.

Um ponto que merece atenção relaciona-se à hipótese em que o evento é previsível, mas a dimensão de suas conseqüências, não. Reajustes salariais decorrentes de dissídio ou convenção coletiva, por exemplo, são eventos, em si, previsíveis. Mas é impraticável prever-se a extensão do reajuste. Tais eventos, embora previsíveis, são de conseqüências incalculáveis, caracterizando-se como hipótese subsumível à dicção exata do dispositivo da alínea "d" do inciso II do artigo 65. À questão se voltará adiante.

2.1.5 *Rejeição da onerosidade excessiva como pressupostos à tutela da equação econômico-financeira do contrato*

Não é incomum exigir-se o pressuposto da *onerosidade excessiva* para autorizar-se o exercício da tutela do equilíbrio contratual. Alguns autores advogam a tese pela inaplicabilidade da tutela da equação financeira do contrato quando os agravos suportados pelo contratado são de pequena monta, inexpressivos para caracterizar a chamada "onerosidade excessiva".

A tese figura inclusive em alguns julgados da recente jurisprudência Tribunal de Contas da União. Cite-se o Acórdão nº 538/2008 – Plenário, de Relatoria do Ministro Marcos Vinicios Vilaça, que reafirmou orientação anterior (acolhida no Acórdão nº 45/1999 – Plenário) em exigir o pressuposto da "onerosidade excessiva" para ensejar o dever reparatório pelo Estado. O caso versou sobre a hipótese de recomposição da equação financeira como decorrência da majoração da Cofins e da CPMF. Considerou-se que, além de a elevação da carga tributária ter sido de apenas 1,38% (sendo a taxa de BDI fixada em 48%), a legislação que elevou a Cofins de 2% para 3% trouxe para as empresas a possibilidade de compensação de até 1% dessa contribuição quando do pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. Isso tornaria injustificável à época o pedido de reequilíbrio do contrato no que concerne à Cofins. Diante disso, o aumento tributário resultaria de apenas 0,38%, que seria reduzido para 0,30% a partir de junho/2000, por força da mesma EC 21/1999. Concluiu, então, o julgado pela ausência de *onerosidade excessiva* a justificar o pedido de recomposição da equação econômico-financeira. Nos termos do voto do Ministro Relator destacou-se:

> *17. No tocante ao acréscimo aplicado ao BDI em virtude da majoração da Cofins e da CPMF, já se havia afirmado nestes autos a ausência de configuração de encargo insuportável à contratada decorrente do aumento desses tributos, pelo que não se poderia sustentar a alteração do contrato com fundamento na necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial. Há também os*

> *precedentes deste Tribunal, a exemplo do Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário e da Decisão nº 698/2000-TCU-Plenário, os quais sempre levaram em conta a natureza genérica dos tributos majorados, sobretudo da CPMF, que alcança a economia do país como um todo, para concluir que as majorações desses encargos inserem-se na álea empresarial ordinária, a não ser que, além dos requisitos da involuntariedade e imprevisibilidade do fato, reste evidenciada a onerosidade excessiva da execução contratual original em decorrência do incremento, no caso, da carga tributária. 19. Nas alegações de defesa, a contratada alega que a situação fática que motivou a revisão dos preços não se enquadra na teoria da imprevisão, mas na categoria de fato do príncipe, para a qual seria desnecessário provar a onerosidade excessiva da execução contratual. 20. O argumento foi devidamente refutado pela Secex/RN mediante a transcrição de trechos do referido Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário, que discorrem sobre os limites da aplicação do fato do príncipe e os requisitos necessários à sua aplicação, entre eles a materialidade do ônus imposto ao particular". (o grifo não consta do original).*

Esta posição tem sido reafirmada em diversos julgados do Tribunal de Contas da União.

Com o máximo respeito aos defensores desta orientação, não me parece sustentável em face do direito positivo brasileiro afirmar-se a necessidade do pressuposto da "onerosidade excessiva" para fins de atrair a tutela da equação econômico-financeira do contrato. O pressuposto não consta, nem mesmo implicitamente, da redação da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93. Não há, ademais, qualquer outra regra veiculada pela Lei nº 8.666/93 ou por outras normativas aplicáveis ao tema dos contratos administrativos que prescreva a exigência. É inexplicável, pois, de um ponto de vista hermenêutico, a acolhida do pressuposto da "onerosidade excessiva"[4].

A orientação pode ser explicada historicamente pela importação impensada da teoria da imprevisão ao direto nacional. Mas é equívoco pretender informar a exegese da regra jurídica pátria pela invocação de uma teoria nascida a propósito de outro ordenamento. Especialmente quando há regra específica no direito nacional prescrevendo orientação distinta. O direito comparado não pode ser um instrumento de modificação do direito positivo brasileiro.

O acolhimento desta condição tem origem na exegese genuína da teoria da imprevisão, surgida na jurisprudência do Conselho de Estado francês

[4] Vale consulta, neste particular, ao exame que MARÇAL JUSTEN FILHO faz do problema, concluindo pela incompatibilidade com o direito nacional da orientação que vê na onerosidade excessiva um pressuposto à tutela da equação financeira do contrato. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13ª. Ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 755 e seguintes. ANTÔNIO CARLOS CINTRAL DO AMARAL, no mesmo sentido, recusa a "onerosidade excessiva" como um pressuposto à aplicação da teoria da imprevisão no direito brasileiro. *Licitação e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 189.

(*Compagnie générale d`éclairage de Bordeaux*, de março de 1916[5]). A teoria foi recepcionada pela totalidade da doutrina francesa, que exigiu, dentre os pressupostos para sua aplicação, a verificação de uma profunda modificação nas circunstâncias que circundam a execução do contrato[6]. Para esta doutrina, seria preciso pesar uma oneração excessiva a uma das partes contraentes para autorizar-se a revisão de suas condições econômicas[7].

Mas a aplicação da teoria da imprevisão no contexto dos contratos administrativos na França produz conseqüências bem distintas daquelas que decorrem de sua aplicação no contexto nacional; sob aquele ordenamento, não há um dever jurídico a que uma das partes arque integralmente com o ônus suportado pela outra, promovendo-se o restabelecimento *integral* da equação econômico-financeira do contrato[8].

Mais do que isso, o direito brasileiro não a recepcionou na versão que recebeu da jurisprudência e doutrina francesas[9], sendo que os pressupostos para sua aplicação frente ao ordenamento nacional não são equivalentes àqueles exigidos para a sua incidência no contexto francês. Disso decorre certa inutilidade em invocá-la - particularmente temperada pela leitura dos teóricos franceses - para explicar as causas de desbalanceamento da equação econômico-financeira no direito brasileiro.

Examinada a evolução do direito positivo brasileiro em relação à tutela da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, verifica-se não só um tratamento jurídico abrangente e unificador daquelas diversas teorias construídas pela jurisprudência francesa para explicar as alterações nas cláusulas econômicas do contrato administrativo (teoria do fato do príncipe, teoria da imprevisão, teoria das sujeições imprevistas etc), postas sob o mesmo regime jurídico (o que elimina utilidade em manter-se a distinção, que segue preservada

---

[5] Consulte-se DELVOLVÉ, Pierre. WEILL, Prosper. BRAIBANT, Guy. LONG, Marceau. GENEVOIS, B. *Los grandes fallos de La jurisprudencia administrativa francesa*. Bogotá: Ediciones Librería Del Professional. 2000, p. 116 e seguintes.

[6] Veja-se GUETTIER, Christophe. *Droit des contrats administratifs*. Paris: Presses Universitaires de France. 2004, p. 368 e 369. RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 4ª. d. Paris: L. G. D. J. 2004, p. 257.

[7] Veja-se CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 137. EDUARDO EMILLI também explica a teoria da imprevisão, assinalando que: "o acontecimento deve transformar a prestação em excessivamente onerosa, deve provocar ao contratado um pdesequilíbrio econômico considerável". EMILLI, Eduardo O. "El equilíbrio contractual", *In Contratos Administrativos.* Coord. Ismael Farrando. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 622.

[8] Na França, por exemplo, a imprevisão acarreta a distribuição (não precisamente em partes iguais) do ônus entre as partes contraentes (Administração e contratado). Esta orientação foi acolhida na jurisprudência do Conselho de Estado de 25 de novembro de 1921, *Compagnie des automobiles postales*, Rec. 980; RDP 1921, 499. Este princípio da repartição do ônus se explica – como observa LAURENT RICHER – numa idéia de equidade (JÈZE) ou de justiça distribuitiva (HAURIOU). A Administração tende a suportar uma carga maior do que o contratado: "En principe, l'administration prend à sa charge 90% du déficit, pourcentage d'ailleurs mentionné dans la circulaire du 20 novembre 1974; mais cette part peut être diminuée en considération de la plus ou moins grande diligence du cocontractant". RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 4ª. d. Paris: L. G. D. J. 2004, p. 259.

[9] É preciso observar que, anteriormente à vigência da Lei nº 8.666/93 e do Decreto-lei nº 2.300/86, a aplicação da teoria da imprevisão, fundada no próprio Código Civil então vigente, mantinha certa fidelidade à sua exegese francesa. Consulte-se, a respeito, a orientação histórica proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 56960/SP, de Relatoria do Ministro Hermes Lima, com julgamento em 13/11/1964.

apenas para fins acadêmicos), como a atribuição de um tratamento jurídico à teoria da imprevisão distinto do direito francês.

Basta mera leitura do disposto na alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 para concluir-se pela inaplicabilidade da exegese lhe conferida pelo direito francês.

Por isso, com o devido respeito às orientações divergentes (inclusive àquelas consignadas pelos respeitáveis Ministros do Tribunal de Contas da União), entendo não existir viabilidade jurídica à interpretação que vê a "onerosidade excessiva" como um atributo da hipótese normativa do dispositivo da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93, caracterizando-a como um pressuposto para a incidência do comando normativo trazido pela mesma regra.

2.1.6 *Síntese dos pressupostos à tutela do equilíbrio contratual*

A esta altura, já é possível afirmar que, nos termos da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93, a tutela da equação econômico-financeira do contrato administrativo estará atraída quando se verificarem, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

1) existência de fato *superveniente* (ou de conhecimento superveniente às partes contraentes) ao momento de propositura da propostas na esfera da licitação (ou no processo de contratação) ou de conhecimento superveniente;

2) existência de prejuízos ocasionados pelo fato superveniente a uma das partes contraentes;

3) ausência de responsabilidade-culpa da parte agravada quanto à ocorrência do fato;

4) imprevisibilidade do evento superveniente (ou de conhecimento superveniente) ou imprevisibilidade de suas conseqüências (fato previsível de conseqüências incalculáveis);

5) relação de causalidade direta entre o fato superveniente ou de conhecimento superveniente e os custos de produção do contrato.

3. A hipótese de reajustes salariais como eventos hábeis a provocar o dever de recomposição da equação econômico-financeira

Delimitados os pressupostos específicos à incidência do comando normativo da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93, é necessário, com vistas ao aprofundamento do exame, analisar especificamente a hipótese da oneração dos encargos trabalhistas como fato gerador de prejuízos nos custos de produção do contrato.

Como afirmado acima, a elevação dos encargos trabalhistas em virtude de acordos trabalhistas de classe não pode ser acolhida como um evento plenamente previsível. É correto afirmar-se que o dissídio ou a convenção coletiva em si configuram fatos previsíveis. Mas não é possível prever-se a sua extensão ou calcular a sua valorização. Em razão disso, torna-se absolutamente impraticável dimensionar o seu impacto nas propostas que os licitantes oferecem

à Administração na esfera da licitação. É faticamente inviável, então, que impactos futuros gerados pelo advento de reajustamento salarial sejam previstos e considerados nas propostas oferecidas à Administração. Já por isso, deve ser caracterizado com um evento de conseqüências incalculáveis, apto, portanto, a atrair a tutela do equilíbrio contratual.

Trata-se de aplicar a literalidade da norma da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93, que não apenas prevê os "fatos imprevisíveis", mas, ainda, aqueles "previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis", como hipótese de incidência da tutela da equação financeira. Isto é: o legislador desejou que os fatos previsíveis cujas conseqüências sejam incalculáveis figurem como motivo hábil a atrair o dever jurídico da Administração em restabelecer a equação econômico-financeira do contrato.

O objetivo do legislador – como é perceptível - não consistiu primordialmente em prestigiar o interesse do contratado, outorgando-o um benefício e segurando-o quanto ao risco daquelas ocorrências. Trata-se, sobretudo, de adotar uma premissa econômica tendente a reduzir os custos transacionais na contratação administrativa.

Como não é possível realizar uma previsão segura quanto à extensão da variação dos encargos salariais, a exigência de sua delimitação ao tempo das ofertas na licitação prestigiará a elevação dos custos de transação, fomentando a precificação desta insegurança nas propostas manifestadas pelos interessados[10].

É esse – como me parece – o raciocínio econômico que está subjacente a esta previsão: o legislador optou por assegurar aos contraentes a recomposição da equação econômico-financeira do contrato em virtude de eventos previsíveis mas de conseqüências imprevisíveis com vistas a evitar a incorporação desta álea no custo da contratação administrativa. A solução legislativa promove os princípios da economicidade e da eficiência ao pretender alcançar a redução dos custos transacionais na contratação administrativa.

De todo o modo, seja qual for a razão política ou econômica que subjaz à previsão desta regra, sua dicção é claríssima e não deixa margem para dúvidas quanto ao acolhimento da *imprevisibilidade das conseqüências* de fatos previsíveis como causa à recomposição do equilíbrio contratual.

3.1 *A orientação do Tribunal de Contas da União sobre a questão*

A despeito da clareza da letra daquele dispositivo, o Tribunal de Contas da União tem manifestado, em alguns julgados, o entendimento de que reajustes trabalhistas não caracterizam evento hábil a autorizar a recomposição da equação econômico-financeira do contrato. Parte-se do pressuposto de que estes eventos são previsíveis, retratando mera recomposição inflacionária. Esta mesma orientação tem sido também compartilhada pelo Superior Tribunal de Justiça[11].

---

[10] Como explica argutamente JOSÉ GAZIERO CELLA, "sabendo-se que, se acaso o equilíbrio econômico-financeiro vier a ser rompido, haverá o direito ao seu restabelecimento, o particular, na elaboração de sua proposta, levará em conta tão-só os riscos normais e previsíveis, de maneira que, em conseqüência, o custo para a Administração e, por conseqüência, aos usuários, será menor possível, podendo tornar-se mais elevado somente nas ocasiões em que o equilíbrio for rompido". *Contrato administrativo: equilíbrio econômico-financeiro*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 90.

[11] "O aumento salarial determinado por dissídio coletivo de categoria profissional é acontecimento previsível e deve ser suportado pela contratada, não havendo falar em aplicação da Teoria da

A questão foi enfrentada e decidida no Acórdão nº 1563/2004 – Plenário, de Relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti), onde se equiparou o incremento dos custos salariais a mero reajuste provocado pela inflação, submetendo-o ao regime jurídico do reajuste. A orientação foi repisada no Acórdão nº 2255/2005 – Plenário, em que se respondeu a Consulta formulada pelo Presidente da Câmara dos Deputados. Nos termos desse Acórdão, o voto do Ministro Relator, Lincoln Magalhães da Rocha, consignou que:

> *"4. Os reajustes salariais ocorridos em razão de convenção, acordo ou dissídio coletivo, possuem, a meu ver, natureza jurídica essencialmente distinta daquelas situações que ensejam reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos. 5. Assento esse meu entendimento no disposto na Lei 8.666/93. Naquele normativo, a questão do reequilíbrio econômico-financeiro é disciplinada no art. 65, inciso II, alínea d, que estabelece como condição para aplicação desse mecanismo a ocorrência de alguma das seguintes hipóteses: a) fatos imprevisíveis; b) fatos previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis; c) fatos retardadores ou impeditivos da execução do ajustado; d) caso de força maior; e) caso fortuito; f) fato do príncipe; e g) álea econômica extraordinária. 6. Não vislumbro como o reajuste, mesmo a título de abono, como particulariza o insigne consulente, verificado na data-base de uma dada categoria poderia se constituir em alguma das situações previstas no normativo que citei como capazes de ocasionar a necessidade do restabelecimento da equação econômico-financeira do*

Imprevisão para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo". AgRg no REsp 417989/PR; Ministro Herman Benjamin; Data do julgamento: 05/03/2009.

Nada obstante, há jurisprudência de outros Tribunais em sentido diverso. Veja-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná, assim ementado: "Ação de indenização - Contrato administrativo - Serviços de vigilância - Convenção coletiva superveniente - Alegada quebra do equilíbrio econômico-financeiro - Pedido julgado improcedente - Apelação - Reajuste do piso salarial da categoria e concessão de outros benefícios que onerou a empresa contratada, causando o apontado desequilíbrio contratual - Inteligência do art. 65, inciso II, alínea "d" e § 5º, da Lei n. 8.666/93 - Indenização devida - Recurso provido". Do voto do Des. Relator, tira-se que: "Portanto, restando devidamente comprovado que a convenção coletiva da categoria, celebrada após a aceitação da proposta pelo apelado, alterou o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, caberia ao contratante, ante o pedido administrativo formulado pela apelante, rever os termos do contrato firmado, para restaurar a situação originária, sendo certo que a sua inércia gera, para a autora, o direito à indenização pelos prejuízos sofridos". (TJ/PR, Apelação Cível n. 462.194-1; Julgamento unânime; julgamento em 30 de setembro de 2008).

Há, ainda, na direção do acolhimento deste ato como apto a ensejar a recomposição da equação financeira do contrato, decisões administrativas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Refira-se ao Processo Administrativo TJRJ nº 20.352/98. Do parecer acolhido pela decisão, da lavra de JESSÉ TORRES PEREIRA, tira-se que: "alinho-me a tal entendimento, que tenho por agasalhado no art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93, constituindo-se o abono em fato imprevisível ou, se previsível, de "conseqüências incalculáveis", de sorte a ensejar a revisão ali autorizada, com o fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato". (Processo Administrativo TJRJ nº 20.352/98). PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 717 e 718.

> *contrato. 7. O reajuste salarial, mesmo o abono, procura refletir a variação do custo no insumo mão-de-obra provocada pela inflação ocorrida em dado período. Chamo a atenção para o fato de que o percentual de reajuste de mão-de-obra estabelecido mediante negociações trabalhistas não está obrigado a repor in totum a corrosão inflacionária, mas tal reajuste obrigatoriamente ocorrerá. 8. Dado que o reajuste ocorrerá, e a despeito da incerteza relativa ao índice e à ocorrência ou não de abonos, não há como se aplicar aqui qualquer variante da teoria da imprevisão, pois o reajuste trabalhista não é resultante de evento aleatório. Há neste caso tão-somente o reflexo nos custos da previsão de uma realidade existente, ou seja, o fenômeno inflacionário. 9. No mesmo diapasão, também não tomo como admissível a argüição de que o reajuste salarial, mesmo concedido em forma de abono, reitero, seja um fato previsível, porém de conseqüências incalculáveis. Não se coaduna com a atividade empresarial não ser previdente o suficiente para deixar de prever a ocorrência de inflação já por ocasião da elaboração da proposta. Nesse caso, observo, os reajustes decorrentes de decisões trabalhistas já deveriam estar incorporados à equação econômico-financeira do contrato, ainda que isso não ocorra em valores exatos". (o grifo não consta do original).*

Segundo a orientação do TCU, o reajuste trabalhista não é um evento aleatório. Partindo-se da premissa de que o seu impacto nos custos de produção do contrato é mero reflexo do fenômeno inflacionário (retratado pelos índices de reajuste), orienta-se que a previsibilidade de sua extensão se põe sob o dever de previdência próprio da atividade empresarial. Por isso, deve esta variação, no ver desta jurisprudência, ser projetada nas propostas para a formação da equação econômico-financeira do contrato, "ainda que isso não ocorra em valores exatos".

Com o máximo respeito a esta orientação, penso que ela incorre, primeiramente, em equívoco de premissa. Há duas premissas erraticamente acolhidas pela orientação: (i) o reajuste salarial reflete necessariamente a recomposição inflacionária; (ii) o reajuste salarial é um fato de conseqüências calculáveis *ex ante*. A negação destas premissas – que me parece de fácil demonstração - põe em xeque o fundamento que ampara aquela orientação jurisprudencial.

Ademais, vejo como improcedente também a tese de que a expectativa da variação dos encargos trabalhistas deva ser projetada nas propostas oferecidas à Administração ao tempo da licitação. Esta não foi a solução acolhida pelo legislador, como pretenderei demonstrar adiante.

3.1.1 *O reajuste salarial não reflete necessariamente a recomposição inflacionária*

A primeira premissa utilizada pela orientação do TCU é excessiva. O reajuste salarial não necessariamente refletirá, em todos os casos, a recomposição inflacionária. É possível que este reajustamento destine-se a incorporar não apenas a perda inflacionária, mas, ainda, a elevar o ganho real dos salários de certa categoria. Trata-se, aliás, de uma hipótese comum na prática dos dissídios coletivos.

Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO:

> *"É perfeitamente possível que o dissídio imponha apenas a recuperação do poder monetário em vista da inflação, mas também é imaginável que seja assegurado um aumento destinado a elevar o salário real da categoria. Podem ser criados benefícios, tais como o dever de manter creche, assegurar assistência médico-odontológica específica e assim por diante"* [12].

Aliás, o que torna os acordos coletivos imprevisíveis quanto à extensão do conteúdo dos reajustes ajustados é precisamente a sua natureza *contratual*. O acordo coletivo não é um instrumento vocacionado a reproduzir em termos exatos e de modo automático a reposição monetária em decorrência da inflação. Até se pode afirmar que a recomposição do valor da moeda é uma das pautas que freqüentemente figuram no repertório de reivindicações nas discussões que antecedem a sua firmatura. Mas não é possível resumir ou equiparar o acordo coletivo a uma espécie de instrumento jurídico destinado a assegurar a reposição inflacionária. Trata-se, muito além disso, de um acordo de vontades entre classes, onde impera uma tensão relacional entre interesses própria dos ajustes contratuais. O seu conteúdo retratará não uma informação extraída da exata mensuração do nível inflacionário, mas será o produto de uma negociação, de um contrato, que poderá contemplar (e freqüentemente contemplará) outras vantagens patrimoniais à classe trabalhadora transcendentes da mera reposição do valor monetário.

Portanto, a natureza *contratual* dos acordos coletivos impede que se o classifique rigidamente como um evento destinado a recompor a perda inflacionária, o que o dotaria de *relativa* previsibilidade. Tecnicamente, os acordos coletivos, por isso, não têm necessariamente a vocação exclusiva de recomposição da inflação. Podem configurar, inclusive, instrumentos para a elevação salarial voltados também a fomentar a distribuição de riquezas na sociedade. Como diz a doutrina:

> *"economicamente, a negociação coletiva serve como meio de distribuição de riquezas numa economia em prosperidade, ou também uma função ordenadora numa economia em crise. A melhoria da condição social do trabalhador não pode prescindir de uma técnica que, sendo adequada em relação às possibilidades de cada empresa ou de cada setor da economia, permite que, sem maiores traumas, sejam*

[12] *Comentários*..., p. 757.

> *atendidas as reivindicações operárias perante o capital".* OLIVEIRA, L. J. de; RUPP, C. F.; D`ANGELE, A.; COSTA, N. A.; PIANTAVINI, P.; TAVARES, R. R.; COSATE, T. "A moderna negociação coletiva de trabalho", *In* UNOPAR Cient. Ciênc. Juríd. Empres., Londrina: v.2, nº 1, 2001, p. 126.

Logo, é simplista e equivocada a pressuposição de que os acordos coletivos são sempre produzidos para a recomposição da inflação – ou que sempre refletirão unicamente o fenômeno inflacionário. Tal não se afigura uma premissa verdadeira. A prática, ademais, não a tem confirmado. As variações oscilam muitas vezes alheiamente à evolução da inflação por serem produto de uma negociação entre classes.

Trago um exemplo. O reajustamento salarial dos trabalhadores da construção civil para o ano de 2009 subscrito pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil no Estado do Paraná - SINDUSCON – PR, pela Federação dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário do Estado do Paraná e pelo Sintracon – Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Civil, de Olaria e de Cerâmica para Construção de Curitiba e Região, retrata ganhos reais para os salários da categoria, superando os níveis inflacionários. Enquanto o valor salarial para a categoria de *servente* sofreu alteração de 12.44% relativamente ao seu último reajuste-referência (referente ao período de 01 de junho de 2007 a 01 de junho de 2008 – vigente a partir de 01 de junho de 2008), o INPC do período retratou uma variação da inflação de apenas 5.45%. Já para a categoria de *profissional,* contrapõe-se uma alteração de 11.38% firmada em 2008 a uma variação do INPC de apenas 5.45%. Trata-se de afirmar que o referido reajuste salarial de 2009 superou a inflação em 128.32% para a categoria de *servente* da construção civil; e em 108.83% para a categoria de *profissional* da construção civil. São diferenças absolutamente expressivas e que denotam ganhos reais ao salário das categorias. Verifica-se um ganho real de 6.99% para a categoria de *servente*; e de 5.93% para a categoria de profissional. Estes indicadores demonstram de forma induvidosa que aquele reajustamento importou em modificação no ganho real salarial, superando, em larga medida, a expectativa inflacionária do período.

3.1.2 *Impossibilidade material em prever-se a variação do reajuste salarial*

O afirmado acima conduz à conclusão pela impossibilidade material de prever-se o incremento do custo salarial. A natureza contratual do reajuste produz indeterminação quanto ao seu conteúdo, cuja sorte dependerá do jogo negocial entre as classes signatárias do ajuste. Logo, é faticamente impossível realizar previsões seguras quanto à variação dos reajustes salariais.

Já por isso, a variação nos encargos salariais em decorrência de dissídios e acordos coletivos não é plenamente calculável pelos interessados em contratar com o Poder Público. Como tal, afigura-se um evento previsível, mas de *conseqüências incalculáveis*, subsumindo-se ao previsto na alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93.

Essa é a posição também de MARÇAL JUSTEN FILHO, que afirma ser evidente, "sob qualquer prisma, que a modificação dos encargos trabalhistas, que

produza efetivo e inquestionável efeitos sobre os custos inerentes à execução do contrato, configura fato de efeitos incalculáveis. Por isso, aplica-se a disciplina do art. 65, inc. II, al. "d", da Lei nº 8.666/93[13].

3.1.3 *Inviabilidade de equiparação da variação salarial decorrente de acordos coletivos ao instrumento jurídico do reajuste*

Deve-se afastar, também, a pressuposição de que o incremento do custo salarial em decorrência de acordos coletivos deva obedecer à sistemática do *reajuste* – prevista no inciso XI do art. 40 da Lei nº 8.666/93.

O instrumento do *reajuste*, contido na previsão do inciso XI do art. 40, não se presta a ressarcir agravos econômicos sofridos por uma das partes do contrato em decorrência de outros eventos que não exclusivamente a incidência da inflação generalizada (mesmo que setorial). É este caráter restrito do reajuste que o distancia de outro instrumento jurídico destinado ao restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato previsto pelo artigo 65 da Lei nº 8.666/93: a revisão (ou recomposição ou realinhamento) de preços.

A revisão de preços, como instrumento jurídico inscrito na alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93, não consiste num reajustamento automático de preços, calcado numa presunção da manutenção do valor monetário envolvido com a execução do contrato, destinado a neutralizar os efeitos da inflação (ordinária e generalizada). Ela é oportunizada em face da alteração no preço de certos insumos integrantes no custo de produção do contrato administrativo, dissociada da inflação. São eventos dissociados do fenômeno inflacionário que provocam o desbalanceamento da equação econômico-financeira do contrato.

Já o reajuste – repise-se - consiste num instrumento jurídico para a exata recomposição da perda monetária em decorrência da inflação setorial. São indicadores gerais e generalizantes. Não chegam a refletir eventuais alterações pontuais nos custos de itens e insumos específicos presentes na contratação administrativa.

Assim e por exemplo: um insumo como o aço, integrado no processo de execução de um contrato de obra pública, pode sofrer variação específica de preço em decorrência de peculiaridades no fornecimento deste produto (por exemplo: a variação cambial pode se refletir mais intensamente no custo deste insumo comparativamente a outros insumos e à inflação generalizada). Isso produz o rompimento da equação econômico-financeira pela variação no específico custo deste insumo, cujo agravo deverá ser recomposto mediante ressarcimento provido pela Administração.

Em razão dessas diferenças, estes instrumentos jurídicos funcionam, cada qual, sob regime jurídico próprio. O reajuste é de aplicação obrigatória e automática, ressalva a limitação temporal dos 12 meses trazida pela legislação que instituiu o Plano Real. Já a recomposição de preços independe desta limitação temporal, nascendo o dever jurídico de assim proceder sempre que se deparar com a situação-pressuposto.

Sobre a singularidade da recomposição preços em relação ao reajuste e sua insubmissão à limitação temporal imposta à hipótese de ajuste já escrevi:

> *"Cabe realçar a inaplicabilidade da limitação temporal imposta pela Lei nº 8.880/94 aos casos de* ***recomposição***

[13] *Comentários*..., p. 757.

> ***de preços**. A restrição legislativa trazida pelo Plano Real aplica-se exclusivamente às hipóteses de reajuste, não alcançando a revisão de preços por eventos imprevisíveis (cuja imposição é constitucional). Há uma distinção fundamental entre as hipóteses. A revisão de preços, como dito, não consiste num reajustamento automático de preços, calcado numa presunção da manutenção do valor monetário envolvido com a execução do contrato, destinado a neutralizar os efeitos da inflação (ordinária e generalizada). Trata-se de instrumento vocacionado a recompor concretamente eventuais prejuízos havidos no bojo da execução do contrato e que reflitam uma variação extraordinária nos preços. São perdas (ou ganhos) que decorrem de uma modificação inesperada e imprevisível nos custos da execução do contrato. Logo, não coincidem com hipóteses de mera atualização ou reajustamento nos preços, provido pela aplicação automática de índices que espelham a recomposição inflacionária da moeda. Note-se que a restrição trazida com a Lei nº 8.880/94 funda-se na pressuposição da **estabilidade** da moeda, o que se infere de sua disciplina sistemática. O regime jurídico do Plano Real destinou-se a assegurar a estabilidade monetária, eliminando (ou reduzindo sobremaneira) a inflação. Daí que a periodicidade mínima de reajustamento introduzida pela legislação prestou-se a evitar um uso excessivo de mecanismos generalizados e combativos da inflação. Sua incidência, assim, restringe-se às hipóteses de recomposição inflacionária ordinária. Restringe-se, então, aos casos de reajuste. Nem seria constitucional a solução pela limitação do restabelecimento da equação econômico-financeira por recomposição de preços à periodicidade imposta pelo Plano Real. Como se sabe, referido princípio tem sede na Constituição Federal (art. 37, inc. XXI). Não caberia à lei restringir ou negar a sua aplicação".* "Recomposição de preços nos contratos administrativos gerais por elevação imprevisível no custo de insumos", *In Revista Zênite de Licitações e Contratos, nº 162/144/fevereiro/2004.* Curitiba: Zênite, 2004.

Portanto, não é adequado pretender equiparar a hipótese do incremento nos custos salariais em função de acordo coletivo trabalhista – que obedece à disciplina do art. 65, inc. II, al. "d", da Lei nº 8.666/93 - ao reajuste previsto no inciso XI do artigo 40 da Lei nº 8.666/93.

A equiparação esbarra ainda na ausência de vocação do reajustamento geral inflacionário a retratar a variação do ônus trabalhista e na impraticabilidade de operar, na hipótese, os critérios fixados pelo inciso XI do artigo 40 da Lei nº 8.666/93.

3.1.4 *Os reajustes salariais não estão incorporados nos índices de reajustamento comumente utilizados na contratação administrativa*

Precisamente porque os reajustes salariais não refletem sempre e necessariamente a perda inflacionária, o incremento salarial atribuído a certa classe de trabalhadores em vista de acordos desta natureza não estará retratado nos índices inflacionários gerais. Não seria possível negar a revisão de preços em contratos administrativos sob a alegação de que o incremento salarial de certa categoria estaria incorporada nos índices gerais de reajuste inflacionários.

Ora, os índices de reajuste comumente adotados pela Administração Pública são gerais; aqueles indicadores refletem, como regra, a inflação generalizada dentro de certo setor. A elevação salarial de certa categoria não estará, no mais das vezes, refletida nos índices gerais. Logo, a adoção de índices de reajuste e atualização gerais não refletirá os impactos diretos que a elevação no custo de mão-de-obra em certo setor venha a sofrer.

A ausência de representação deste incremento nos índices de reajuste pode provocar diferenças significativas no custo de produção de certos contratos. Pense-se em casos em que a mão-de-obra demandada na execução de alguns contratos represente uma parcela significativa da dimensão do objeto, tendo o reajuste alcançado variação que retrate a perda monetária da inflação + valorização real do salário de certa categoria. É evidente que, na hipótese, o contratado experimentará oneração expressiva nos custos de execução contratual, com efeitos que, a depender da margem de lucratividade, poderão comprometer, inclusive, a própria sustentabilidade financeira da contratação.

Ou seja: adoção de índices gerais de reajuste acarretaria a descoincidência entre a real variação no custo da mão-de-obra e a reposição patrimonial assegurada pelo indicador. Essa hipótese seria equiparável à prática da adoção de índices irreais, enfaticamente combatida por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO:

> *"De outra parte, não se pode, obviamente, presumir que as partes adotem como pressuposto a descoincidência de índices oficiais com a real e efetiva alteração de preços. Interpretação dessa ordem seria absurda e abusiva. Absurda, pois implicaria admitir que o contratante estaria liminarmente abrindo mão do significado verdadeiro da equação econômico-financeira e se dispondo a sofrer prejuízo, quando a fixação de cláusulas de reajuste conduz exatamente a idéia e intenção contrárias, em ambas as partes. Abusiva, pois teria que se apoiar em presunção jurídica intolerável; qual a de atribuir, por antecipação, erro nos índices que ainda virão a ser estabelecidos por terceiro – e, no caso, um Poder Público. É um sem-sentido firmar como regra hermenêutica, como um a priori interpretativo, presunção de erro em atos públicos que ainda virão a ser praticados. Tão supremo débito de confiança ou "crédito de desconfiança" não pode ser, de direito, regra de interpretação de relações jurídicas".* (*Curso de Direito*

Administrativo. 26ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 650).

3.1.5 *Impraticabilidade de operar, na hipótese, os critérios fixados pelo inciso XI do artigo 40 da Lei nº 8.666/93*

Supor, ademais, a equiparação da hipótese da variação da carga trabalhista ao instrumento jurídico do reajuste, seria admitir que a situação deva ser passível de receber a disciplina jurídica específica do reajustamento prevista no inciso XI do artigo 40 da Lei nº 8.666/93.

De acordo com a prescrição da norma, o critério de reajuste deverá retratar a variação efetiva do custo de produção desde a data prevista para apresentação da proposta, *ou do orçamento a que essa proposta se referir*, até a data do adimplemento de cada parcela. Como o acordo coletivo trabalhista tem data base certa (para cada categoria), admitida a hipótese como hipótese de mero reajustamento, sua data-base estará reportada à data-base prevista para a incidência da variação salarial por força de acordo coletivo. Mas isso produziria dificuldades marcantes, particularmente para contratos que envolvam categoriais distintas de trabalhadores – pressupondo-se data base diferenciada para cada qual.

3.1.7 *Os efeitos decorrentes do acolhimento da tese do TCU*

Ora, sendo incalculável *ex ante* a dimensão numérica do reajustamento salarial, exigir-se a sua antecipação no âmbito das proposições na licitação acarretaria dois efeitos indesejáveis:

(a) por um lado, haveria o risco de os licitantes embutirem em suas propostas uma previsão exacerbada do *quantum*, buscando acautelarem-se quanto a prejuízos futuros decorrentes da hipótese do incremento mostrar-se elevado. A tendência, em situações desta natureza, é a precificação referenciada por um cenário pessimista, eliminando-se riscos de prejuízo. Neste caso, a Administração experimentaria propostas mais caras comparativamente à hipótese em que assegurasse o restabelecimento da equação-financeira ante a ocorrência do reajustamento e na exata medida de sua valorização. Haveria ofensa ao princípio da economicidade e a adoção de uma orientação que prestigiaria a elevação dos custos transacionais[14];

[14] No plano da Teoria do Contrato, a noção de custos de transação adquire um uso generoso, fazendo-os corresponder a três causas principais, no dizer de FERNANDO ARAÚJO: (i) custos de redação do clausulado (custos de complexidade); (ii) custos de disciplina contratual; e (iii) ***contingências imprevistas***. Aplicada ao contrato administrativo, a Economia dos Custos de Transação importa considerar, então, todo o conjunto dos custos relacionados à firmatura destes ajustes. Neste contexto, um dos principais fatores a influenciar os custos transacionais, e que se relaciona com a maximização da eficiência nas relações contratuais administrativas, está na indefinição de contingências futuras (o que conduz os interessados à precificação desta insegurança). *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 198

(b) por outro lado, haveria um fator econômico aleatório embutido nas propostas, o que prejudicaria uma aferição pautada pelo princípio do julgamento objetivo na licitação. As projeções poderiam ser variadas, por estimativas absolutamente aleatórias (pois não é faticamente possível dimensionar com exatidão os reajustes salariais, sequer é possível dimensioná-los em valores aproximados). Isso retiraria da disputa condições objetivas de disputa de preços.

4. Conclusões

1) O direito nacional contempla, na alínea "d" do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/93, a tutela à equação financeira dos contratos administrativos em face de quaisquer eventos de conseqüências não plenamente calculáveis que produzam o seu rompimento.

2) A exegese desta regra não deve prender-se a concepções extraídas do direito francês, porquanto há descoincidência entre os regimes (nacional e francês), não apenas no que diz com as hipóteses de incidência da tutela da equação financeira, mas no tratamento jurídico correspondente. Como decorrência, deve-se afastar a "onerosidade excessiva" (nos custos de produção do contrato) como pressuposto necessário a ensejar o dever jurídico de a Administração restabelecer o equilíbrio contratual.

3) Dissídios e acordos coletivos de trabalho são eventos *previsíveis* mas de conseqüências *incalculáveis*. Na hipótese de importarem o rompimento da equação financeira de contratos administrativos, ensejarão à Administração Pública o dever jurídico de ressarcimento correspondente, por subsunção à alínea "d" do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/93.

4) A variação nos custos salariais não está necessária e automaticamente atrelada à inflação. Não está, por isso, necessariamente incorporada nos índices de *reajuste*.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A Recomposição da Equação Econômico-financeira do Contrato Administrativo em Face do Incremento dos Encargos Salariais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-FERNANDO-VERNALHA-GUIMARAES.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.