

A TEORIA DA BASE OBJETIVA NA REVISÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

DIEGO ORNELLAS GUSMÃO
Procurador Federal

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto analisar formas de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, destacando as teorias que foram adotadas pela Lei Geral de Licitações e Contratos – Lei 8.666, de 1993.

O principal ponto enfrentado é a exegese do § 5º do art. 65 da Lei 8.666, de 1993, e em que medida tal dispositivo difere do regime jurídico mais tradicional da revisão do contrato administrativo com base nas teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva, considerando a alteração dos tributos e encargos legais nos contratos administrativos à luz da teoria da base objetiva do negócio, desenvolvida por Karl Larenz.

É feita a comparação das causas de revisão constantes nos dispositivos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor com as previsões da Lei de Licitações e Contratos, analisando em que medida ambos os diplomas dialogam no regime dos contratos administrativos.

Uma das preocupações enfrentadas é a possibilidade de a revisão do contrato frustrar a eficácia dos tributos com natureza extrafiscal.

1. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. A TEORIA DA IMPREVISÃO E A TEORIA DA BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO

A ideia de equilíbrio significa que, em um contrato administrativo, os encargos do contratado (indicados nas cláusulas regulamentares) equivalem à retribuição (indicada nas cláusulas econômicas) paga pela Administração Pública. Por isso se fala na existência de uma equação: a equação econômico-financeira.

É de fundamental relevância registrar que a referida equação econômico-financeira tem expressa previsão e proteção constitucional¹.

¹ Constituição do Brasil: 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

Sobre o instituto do equilíbrio econômico-financeiro, preciso é o magistério de Hely Lopes Meirelles, no sentido de que o equilíbrio econômico-financeiro é a relação que as partes estabelecem inicialmente no contrato administrativo entre os encargos do particular e a retribuição devida pela entidade ou órgão contratante para a justa remuneração do seu objeto.²

Assim, equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá, sendo tal equação intangível.³

Cumprido destacar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não beneficia somente o contratado.

Com efeito, a tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar precipuamente a própria Administração. Caso 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 não ocorressem, 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 eles se e quando efetivamente ocorrerem.⁴

Ocorre o desequilíbrio quando há qualquer alteração que afete a equação econômico-financeira. Sob este prisma, o entendimento do que sejam encargos do contratado é amplo: abrangem a prestação, o prazo e o local de sua execução, os tributos incidentes e qualquer outro elemento que tenha interferência direta.

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.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. Volume 11. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991, p. 120/1.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 577.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1013.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei 8.666, de 1993, prevê a possibilidade de readequar a equação econômico-financeira nas hipóteses de álea ordinária e extraordinária. A primeira é efetuada por intermédio do reajuste de preços, previsto no inciso XI do artigo 40, inciso III, do artigo 55 e § 8º do artigo 65. A segunda é realizada via reequilíbrio econômico-financeiro insculpido na alínea **d** do inciso II do artigo 65, e no § 5º do mesmo artigo 65.

Cabe anotar que o reajuste de preços se divide em: (i) **reajuste de preços em sentido estrito**, que consiste na aplicação de índice de correção monetária previamente estipulado contratualmente, podendo tais índices ser gerais, setoriais ou específicos, e (ii) **repactuação contratual**, que é adotada para contratos que tenham por objeto a prestação de serviços continuados executados com dedicação exclusiva de mão de obra, sendo necessária a demonstração analítica, pelo contratante, da variação dos componentes dos custos do contrato.⁵

O Tribunal de Contas da União, com base na doutrina de Maria Helena Diniz, considera que a álea ordinária, também denominada empresarial, consiste no risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado. Exatamente por ser previsível ou suportável é considerado risco inerente ao negócio, não merecendo nenhum pedido de alteração contratual, pois cabe ao empresário adotar medidas para gerenciar eventuais atividades deficitárias. Contudo, nada impede que a lei ou o contrato contemple a possibilidade de recomposição dessas ocorrências. No caso de estar prevista, a efetivação do reajuste será mera execução de condição pactuada, e não alteração.⁶

Já a álea extraordinária, segundo o TCU, pode ser entendida como o risco futuro imprevisível que, pela sua extemporaneidade, impossibilidade de previsão e onerosidade excessiva a um dos contratantes, desafia todos os cálculos feitos no instante da celebração contratual. Por essa razão autoriza a revisão contratual, judicial ou administrativa, a fim de restaurar o seu equilíbrio original.⁷

⁵ Os conceitos constam dos art. 54 e 61 da Instrução Normativa SEGES/MP n. 5, de 26 de maio de 2017:

Art. 54. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir.

Art. 61. O reajuste em sentido estrito, como espécie de reajuste contratual, consiste na aplicação de índice de correção monetária previsto no contrato, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

⁶ TCU. ACÓRDÃO Nº 1.563/2004. Relator Augusto Sherman Cavalcanti. Data da Sessão: 6/10/2004.

⁷ TCU. ACÓRDÃO Nº 1.563/2004. Relator Augusto Sherman Cavalcanti. Data da Sessão: 6/10/2004.

Percebe-se que o que difere as modalidades de reajustamento do reequilíbrio é o fato desencadeador do desequilíbrio. O reajustamento em sentido estrito e a repactuação são modalidades adotadas para neutralizar os efeitos da inflação, dentro de um ambiente de normalidade econômica. Já o reequilíbrio se faz quando eventos excepcionais provocam uma alteração em um ou em ambos os lados da equação econômico-financeira.

Especificamente para o reequilíbrio econômico-financeiro, o regime jurídico está traçado na Lei 8.666, de 1993, nos seguintes termos:

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

(...)

II – por acordo das partes:

(...)

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

A interpretação do mencionado dispositivo restou consagrada no âmbito do Tribunal de Contas da União que, em sede de consulta, fixou o seguinte entendimento a respeito, conforme consta do voto do eminente relator:

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 consequências 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.⁸

O art. 65, II, *d*, da Lei de Licitações, com efeito, limita a aplicação do reequilíbrio a fatores externos ao contrato, imprevisíveis, ou de efeitos incalculáveis, adotando, em seu bojo, diversas figuras da teoria da imprevisão.

Não se pode perder de vista que, aos contratos administrativos, é aplicável a teoria geral dos contratos e, mesmo sendo um instituto jurídico com características

⁸ TCU. ACÓRDÃO Nº 2.255/2005. Relator: Lincoln Magalhães da Rocha. Data da Sessão: 13/12/2005.

próprias e inconfundíveis, as contratações públicas não podem ser vistas de forma isolada dos demais diplomas legislativos, em particular do Código Civil, na medida em que os sistemas de contratação pública e privada não são antagônicos, e sim se influenciam reciprocamente, o que leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada dessas plúrimas fontes legislativas convergentes, conforme a teoria do diálogo das fontes.⁹

A influência recíproca decorre inclusive da própria Lei de Licitações, quando determina, no seu art. 54, **caput**, que serão aplicados os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado aos contratos administrativos, servindo o Código Civil como base conceitual para a Lei de Licitações e Contratos, reforçando a ideia de diálogo sistemático.

A teoria da imprevisão ou a teoria da onerosidade excessiva exige a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) e de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometam o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional específica, tendo em vista, em especial, o disposto no Código Civil, que preconiza:

Art. 317. Quando, por **motivos imprevisíveis**, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.
(...)

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar **excessivamente onerosa**, com **extrema vantagem para a outra**, em virtude de acontecimentos **extraordinários e imprevisíveis**, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser **evitada**, oferecendo-se o réu **a modificar equitativamente as condições do contrato**. (g.n.)

A propósito dos acontecimentos imprevisíveis a autorizar a atuação jurisdicional, cabe ressaltar o enunciado nº 366 da IV Jornada de Direito Civil:

O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que **não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação**. (g.n.)

⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 87-88.

A onerosidade excessiva se configura quando uma prestação de obrigação contratual se torna, no momento da execução, notavelmente mais gravosa do que era no momento em que surgiu.¹⁰

A onerosidade excessiva da prestação é apenas obstáculo ao cumprimento da obrigação. Não se trata, portanto, de inexecução por impossibilidade, mas de extrema dificuldade. A onerosidade há de ser objetivamente excessiva, isto é, a prestação não deve ser excessivamente onerosa apenas em relação ao devedor, mas a toda e qualquer pessoa que se encontrasse em sua posição.¹¹

Constitui, assim, pressuposto da aplicação da teoria da imprevisão, a teor dos arts. 317 e 478 do Código Civil combinado com o art. 65, II, **d**, da Lei 8.666, de 1993, como se pode extrair de sua própria denominação, a existência de um fato imprevisível em contrato de execução diferida, que imponha consequências indesejáveis e onerosas para um dos contratantes.

Um ponto que merece atenção é o tratamento diverso dado pela Lei de Licitações à chamada teoria do fato do príncipe, havendo nítida diferença entre o regime do artigo 65, II, **d**, da Lei 8.666, de 1993, e o § 5º do mesmo artigo 65, conforme veremos.

A teoria do fato do príncipe consagra o direito de indenização a um particular em vista da prática de ato lícito e regular imputável ao Estado. Essa solução decorre de uma valorização produzida pela ordem jurídica, no sentido de que seria injusto e desaconselhável impor ao particular que contrata com o Estado arcar com os efeitos onerosos de uma alteração superveniente da disciplina estatal sobre o exercício da atividade necessária à execução da prestação.¹²

O fato do príncipe pode se exteriorizar em lei, regulamento ou qualquer outro ato geral do Poder Público que atinja a execução do contrato, como pode provir da própria Administração contratante ou de outra esfera administrativa competente para a adoção da medida governamental.¹³

Percebe-se que, mesmo na teoria do fato do príncipe com base no art. 65, II, **d**, da Lei 8.666, de 1993, há aplicação da álea econômica extraordinária e extracontratual, demonstrando que, em todas as situações, a imprevisibilidade é o fator regente das causas de reequilíbrio.

Além das situações de imprevisibilidade, cumpre assentar a figura do fato do

¹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 217.

¹¹ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 214

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 532.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002. P. 237.

príncipe constante do § 5º do artigo 65 da Lei 8.666, de 1993, que trata de alteração de carga tributária e de demais encargos legais, dispositivo que, pela sua importância, merece ser colacionado:

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

Cabe frisar que o § 5º do art. 65 da Lei 8.666, de 1993 possui regime jurídico próprio em relação à alínea **d** do inc. II do mesmo art. 65, na medida em que não há qualquer necessidade de que o tributo ou encargo legal sejam imprevistos, imprevisíveis, de consequências incalculáveis, decorrentes de álea extraordinária e extracontratual.

Pelo contrário, no § 5º do art. 65 da Lei 8.666, de 1993, consta apenas que qualquer alteração na carga tributária ou nos encargos legais que repercutam nos preços contratados gerará a revisão da equação econômico-financeira, sendo, no nosso sentir, descabido incluir elementos estranhos ao dispositivo para lhe restringir o alcance.

É princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras inúteis: verba cum effectu sunt accipienda. Ou seja, as palavras devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia. Não se presumem, na lei, palavras inúteis.¹⁴

Conforme bem definiu Alberto Marques dos Santos, o texto legal é organizado em partículas principais - os artigos - que podem ser subdivididos em subpartes, fragmentos subordinados, que são os parágrafos, os incisos, as alíneas. É intuitiva a noção de que as disposições de um inciso têm abrangência limitada às hipóteses ou à situação contemplada no artigo a que o inciso está subordinado. Um artigo e seu parágrafo subordinado guardam, geralmente: a) uma relação de regra geral/exceção, onde o parágrafo institui regras que contrariam a norma geral do seu *caput*, excepcionando-a; ou b) uma relação de genérico/específico, onde o *caput* estabelece os contornos gerais de um mandamento, e os parágrafos explicitam aspectos ou desdobramentos da hipótese.¹⁵

Esta relação de especialidade ou de excepcionalidade entre o parágrafo e o **caput** do artigo está bem delineada no Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017,

¹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 304.

¹⁵ SANTOS, Alberto Marques dos. *Regras científicas da hermenêutica*. Disponível em: <<http://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/regras-da-hermeneutica/>>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

que trata das diretrizes de elaboração de atos normativos no âmbito da Presidência da República, conforme consta da alínea **c**, do inc. III, do art. 14, nos seguintes termos:

Art. 14. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observado o seguinte:

(...)

III - para a obtenção da ordem lógica:

(...)

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no **caput** do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; e

A referida regra foi incorporada ao manual de redação da Presidência da República, que possui a seguinte orientação:

16.2.2 Parágrafo (§)

O parágrafo constitui, na técnica legislativa, a imediata divisão de um artigo, ou, como anotado por Arthur Marinho, "(...) parágrafo sempre foi, numa lei, disposição secundária de um artigo em que se explica ou modifica a disposição principal" (MARINHO, 1944, p. 227-229; PINHEIRO, 1962, p. 100).

O parágrafo é representado pelo sinal gráfico § (*signum sectionis*, em português, sinal de seção ou sinal de corte).¹⁶

Não extrair do § 5º do art. 65 toda sua eficácia importa em ir contra o velho brocardo hermenêutico commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat ("prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade")¹⁷.

O art. 65, II, **d**, da Lei de Licitações limita a aplicação do reequilíbrio a fatores externos ao contrato, imprevisíveis, ou de efeitos incalculáveis, adotando em seu bojo diversas figuras da teoria da imprevisão. O § 5º do mesmo art. 65, contudo, está no texto para cumprir a sua função de norma subordinada, que é a de esclarecer, minuciar ou excepcionar a norma do *caput*.

A função do § 5º do art. 65 da LLC, segundo se extrai do seu texto, é a de criar exceção à regra geral do *caput*. Assim é que, em geral (nos casos não excepcionados), o reequilíbrio será feito por fatores imprevisíveis ou suas variações, ao passo que, no caso de alteração de carga tributária ou demais encargos legais que influenciem no valor contratado, bastará que haja a comprovação dos efeitos no contrato, dispensada qualquer análise à luz da teoria da imprevisão.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, FORSTER JÚNIOR, Nestor José. *Manual de redação da Presidência da República*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: Presidência da República, 2018, p. 125.

¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1951, p. 303.

Diferentemente da teoria da imprevisão constante do art. 65, II, **d**, da LLC, o § 5º do art. 65 parece buscar suas bases na **teoria da base objetiva** (*Geschäftsgrundlage*), muito bem desenvolvida por Karl Larenz, segundo a qual, a par da análise do pressuposto subjetivo, cumpre examinar a base objetiva do negócio, de tal sorte que a manutenção das condições gerais no curso do contrato, semelhante às que prevaleciam no momento da conclusão, constituiria pressuposto objetivo da vontade declarada pelas partes, tenham tido ou não consciência de sua presença na convenção.¹⁸

Para Larenz, a expressão “base do negócio” pode ser entendida em um duplo sentido. Em primeiro lugar, como a base “subjetiva” da determinação da vontade de uma ou de ambas as partes, como uma representação mental existente ao concluir o negócio, sendo a representação comum dos pactuantes apta a influenciar a decisão de ambos e que os levou a concluir o contrato daquela determinada maneira. Esta representação diz respeito a uma circunstância existente ou supervenientemente esperada.¹⁹

Em segundo lugar, como a base objetiva do contrato, ou seja, como conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe a existência do próprio contrato – saibam ou não os contratantes – e que se relaciona ao fim e objetivo do acordo de vontades entabulado.²⁰

Dessa forma, a base objetiva abrange o conjunto das circunstâncias cuja existência ou manutenção, com ou sem consciência das partes, é necessária para a manutenção do sentido contratual e do seu escopo.²¹

Percebe-se que o § 5º do art. 65 da LLC se assemelha ao regime de revisão previsto no inc. V do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 1990, que assim reza:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

¹⁸ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Resolução por Onerosidade Excessiva*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XLIV, v. 140, São Paulo: Malheiros, dezembro de 2005, p. 25.

¹⁹ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Albolote (Granada): Comares, 2002, p. 210.

²⁰ LARENZ, Karl. *Op. Cit.*, p. 211.

²¹ MARTINS, Samir José Caetano. *A onerosidade excessiva no Código Civil: instrumento de manutenção da justa repartição dos riscos negociais*. Revista de Direito Privado, nº 31, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 263.

Conforme explica Cláudia Lima Marques, o art. 6º, V, do CDC avança em relação ao Código Civil, ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, já que apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição de equivalência entre prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da revisão é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi. O CDC também não exige, para promover a revisão, que haja "extrema vantagem para a outra" parte contratual, como consta do Código Civil (art. 478).²²

Pela teoria da base objetiva, o foco da observação é o negócio em si, dando maior ênfase às circunstâncias que deveriam ser levadas em consideração pelas partes no momento da constituição do acordo do que às imagens subjetivas compartilhadas por estas.²³

Segundo Larenz²⁴, são duas as situações em que ocorre a alteração da base objetiva do negócio jurídico, a saber:

- I) quando a relação de equivalência entre prestação e contraprestação pressuposta no contrato se destruiu de tal forma que não se pode falar racionalmente de uma contraprestação (destruição da relação de equivalência);
- II) quando a finalidade comum objetiva do contrato, expressa no seu conteúdo, tenha restado definitivamente inalcançável, mesmo quando a prestação do devedor ainda seja possível (frustração da finalidade).²⁵

A teoria da base objetiva visa a um reequilíbrio entre prestação e contraprestação assumidas pelos contratantes, buscando restabelecer ou, ao menos, reaproximar, sempre que possível, a equação econômica inicialmente querida pelas partes, sem indagar se as alterações supervenientes eram ou não previsíveis.

Para a aplicação do § 5º do art. 65 da LLC não se leva em consideração a imprevisibilidade do evento, e sim a alteração da carga tributária e dos encargos legais

²² MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58.

²³ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Adimplemento e Extinção das Obrigações*. In: REALE, Miguel. MARTINS-COSTA, Judith (coords.). *Biblioteca de Direito Civil – Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 6, p. 174.

²⁴ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Albolote (Granada): Comares, 2002, p. 211.

²⁵ I) cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación presupuesta en el contrato se há destruido en tal medida que no puede habalarse racionalmente de una 'contraprestación' (destrucción de la relación de equivalencia); II) cuando la común finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanable, aun cuando la prestación del deudor sea todavia posible (frustración de la finalidad). (tradução livre)

que estavam presentes quando da apresentação da proposta por motivos posteriores, que abale a relação de equivalência ou a finalidade do contrato, desequilibrando a base do negócio jurídico.

Conforme Ricardo Silveira Ribeiro, a não imputabilidade da conduta gravosa ao contratado é requisito para deferimento da revisão do art. 65, II, **d**, da Lei de Licitações, enquanto a revisão decorrente de alterações de encargos legais ou tributários independe da avaliação crítica de qualquer comportamento da empresa. Basta o cumprimento dos requisitos do art. 65, § 5º, da Lei 8.666, de 1993.²⁶

Vai ao encontro desse entendimento o julgado do Tribunal de Contas da União noticiado no informativo TCU nº 215 que, mutatis mutandis, bem se aplica à espécie:

Independente do regime de execução contratual, na hipótese de a empresa deixar de recolher determinado tributo embutido em seu BDI, ao ser **favorecida** por **regime tributário diferenciado** ou **qualquer benefício legal**, essa desoneração deve ser repassada ao contrato pactuado, de forma a garantir o pagamento apenas por tributos que representam gastos efetivamente incorridos pela contratada.²⁷ (g.n.)

Cumprido destacar que a “exigência” ou o “aumento” de tributos estão vinculados ao princípio da legalidade (art. 150, I, CF/88), de onde se poderia concluir que a Administração deveria exigir sempre “lei” para aplicar o dispositivo legal. Porém, o art. 65, § 5º, da Lei 8.666, de 1993, trata também de “alteração” e “extinção”, motivo por que há de ser avaliada qualquer repercussão tributária no contrato.

Um exemplo bem expressivo de aplicação do § 5º do art. 65 da LLC é o enquadramento da empresa contratada no regime diferenciado de tributação instituído pela Lei Complementar n. 123, de 2006, denominado de SIMPLES, sendo a inclusão ou exclusão em tal regime uma opção da própria empresa, conforme o disposto no art. 16 (inclusão)²⁸, e 30, I²⁹ (exclusão) da mencionada LC 123.

O efeito tributário mais relevante do enquadramento no SIMPLES é a isenção do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional

²⁶ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Terceirizações na administração pública e equilíbrio econômico dos contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 255.

²⁷ TCU - Acórdão nº 2440/2014-Plenário, TC 036.076/2011-2, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 17.9.2014.

²⁸ Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irrevogável para todo o ano-calendário.

²⁹ Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á: I - por opção;

vinculadas ao sistema sindical e demais entidades de serviço social autônomo, conforme previsto no § 3º do art. 13 da LC 123, de 2006.³⁰

Tal fato foi percebido pela Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União, que, em alentado parecer³¹, bem delineou o alcance do § 5º do art. 65 da LLC.

Pela sua relevância, merecem ser colacionadas as seguintes passagens do mencionado parecer:

6.18. A alteração contratual decorrente da inclusão/exclusão do SIMPLES parece mais se amoldar à regra específica do §5º do mesmo art. 65 da Lei de Licitações. Observando a literalidade deste último dispositivo, constata-se que podem dar ensejo à revisão dos preços contratados (para mais ou para menos) a criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais (qualquer disposição, tributária ou não), desde que esses fatos (1º) ocorram após a data de apresentação da proposta e (2º) tenham comprovada repercussão nos preços contratados.

6.19. Ora, as alterações de tributos e encargos legais decorrentes da inclusão ou exclusão do SIMPLES, seja essa inclusão/exclusão com base em quaisquer motivos (opcional, obrigatório ou de ofício), além de terem respaldo na LC 123/2006, não implicam criação ou extinção, mas alteração nos tributos e encargos legais da contratada. Assim, caso essa alteração (1º) ocorra após a apresentação da data de apresentação da proposta e (2º) tenha comprovada repercussão nos preços contratados, pode dar ensejo à revisão nos preços, para mais ou para menos.

Com base nessas premissas, foi exarada a orientação abaixo:

Nos contratos administrativos, a inclusão ou exclusão do simples, desde que ocorra após a data da apresentação da proposta e possua comprovada repercussão nos preços contratados, podem dar ensejo à revisão destes, para mais ou para menos. A alteração ora mencionada enquadra-se como reequilíbrio econômico-financeiro, podendo ocorrer independentemente de anualidade.³²

Pois bem, diante desse quadro, percebe-se que não cabe confundir os regimes jurídicos da revisão contratual constantes da Lei 8.666, de 1993. Um é fundamentado na teoria da imprevisão e da álea extraordinária, previsto no art. 65, II, d, outro é fundamentado na teoria da base objetiva do negócio, conforme o art. 65, § 5º.

³⁰ § 3º As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam dispensadas do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, de que trata o art. 240 da Constituição Federal, e demais entidades de serviço social autônomo.

³¹ Parecer n. 03/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, disponível em <http://agu.gov.br/page/download/index/id/11231607>, acesso em 12/06/19.

³² CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU n. 03/2012, disponível em <http://agu.gov.br/page/download/index/id/11231607>, acesso em 12/06/19.

Há um ponto que merece ser enfrentado com mais vagar que é a possibilidade de a Lei de Licitações acabar frustrando a função extrafiscal de determinados tributos, esvaziando políticas públicas relevantes, como enfrentarei no tópico a seguir.

2. NEUTRALIDADE DOS CUSTOS TRIBUTÁRIOS NO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO. POSSIBILIDADE DE FRUSTRAÇÃO DA EXTRAFISCALIDADE DO TRIBUTO

Apesar de toda a argumentação expendida a respeito da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, não se pode negar que muitos tributos têm a peculiaridade de possuir natureza extrafiscal, servindo como forma de intervenção do Estado na ordem social e econômica, de modo a estimular determinada conduta por parte do contribuinte.

A extrafiscalidade é a prerrogativa da Fazenda Pública de interferir indiretamente na propriedade privada e nas relações socioeconômicas, com fito em adequá-las aos interesses coletivos, proporcionando meios de obtenção de justiça social igualitária, utilizando-se, para tanto, de leis indutoras tributárias.

Conforme a lição do saudoso Alfredo Augusto Becker acerca da função extrafiscal dos tributos, a principal finalidade de muitos tributos não será a de um instrumento de arrecadação de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada.³³

Explicam Roberto Girão e Maria Lírida Mendonça que a função extrafiscal consiste na utilização da tributação com esteio em estimular ou desestimular comportamentos, de modo a intervir na conjuntura econômica, social ou política. Para coibir as condutas que atentam contra seus interesses, o Estado tem duas opções: editar norma jurídica que torne ilícito determinado fato social (intervenção sobre o domínio econômico por direção) ou instituir tributo de natureza extrafiscal, o qual configura-se como ótimo instrumento para concretizar seus objetivos (intervenção sobre o domínio econômico por meio de indução).³⁴

As normas tributárias indutoras, segundo os referidos autores, são destacadas como regras de comportamento que possibilitam a intervenção sobre o domínio econômico, induzindo determinadas condutas, tornando possível a intervenção estatal sobre o particular.³⁵

³³ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2007, p. 623.

³⁴ GIRÃO, Roberto Henrique, MENDONÇA Maria Lírida Calou de Araújo e. *A extrafiscalidade como instrumento para concretização dos princípios da ordem econômica*. Artigo disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0b37354e8046d235>, acesso em 11 de junho de 2019.

³⁵ Idem.

Ainda segundo Girão e Mendonça, os incentivos aqui mencionados podem ser concretizados por meio da diminuição da carga tributária, através de benefícios fiscais, como “prêmio” ao contribuinte que buscar condutas ideais aos interesses públicos. Por outro lado, os desestímulos se dão mediante a instituição ou majoração de um tributo extrafiscal proibitivo, de modo que a Administração Pública utiliza uma regra jurídico-tributária a fim de impedir ou desestimular, de forma indireta, comportamento permitido pela legislação, mas divergente dos interesses estatais.³⁶

O tributo com função extrafiscal enquadra-se no universo das chamadas sanções premiais, que é a utilização positiva da sanção pelo Estado, sem viés penalizador, ao contrário, com intuito congratulante. É a mudança da forma de exercer o controle social e o dirigismo da conduta humana, papel do Estado de repressor para a de promotor de ações de afirmação de boas condutas.³⁷

Miguel Reale afirma que as sanções são medidas que visam assegurar a execução das regras de direito e, até mesmo, a outorga de vantagens destinadas a facilitar o cumprimento de determinados preceitos, de modo que as sanções podem ser preventivas, repressivas ou premiais.³⁸

Conforme Norberto Bobbio, a noção de sanção positiva deduz-se a contrário sensu daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação à ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo o bem ao bem.³⁹

Registre-se a observação de Bobbio no sentido de que a sanção premial pode consistir em um prêmio econômico (uma compensação em dinheiro, v.g.), em um bem social (passagem para um status superior), um bem moral (condecorações e honrarias) ou um bem jurídico (privilégios). O mesmo ocorre em relação à sanção como castigo, que gera um “mal econômico (uma multa), social (banimento), moral (desonra), jurídico (perda da capacidade de elaborar testamento), ou físico (de açoites à decapitação)”.⁴⁰

O Estado desenhado na Constituição de 1988 tem por dever intervir na ordem social. Eros Grau entende que o Estado intervencionista desencadeia um salto qualitativo que acaba por enriquecer o conteúdo da atuação estatal, pois essa intervenção, além de ser como produtor do direito e provedor de segurança, também

³⁶ Idem.

³⁷ BANDEIRA, Rafael Cruz. *A valoração na teoria da sanção no direito: o caso da sanção positiva*. RIDB, Ano 1 (2012), nº 9, p. 5157.

³⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 673.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – Novos estudos de Teoria do Direito*. Trad. Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 24.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 24-25.

usa o direito positivo como instrumento de concretização de políticas públicas.⁴¹

Pela sistemática da Lei de Licitações, contudo, não há exceção à revisão do contrato quando houver alteração de carga tributária, pouco importando se o tributo tem ou não natureza extrafiscal.

Tal circunstância pode neutralizar aos objetivos do tributo extrafiscal na medida em que, independente da melhora ou piora da atuação do contribuinte, sempre haverá a possibilidade de revisão do contrato, não havendo previsão específica na Lei a respeito.

É necessária, assim, previsão na lei de instituição do tributo extrafiscal para que seja afastada regra do § 5º do art. 65 da Lei 8.666, de 1993, de modo que o contrato não seja revisto em razão da mudança de carga tributária.

Destaco que é vedado ao aplicador da lei se substituir ao legislador, criando uma norma ao arrepio do ordenamento jurídico.⁴²

Com isso, será respeitado o princípio da legalidade, e haverá a exclusão, no caso concreto, da regra da revisão pela alteração da carga tributária e encargos legais, preservando a política tributária instituída pelo tributo de natureza extrafiscal.

3. CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, o § 5º do art. 65 da Lei 8.666, de 1993, possui regime jurídico próprio em relação à alínea *d* do inc. II do mesmo art. 65, motivo pelo qual é possível efetivar a revisão do contrato independente da imprevisibilidade da alteração superveniente da carga tributária e dos encargos legais pode dar ensejo à revisão nos preços, para mais ou para menos.

No caso de tributos com função extrafiscal, é necessário que haja previsão legal específica afastando a regra do § 5º do art. 65 da Lei 8.666, de 1993, de modo que o contrato não seja revisto em razão da mudança de carga tributária.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Rafael Cruz. *A valoração na teoria da sanção no direito: o caso da sanção positiva*. RIDB, Ano 1 (2012), nº 9.

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 59.

- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – Novos estudos de Teoria do Direito*. Trad. Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Adimplemento e Extinção das Obrigações*. In: REALE, Miguel. MARTINS-COSTA, Judith (coords.). *Biblioteca de Direito Civil – Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 6.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- GIRÃO, Roberto Henrique, MENDONÇA Maria Lírida Calou de Araújo e. *A extrafiscalidade como instrumento para concretização dos princípios da ordem econômica*. Artigo disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0b37354e8046d235>, acesso em 11 de junho de 2019.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008,
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Albolote (Granada): Comares, 2002.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Resolução por Onerosidade Excessiva*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XLIV, v. 140, São Paulo: Malheiros, dezembro de 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARTINS, Samir José Caetano. *A onerosidade excessiva no Código Civil: instrumento de manutenção da justa repartição dos riscos negociais*. Revista de Direito Privado, nº 31, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

A TEORIA DA BASE OBJETIVA NA REVISÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Diego Ornellas de Gusmão

MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. Volume 11. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira, FORSTER JÚNIOR, Nestor José. *Manual de redação da Presidência da República*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: Presidência da República, 2018.

SANTOS, Alberto Marques dos. *Regras científicas da hermenêutica*. Disponível em: <<http://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/regras-da-hermeneutica/>>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Terceirizações na administração pública e equilíbrio econômico dos contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.