

## **O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA CONTRATAÇÃO INTEGRADA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES.**

**Gustavo Matos<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo problematizar o tratamento dado ao reequilíbrio econômico-financeiro na contratação integrada da Lei 12.462 de 04/08/2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC). Através da revisão da teoria da imprevisão, na qual se busca delimitar com maior precisão as áleas e institutos que a compõe, examina-se a constitucionalidade do regime específico dado à contratação integrada, que é restrito por permitir aditivos contratuais em apenas duas hipóteses: i) para recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro nos casos de caso fortuito e força maior; ou ii) por necessidade de readequação do projeto (art. 9º, §4º, da Lei 12.462/11). A partir desses aspectos, somados a uma revisão bibliográfica sobre o tema e tendo como parâmetros o direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro (art. 37, XXI, da Constituição), o princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição) e o da obtenção da proposta mais vantajosa (art. 1º, §1º IV, RDC e art. 3º, Lei 8.666/93), conclui-se pela inconstitucionalidade do regime restrito dado pelo RDC ao equilíbrio econômico-financeiro na contratação integrada.

### Palavras-chave

licitações públicas; regime diferenciado de contratação; reequilíbrio econômico-financeiro

### **ABSTRACT**

This paper aims to discuss the treatment given to the economic and financial balance on the integrated contracts ruled by the Law nº 12.462 of 04/08/2011 (Differential Public Procurement). Through the review of the circumstances theory, in which we seek to analyse more precisely the risks and institutes that compose this theory, we exam the constitutionality of the strictly regime that is imposed to the integrated contracts, in which contractual amendments are allowed only in two cases: i) to restore the economic and financial balance in cases of unforeseeable circumstances or force majeure; or ii) need to realignment the Project ( art. 9º, § 4º, of Law 12.462/11 ). From these aspects, a literature review on the subject and the constitutional principles of the economic and financial balance ( art. 37 , XXI , Constitution ) , the principle of efficiency (art. 37, caput, Constitution) and of most advantageous proposal to the contracting party (art .1º , § 1º IV , DRC and art. 3, Law 8.666/93 ), we conclude that the rule put by the differential public procurement is unconstitutional.

### Keywords

---

<sup>1</sup> Gustavo Matos é advogado. Bacharel em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

public bids; differential public procurement; economic and financial balance

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei 12.462, de 04/08/2011, também conhecida como Regime Diferenciado de Contratações (RDC), foi promulgada, inicialmente, com o objetivo de garantir maior celeridade e eficiência aos procedimentos licitatórios e aos contratos administrativos realizados para viabilizar a Copa do Mundo de 2014 e os demais eventos esportivos que acontecerão no Brasil entre 2013 e 2016.

Apesar de ter sido idealizado para atender apenas os acontecimentos mencionados, o RDC foi ampliado e atualmente é o regime jurídico aplicável também: i) às ações integrantes do Plano de Aceleração do Crescimento; ii) às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde; e iii) realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino<sup>2</sup>.

Um dos temas mais controvertidos é a figura da contratação integrada, instituto que prevê que o contratado deverá não só executar a obra, como também elaborar os projetos básico e executivo correspondentes.

Segundo o RDC, nos casos de contratação integrada, os aditivos serão cabíveis apenas em duas hipóteses: i) para recomposição do equilíbrio-econômico financeiro decorrente de caso fortuito e força maior; e ii) por necessidade de readequação do projeto, limitado aos 25% estabelecidos pelo art. 65, §1º da Lei 8.666/93.

Ao nosso ver, tal constrição às hipóteses autorizativas para se proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro são inconstitucionais: i) por ofender o direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro; ii) por implicar em contratos mais onerosos para a administração pública, o que viola o princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal) e o princípio da obtenção da proposta mais vantajosa (art. 1º, §1º IV, RDC e art. 3º, Lei 8.666/93).

---

<sup>2</sup> Essas expansões foram feitas, respectivamente, pelas Leis 12.668 de 18/07/2012; 12.745 de 19/12/2012; e 12.772 de 13/10/2012

## 2 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

Nos contratos administrativos, normalmente, existe a formação de um sinalagma perfeito<sup>3</sup>, de uma bilateralidade, em que uma das partes se compromete a pagar certa quantia (administração) e a outra, a entregar determinada coisa, ou fazer determinado serviço (particular). Em suma, ambos os contratantes são credores e devedores de prestações equivalentes.

Nesses tipos de contrato – em que há comutatividade –, depois de firmada a avença, pressupõe-se a estipulação de uma identidade entre as prestações de cada uma das partes. Ou seja, a equação entre o que a administração paga e o que o particular realiza é dada como equilibrada. Fixa-se o fiel da balança.

Essa garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo – que tem outras implicações, como adiante indicado – preserva a sua natureza comutativa (equivalência intrínseca entre as prestações) e sinalagmática (reciprocidade das obrigações)<sup>4</sup>

A essa identidade de prestações dá-se o nome de “equilíbrio econômico-financeiro”<sup>5</sup>.

O conceito de equilíbrio econômico-financeiro é fundamental, pois ao longo da execução do contrato podem ocorrer diversas situações que modifiquem a harmonia antes existente, dando razão à revisão do contrato para que se proceda ao reequilíbrio econômico-financeiro<sup>6</sup>.

Cabe notar que o direito a um contrato equilibrado é um jogo duplo<sup>7</sup>: o contrato poderá ser revisto tanto em benefício do particular, quanto em benefício da administração.

A garantia tem fundamento no respeito mútuo e isonômico, que deve pautar a relação entre administração pública e particular, pois atualmente o “contratante privado é havido como um colaborador da Administração”<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> A Administração pode celebrar contratos que não tenham sinalagma perfeito, são exemplos os contratos de doação, de concessão de uso e até mesmo de comodato.

<sup>4</sup>TÁCITO, 1975, p. 293

<sup>5</sup> Pode ser conhecido, também, como “equação econômica”, “equação financeira”, “equilíbrio econômico” e “equilíbrio financeiro”. (MEIRELLES, 2011, p.221)

<sup>6</sup>Pode haver desarmonia contratual sem que haja direito à reequilíbrio econômico-financeiro, essas hipóteses serão esclarecidas ao longo do texto.

<sup>7</sup> ENTERRÍA, 1991, p. 660.

<sup>8</sup> MELLO, 2011, p. 649.

Mas, apesar de atuar em colaboração, os interesses de contratado e contratante são distintos: a administração busca realizar seus fins jurídicos-políticos, enquanto o particular irá perseguir basicamente o lucro

Tendo em vista o legítimo interesse do contratante particular, não se deve pensar no equilíbrio contratual apenas pelo viés da exequibilidade, isso é, caso o contrato tenha de ser reequilibrado, a modificação deve alcançar a remuneração percebida pelo contratado como um todo, respeitando seus interesses financeiros<sup>9</sup>.

Haverá direito à revisão do contrato, nos casos em que a contraprestação já paga pela administração, mesmo que suficiente para executar o contrato, seja significativamente inferior à margem de lucro assegurada à época da celebração do contrato.

Não há cabimento em afirmar que está respeitado o equilíbrio quando a empresa não tem prejuízo. Trata-se de aplicação técnica do vocábulo. Quando se alude a equilíbrio econômico-financeiro não se trata de assegurar que a empresa se encontre em situação lucrativa. A garantia constitucional se reporta à relação original entre encargos e vantagens do contrato. O equilíbrio exigido envolve essa contraposição entre encargos e vantagens, tal como fixada por ocasião da contratação.<sup>10</sup>

O objetivo de realizar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato é adequar uma situação presente (situação não equilibrada) a uma situação passada, a um paradigma que fora fixado anteriormente, no momento em que se efetivou a proposta (situação de equilíbrio).

O equilíbrio a ser perseguido é “puramente estipulativo”<sup>11</sup>. Exemplificando: caso a proposta vencedora preveja uma margem de lucro mínima, ou tendente a zero, não haverá direito ao reequilíbrio contratual caso esse mínimo seja alcançado pela execução do contrato; por outro lado, se um contrato é bastante vantajoso para o particular, a administração não poderá negar o direito à revisão, sob o argumento de ainda restar margem de lucro e o contrato permanecer exequível.

Comumente, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro é descrito pela doutrina como uma espécie de contradireito do contratado em razão dos poderes conferidos à administração pelas cláusulas exorbitantes, que são muito bem definidas por JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, que as chama de “cláusulas de privilégio”:

---

<sup>9</sup> “O princípio visa, sobretudo, à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos e, especialmente, à concessão do serviço público.” (TÁCITO, 1975, p. 203)

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 888

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 888.

A “cláusula de privilégio”, (...), é de obrigatória presença no contrato administrativo, porque vai revelar o traço onímodo, onisciente, onipresente, onipotente do Estado, através de sua *puissance publique*, no acordo celebrado com o particular, caso em que a Administração, por interesse público, tem o poder-dever de impor ao contratante as regras do jogo, ao mesmo tempo que pode transferir-lhe a parcela necessária de prerrogativas públicas de que é detentora para que a execução do contrato – o desempenho do serviço público – se processe da melhor maneira possível, em benefício da coletividade.<sup>12</sup>

Vários exemplos de cláusulas exorbitantes podem ser extraídos da Lei 12.462/12, e da 8.666/93, bem como de outros textos normativos. Tais cláusulas conferem, resumidamente, os seguintes poderes à administração: i) poder de exigir garantia; ii) poder de alterar unilateralmente o contrato; iii) poder de rescisão unilateral; iv) poder de fiscalização; v) poder de aplicação de penalidades; entre outros.

Na teoria do contrato administrativo, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro – não sem razão – é aceita como verdadeiro “artigo de fé”. Doutrina e jurisprudência brasileiras, em sintonia com o pensamento alienígena, assentaram-se pacificamente em que, neste tipo de avença, o contratado goza de sólida proteção e garantia no que concerne ao ângulo patrimonial do vínculo, até mesmo como contrapartida das prerrogativas reconhecíveis ao contratante governamental. (MELLO, 2010, p. 210)

Note-se, apenas em alguns desses casos poderá o particular exercer o direito ao equilíbrio contratual. Não se pode cogitar de equilíbrio nos casos em que há aplicação de multa ao particular, em razão da prática de um ilícito. Mas, de outra ponta, fácil perceber que o contratado terá direito à revisão se a administração lhe impuser aumento do objeto contratado por meio de alteração unilateral.

Apesar da garantia ao equilíbrio servir, em alguns casos, para contrabalançar as cláusulas exorbitantes, sua aplicação não se restringe a esse ponto.

É possível haver direito ao equilíbrio econômico-financeiro em situações que a administração não exerce poder decorrente de cláusulas exorbitantes. Tais situações serão exploradas posteriormente, quando tratarmos das *áreas* do contrato administrativo.

Percebe-se que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro tem posição de destaque nas contratações públicas, pois sua compreensão é fundamental para a boa gestão de um contrato administrativo, bem como para que se respeitem os direitos e deveres da administração e do particular.

Para os contratos de concessão de serviço público, o direito ao equilíbrio econô-

<sup>12</sup> CRETELLA JÚNIOR, 2001, p. 49.

mico-financeiro já era previsto em constituições brasileiras pretéritas, mais notadamente no art. 147 da Constituição de 1937; no art. 151 da Constituição de 1946; e no art. 160 da Constituição de 1967. Nesta, surgia especificamente a expressão “equilíbrio econômico-financeiro”.

Atualmente, o direito ao equilíbrio contratual mantém seu caráter constitucional, conforme redação do art. 37, XXI, da Constituição de 1988, que não adota a expressão “equilíbrio econômico-financeiro”, mas, por meio de palavras distintas, protege o mesmo direito.

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

(...)

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

O enunciado normativo acima destacado contém o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, expressa um direito subjetivo do particular de exigir da administração, nos termos da lei, a revisão do contrato, quando, as condições presentes forem desvantajosas, se comparadas com as condições efetivadas na proposta.

Então, tendo em vista a importância e o caráter constitucional do equilíbrio econômico-financeiro, partimos para análise do problema trazido pelo RDC, em busca de uma solução constitucionalmente adequada.

### **3 AS LIMITAÇÕES TRAZIDAS PELO ART. 9º, §4º, DO RDC**

Antes da vigência da Lei 12.462/11, a expressão do direito ao equilíbrio econômico-financeiro era regulamentada primordialmente pela Lei 8.666/93, em seu art. 65, II, “d”.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas jus-

tificativas, 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 príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

O dispositivo tratou da mesma maneira os casos em que ocorressem: i) fatos imprevisíveis ou fatos previsíveis de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado; ii) força maior e caso fortuito; iii) fato do príncipe; iv) álea econômica extraordinária e extracontratual.

Em todos esses casos poderá haver modificação contratual com o objetivo de reequilibrar os direitos e deveres das partes. Se a Lei 8.666/1993 foi ampla na questão, o RDC, ao tratar da contratação integrada, foi mais rigoroso:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

(...)

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

A hipótese de alteração unilateral, delimitada pelo art. 9º, §4º, II, da Lei 12.462/11, está igualmente positivada no art. 65, I, “a” e “b” da Lei 8.666/93, não havendo, nesse ponto, problemas novos. Portanto, não incluiremos esses debates no foco do presente texto.

Problema novo foi trazido pela redação do art. 9º, caput e do art. 9º §4º, I, ambos do RDC. Se comparado com a Lei 8.666/93, houve redução drástica das hipóteses que autori-

zam a modificação contratual com o objetivo de promover o reequilíbrio econômico-financeiro.

Na Lei 8.666/93, uma das hipóteses de recomposição era a superveniência de caso fortuito e força maior, já na contratação integrada do RDC, essa hipótese acabou por ser a única, ficando excluídos, *prima facie*: i) fatos imprevisíveis ou fatos previsíveis de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado; ii) fato do príncipe; iii) álea econômica extraordinária e extracontratual.

Além do mais, o disposto no art. 9o, §4o, RDC, é claramente hipótese de exceção, pois para os demais regimes contratuais – empreitada por preço global, por preço unitário, integral e contratação por tarefa –, mesmo que contratados pelo RDC, deverá ser aplicada a Lei 8.666/93, por disposição expressa do art. 39 do RDC.

Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.

Ou seja, o legislador teve a clara intenção de dar tratamento mais rigoroso aos contratos administrativos em regime de contratação integrada, o que justifica a redação do art. 9o, §4o que utiliza a expressão “exceto nos seguintes casos”.

Apesar da intenção do legislador ser louvável, dada as recorrentes notícias de corrupção e de toda sorte de ilegalidades existentes nos contornos e nos interiores das contratações públicas, principalmente quando da celebração de aditivos, tal restrição apresenta-se-nos como inadequada, requerendo, portanto uma análise mais profunda do dispositivo.

Imprescindível fazer uma revisão sobre os conceitos de fato do príncipe, fato da administração, caso fortuito e força maior, álea ordinária e extraordinária, para que se compreenda o quão rigorosa foi a supressão feita pelo RDC.

## 4 AS ÁLEAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Áleas são riscos, guardam relação com o imprevisto, com o aleatório. Durante a execução de um contrato, inúmeros riscos se concretizam para as partes, que devem se adaptar a essa nova realidade que se impõe e, sendo o caso, reavaliar a equação econômico-financeira antes estipulada, restabelecendo deveres e direitos, que se conformem melhor ao novo cenário.

As áleas não têm origem comum, podem advir de eventos da natureza, em razão de fatos humanos, de comportamentos específicos ou genéricos da administração, pelo conhecimento de circunstâncias antes desconhecidas, enfim, tem origem plural.

Portanto, para melhor sistematizar a análise dos riscos, partiremos de uma taxonomia de três gêneros: i) álea ordinária; ii) álea extraordinária; iii) álea administrativa.

### 4.1 Álea Ordinária

Dentro da álea ordinária estão todos os riscos previstos e previsíveis, que irão ou poderão ocorrer durante a vigência do contrato.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO esclarece:

Álea ordinária ou empresarial, que está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular.<sup>13</sup>

Outro exemplo seria a variação ordinária, normal, nos preços de insumos, produtos e serviços dos quais dependa o particular vencedor do certame. Vivemos em uma economia de mercado, a variação dos preços é evento tipicamente ordinário, sendo previsível que variações ocorram, seja para aumentar ou para diminuir os valores desses bens e serviços.

Fatos provenientes de álea ordinária não autorizam a sua aplicação[reequilíbrio econômico-financeiro], por tratar-se de risco comum ao qual todo empresário se submete ao assumir uma obrigação. Significa que o simples aumento de despesa inerente à execução contratual - por exemplo, a variação normal dos preços na econo-

---

<sup>13</sup> DA CUNHA, 1992, p. 28.

mia moderna - não possibilita aos contratantes socorrerem-se deste mecanismo<sup>14</sup>.

O que marca a álea ordinária é a previsibilidade do fato juntamente com a previsibilidade dos resultados decorrentes do fato. Se o fato era esperado, mas ao consumir-se traz consigo consequências inesperadas, anormais, acreditamos que o evento será mais bem qualificado como pertencente à álea extraordinária..

Em conclusão, é o particular que deve arcar com os encargos trazidos pelas áleas ordinárias, que são inerentes ao próprio negócio, por serem previsíveis e calculáveis quando do oferecimento da proposta.

## 4.2 Álea Extraordinária

Também conhecida como álea econômica<sup>15</sup>, compreende todo e qualquer evento de natureza imprevisível, exterior ao contrato que, não podendo ser evitado, causa rompimento da equação econômico-financeira do contrato.

Sempre que a economia do contrato for substancialmente conturbada pela incidência de fatores anômalos e imprevisíveis, que tornem excessivamente onerosa a prestação a cargo do concessionário, cumpre ao Poder Público compartilhar dos efeitos dessa álea econômica extraordinária.<sup>16</sup>

A álea extraordinária é resolvida pela aplicação da teoria da imprevisão nos contratos administrativos. Tal teoria tem como marco histórico a jurisprudência do Conselho de Estado francês que, nos casos *Compagnie Générale Française de Tramways* (1910) e *Compagnie du Gaz de Bordeaux* (1916)<sup>17</sup>, faz a primeira aplicação sistemática da possibilidade de revisão de contratos em razão de eventos extraordinários<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> DI PIETRO, 2011, p. 281.

<sup>15</sup> DI PIETRO, 2011, p. 286.

<sup>16</sup> TÁCITO, 1975, p. 237.

<sup>17</sup> Tratando do aresto *Compagnie du Gaz de Bordeaux*, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO deixa claro o importante papel que a jurisprudência francesa axerceu na sistematização e difusão da teoria da imprevisão. “E essa decisão do Conselho de Estado se tornou não só histórica, como clássica, constituindo a fonte da teoria da imprevisão no Direito Administrativo não só Francês como de todo mundo civilizado. E outras surgiram, afirmando a mesma orientação; e, destarte, construiu-se a jurisprudência a respeito” (MELLO, 2010, p. 679).

<sup>18</sup> Apesar de parte da doutrina francesa e brasileira afirmar que houve decisões anteriores do próprio Conselho de

A teoria da imprevisão é o ressurgimento da cláusula rebus sic stantibus, de origem romana, que andou adormecida durante a época em que o liberalismo econômico e comercial tinha preferência pela pacta sunt servanda, ou seja, pela imutabilidade e rigidez dos contratos.

Como quer que fosse, nos fins do século XVIII e início do século XIX, entrou a cláusula em decadência. Os autores começaram a mostrar-se cada vez menos favoráveis à sua admissão, procurando limitar os casos em que seria aplicável. Os novos códigos elaborados no princípio do século passado, entre os quais o Código de Napoleão e o Código Civil italiano, não lhe fazem qualquer referência. Os principais comentadores silenciam. Afirmam-se, em contrário, os princípios da autonomia da vontade humana e da irretroatividade das convenções.<sup>19</sup>

Vivendo momentos de adormecimento, “foi no conflito mundial da segunda década do século atual que veio reavivar a teoria, já recolhida ao museu histórico do direito”<sup>20</sup>.

Para que a teoria possa ser aplicada, nenhum dos contratantes pode ter dado causa ao fato, sua ocorrência deve ser alheia à vontade das partes, não deve haver culpa, pois, caso contrário, o fato deixaria de ser extraordinário, uma vez que seu acontecimento seria evitável pelo emprego da diligência que se espera dos contratantes.

Da mesma forma, não será cabível a revisão quando, mesmo que de origem extraordinária, o evento puder ter seus efeitos minimizados ou anulados pelo comportamento das partes, que têm o dever de mitigar suas perdas, não podendo ficar acomodadas, assistindo passíveis os acontecimentos.

O encargo a ser suportado deve abalar a comutatividade da avença. Não se aplica de forma banal a teoria da imprevisão, se ocorreu o extraordinário, mas não houve rompimento significativo da equivalência do contrato, não há falar em reequilíbrio econômico-financeiro.

Não é, pois, a simples elevação de preços em proporção suportável, como álea pró-

---

Estado, os arestos aqui mencionados são os que ganharam maior relevância. Por isso, merecem ser colocados como “marcos” no desenvolvimento do assunto. Ver: CAMPOS, 2001, pp. 584-594; MELLO, 210, p. 679;

<sup>19</sup> FONSECA, 1958, p. 199-200.

<sup>20</sup> TÁCITO, 1975, p.297

pria do contrato, que rende ensejo ao reajuste da remuneração contratual avençada inicialmente entre o particular e a Administração; só a álea econômica extraordinária e extracontratual é que autoriza a revisão do contrato.<sup>21</sup>

## 5 CONCLUSÕES

Em nossa opinião, a proposta de se interpretar os conceitos de caso fortuito e força maior de forma ampla auxilia na mitigação da restrição trazida pela norma, podendo ser inserido dentro do fortuito todo fato que não possa ser evitado pelas partes.

Mas, a bem da verdade, inevitáveis são as áleas extraordinárias, e os fatos do príncipe; mas serão inevitáveis e necessários os fatos da administração?

O ato ilícito praticado pelo poder público não é fato necessário, é fato dotado de dolo ou culpa do contratante, que, em razão da vedação trazida pelo dispositivo só poderia ser compensado por meio de ação de indenização na via judiciária, que será paga pelo moroso procedimento dos precatórios.

Impedir a recomposição do ilícito por meio de aditivo contratual é submeter o contratante a uma situação demasiadamente onerosa, sem que haja justificativa para tal e em verdadeira afronta à garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro.

Não há que se falar em interpretação conforme a Constituição no caso, pois ela seria verdadeira interpretação *contra legem*. Nas hipóteses em que a aplicação do dispositivo, por maiores que sejam os esforços hermenêuticos, resultarem em violação da lei ou da constituição, será preferível a declaração expressa da inconstitucionalidade do dispositivo atacado, em respeito a própria segurança jurídica.

A interpretação conforme é cabível quando há polissemia na norma, mas ao nosso ver, impossível inserir o fato da administração dentro de alguma interpretação de caso fortuito e força maior. Há muitas discrepâncias entre os institutos: o fortuito é notadamente fato alheio às partes e despido de culpa *lato sensu*; já o fato da administração é ato direto e ilícito do contratante.

Além do mais, há clara intenção legislativa de conferir regime excepcional aos

---

<sup>21</sup> MEIRELLES, 2006, p. 251

aditivos da contratação integrada, sendo impossível desconsiderar essa vontade legislativa por meio da técnica da interpretação conforme. Não há dispositivo legal que seja ocioso, como quis defender MOTTA e BICALHO, ou mesmo razão para compreender a abertura total do dispositivo como quis KLEIN e DAL POZZO.

Essa prudência [realizar a interpretação conforme a constituição], por outro lado, não pode ser excessiva, a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei à custa da Constituição, nem tampouco a contrariar o seu sentido inequívoco, para constitucionalizá-la de qualquer maneira. No primeiro caso porque isso implicaria interpretar a Constituição conforme a lei e, assim, subverter a hierarquia das normas; no segundo, porque toda conformação exagerada implica, no fundo, usurpar tarefas legislativas e transformar o intérprete em legislador positivo, na exata medida em que a lei resultante dessa interpretação – conformadora só nas aparências – em verdade seria substancialmente distinta, em sua letra como no seu espírito, daquela que resultou o trabalho legislativo.<sup>22</sup>

Por isso, defendemos a inconstitucionalidade do art. 9o, §4o, da Lei 12.462/11, para que seja aplicável também à contratação integrada o regime da Lei 8.666/93, como ocorre com os demais contratos do RDC, em razão do art. 39 da Lei 12.462/11.

Além do mais, a favor da inconstitucionalidade pesa o próprio princípio da eficiência da administração e da obtenção da proposta mais vantajosa, pois a inconsistência do art. 9o, §4o, da Lei 12.462/11, no mínimo, gera uma situação de incerteza, que poderá ocasionar, por si só, encarecimento das propostas, pois os particulares incluem em seus preços as inseguranças que rondam o contrato. Daí ser indispensável uma tutela inequívoca do equilíbrio econômico-financeiro, para preservar os interesses da própria administração pública.

A tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar à própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando inoressessem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por ele se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 141-142

<sup>23</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 889

Apesar de acompanharmos a consideração feita por RIBEIRO, PRADO e JUNIOR, com relação à possibilidade dos contratos administrativos poderem conter uma matriz própria de riscos, ou seja, distribuírem as áleas de forma diversa da disposta em lei, por meio do contrato, essa solução não seria completa, pois contratos de contratação integrada que não contiverem essa matriz seriam submetidos a um regime inconstitucional, nos moldes destacados acima.

Como os próprios autores afirmam: “cometeu-se o equívoco de enrijecer uma discussão que deveria ser eminentemente econômica”<sup>24</sup> e, para nós, esse equívoco só poderá ser resolvido pela declaração expressa da inconstitucionalidade do dispositivo.

## 6 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Licitação e Contrato Administrativo**: estudos, pareceres e comentários. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11)**: aspectos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAMPOS, Flávio de Mendonça. **O Equilíbrio Contratual**: Estudo Comparado de Direito Administrativo e Civil. 2001. 682 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DA CUNHA, Antônio Geraldo. **Dicionário Etimológico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1992.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

---

<sup>24</sup> RIBEIRO; PRADO; JUNIOR, 2012, p. 66.

MATOS, Gustavo. O Reequilíbrio Econômico-financeiro na Contratação Integrada do Regime Diferenciado de Contratações. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FERREIRA, Daniel; SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações para a Copa do Mundo e as Olimpíadas – Comentários sobre algumas inovações da Lei nº 12.462/11. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 216, p. 171-183, fev. 2012. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos Contratos Administrativos**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FORTINI, Cristina; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Licitações e Contratos: aspectos relevantes**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FURTADO, Lucas Rocha, **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

KLEIN, Alicia Lícia. **Alteração dos Contratos no RDC**. in: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei 12.462 e ao Decreto 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 407-425.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MATOS, Gustavo. O Reequilíbrio Econômico-financeiro na Contratação Integrada do Regime Diferenciado de Contratações. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. RDC: **Contratações para as Copas e Jogos Olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A **contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12.462/2011)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 55, setembro de 2011, disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. acesso em 04 de abril de 2012. REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à lei 12.462, de 2011**. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Texto para Discussão nº 100. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao.htm](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm)>.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; JUNIOR, Mario Engler Pinto. **Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo. São Paulo, Saraiva, 1975. TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público**. in Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, v.1, pp. 487-497. TOLOSA FILHO, Benedicto de. Incorporação de disposições da Lei nº 12.462/11 (RDC) à Lei nº 8.666/93. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 216, p. 167-170, fev. 2012.