

## **O IMPACTO, NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, DE FINANCIAMENTOS BANCÁRIOS REALIZADOS POR EMPRESAS CONTRATADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA COVID 19**

Fabiano Batista Corrêa<sup>1</sup>

### **RESUMO**

É evidente que a pandemia COVID 19 afetou e vem afetando diversos setores da economia brasileira, não ficando de fora as contratações públicas nas quais os reflexos atingirão, notadamente, as cláusulas econômico-financeiras dos contratos celebrados com a Administração Pública. Em um cenário de evidente e iminente crise econômica e como forma de atenuar os efeitos do porvir à pandemia COVID 19, o gestor público deve adotar medidas preventivas que priorize o corte de gastos públicos o que envolve, nos casos das contratações públicas, decidir sobre a rescisão ou não de contratos administrativos e, neste caso, se haverá ou não a alteração das bases contratadas, a exemplo, da redução quantitativa do objeto contratado. Mesmo adotando medidas preventivas, não se descarta que as políticas públicas paliativas adotadas, nesse período, possam refletir na arrecadação das receitas públicas e, como consequência, gerar dificuldades para que a Administração Pública honre, tempestivamente, com os pagamentos devidos às empresas contratadas, as quais, para manter a execução do objeto contratado, poderão ter que recorrer ao mercado em busca de financiamentos de suas atividades. A questão é saber, a partir de uma pesquisa exploratória e bibliográfica, se as empresas contratadas poderão repassar os custos dos encargos financeiros e dos juros bancários provenientes desses financiamentos para a respectiva Administração Pública contratante, sobrelevando a importância da discussão em vista da insuficiência de parâmetros legais que dê suporte à tomada de decisão do gestor público. A conclusão a que se chega é que a revisão contratual a fim de transferir referidos custos para a Administração Pública contratante é medida excepcional e, para tanto, há a necessidade de observância de alguns requisitos: a) ausência de pagamento ou atraso reiterado de pagamentos devidos pela Administração Pública contratante; b) necessidade de manutenção do contrato a fim de não acarretar maiores prejuízos ao interesse público; c) inexistência de opção para a empresa contratada que não seja obter junto ao mercado linhas de financiamento para que haja a continuidade da execução do contrato administrativo; d) cientificação da Administração Pública contratante quanto à necessidade de regularização dos pagamentos devidos com a expressa menção de que não haverá como dar continuidade a execução do contrato, salvo através de obtenção de financiamento junto ao mercado financeiro; e, e) comprovação de que os recursos obtidos junto ao mercado financeiro foram aplicados, exclusivamente, no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato administrativo.

<sup>1</sup> Advogado. Pós-graduado em direito público pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (FADIVALE) e em Gestão Pública pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Professor de Direito Administrativo do curso de graduação e dos cursos de pós-graduação da FADIVALE. Professor de Direito Administrativo da Universidade Vale do Rio Doce.

**PALAVRAS-CHAVE:** pandemia COVID; repercussão; contratações públicas; revisão contratual; repasse de custos.

#### **ABSTRACT**

It is evident that the pandemic COVID 19 affected and has been affecting several sectors of the Brazilian economy, not excluding public contracts in which the reflexes will reach, notably, the economic and financial clauses of the contracts signed with the Public Administration. In a scenario of evident and imminent economic crisis and as a way to mitigate the effects of the future to the pandemic COVID 19, the public manager must adopt preventive measures that prioritize the cut of public expenditures which involves, in the cases of public contracts, deciding on the termination or not of administrative contracts and, in this case, whether or not there will be a change in the contracted bases, for example, the quantitative reduction of the contracted object. Even adopting preventive measures, it is not ruled out that the palliative public policies adopted during this period may reflect on the collection of public revenues and, as a consequence, generate difficulties for the Public Administration to honor, in a timely manner, with the payments due to the contracted companies, the which, to maintain the execution of the contracted object, may have to resort to the market in search of financing for their activities. The question is to know, from an exploratory and bibliographic research, if the contracted companies will be able to pass on the costs of financial charges and bank interest from these financing to the respective contracting Public Administration, highlighting the importance of the discussion in view of the insufficiency of parameters support the decision making of the public manager. The conclusion reached is that the contractual review in order to transfer these costs to the contracting Public Administration is an exceptional measure and, for that, there is a need to comply with some requirements: a) lack of payment or repeated delay in payments due by the contracting Public Administration; b) the need to maintain the contract in order not to cause further damage to the public interest; c) inexistence of an option for the contracted company other than obtaining credit lines from the market so that there is continuity in the execution of the administrative contract; d) investigation of the contracting Public Administration as to the need to regularize the payments due with the express mention that there will be no way to continue the execution of the contract, except through obtaining financing from the financial market; and, e) proof that the funds obtained from the financial market were applied, exclusively, in compliance with the obligations arising from the administrative contract.

**KEYWORDS:** pandemic COVID, repercussion, public contracting, contract review, cost transfer.

#### **SUMÁRIO:**

**1 INTRODUÇÃO. 2 O CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 3 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 4 CLÁUSULAS EXORBITANTES E A MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. 5 GESTÃO**

**DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 6 MANUTENÇÃO DO EQUILIBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E REPASSES DE ENCARGOS DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## **1 INTRODUÇÃO**

No intuito de atender o interesse público, é inerente à dinâmica da Administração Pública celebrar os mais diversos tipos de contratos, classificados, de um lado, como contratos administrativos, nos quais se aplica o regime jurídico de direito público e que vão desde a construção de obras públicas, passando pela aquisição de bens, até a prestação de serviços públicos, e, de outro, como contratos privados ou contratos da administração, regidos predominantemente pelo direito privado, a exemplo, da locação de imóveis cujo locatário seja o Poder Público.

Diferente dos contratos regidos pelo direito privado, nos contratos administrativos se reconhece, como regra, a desigualdade jurídica entre as partes, resguardando à Administração Pública Contratante prerrogativas, através das denominadas cláusulas exorbitantes, que permitem, dentro dos limites legais, desde a alteração unilateral até rescisão unilateral da avença, todavia, tais prerrogativas não chegam ao ponto de autorizar o esvaziamento da equação econômico-financeira fixada quando da contratação que vem a ser a relação entre o objeto pactuado e o preço inicialmente fixado.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, na verdade, é um direito do contratado instrumentalizada através dos institutos do reajuste, com tempo certo para ocorrer e relacionado à atualização monetária do valor inicialmente contratado em face da inflação, e da revisão, a qual pode ocorrer a qualquer tempo em virtude de fatores imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado inicialmente no contrato, sobressaindo, como exemplo a ensejar a revisão, o atual cenário da pandemia COVID 19.

A COVID 19 foi reconhecida como pandemia pela Organização Mundial de Saúde e, no Brasil, foi reconhecida para fins de responsabilidade fiscal, formalmente, o estado de calamidade pública através do Decreto Legislativo nº 06 de 20/03/2020, estabelecendo a Lei nº 13.979 de 06/02/2020 medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública, não havendo como negar o impacto da pandemia na economia brasileira com o decréscimo da atividade industrial, o aumento do desemprego, a perda de arrecadação, etc.

O cenário demonstra uma evidente e iminente crise econômica a exigir do gestor público a tomada de decisões objetivando a redução de gastos públicos e, nos casos das contratações públicas, deliberar sobre a rescisão ou a manutenção de contratos na forma inicialmente pactuada ou com a alteração das bases contratadas. Independentemente das medidas adotadas, não se rejeita a real dificuldade da Administração Pública manter em dia os pagamentos devidos às empresas contratadas, as quais, para sobreviver, poderão ter que recorrer ao mercado em busca de financiamentos de suas atividades.

A questão é saber se as empresas contratadas poderão repassar os custos dos encargos financeiros e dos juros bancários provenientes desses financiamentos para a respectiva Administração Pública contratante, sobrelevando a importância da discussão em vista da insuficiência de parâmetros legais que dê suporte à tomada de decisão do gestor público.

Para tanto, inicialmente será pontuado o sentido subjetivo da Administração Pública e as regras gerais aplicáveis aos contratos por ela celebrados, em sequência, será destacada a atuação do gestor nas contratações públicas em momento de crise, para, então, explanar eventual impacto ou reflexo de financiamentos bancários obtidos pelas empresas contratadas no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

A metodologia adotada é a pesquisa exploratória e bibliográfica realizada a partir de artigos jurídicos e doutrina, além da análise pontual da legislação e da jurisprudência nacional relacionada à temática, buscando a reflexão sobre assunto que, certamente, em um futuro próximo será questionado administrativamente e

judicialmente pelas empresas contratadas visando reparação econômica da Administração Pública contratante tendo, por fundamento, eventual endividamento bancário realizado com o intuito de manter a continuidade da relação contratual.

## **2 O CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A definição de Administração Pública vai depender do parâmetro utilizado, isto porque, a mesma pode ser entendida a partir de um aspecto subjetivo, na qual será destacada a estrutura estatal, ou a partir de um aspecto objetivo, na qual será relevada a dinâmica estatal.

Em um sentido subjetivo, formal ou orgânico, o destaque no conceito da Administração Pública será o conjunto de órgãos públicos, entidades administrativas e agentes públicos que compõem a sua estrutura. Lado outro, em um sentido objetivo, material ou funcional, o ponto chave do conceito de Administração Pública será o exercício da função administrativa.

Não há como dissociar os respectivos sentidos até porque a estrutura estatal construída está diretamente ligada a sua dinâmica, a significar que não há como exercer a função administrativa que não seja através de agentes públicos que estão lotados nos diversos órgãos públicos e entidades administrativas que compõe a Administração Pública.

Ao que interessa, importa destacar que as relações contratuais serão firmadas pelas pessoas jurídicas que compõem a estrutura estatal, seja através dos próprios entes ou entidades políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), seja através das entidades administrativas que compõem o conceito subjetivo de Administração Pública (Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista).

O rol de pessoas jurídicas de direito público está previsto no art. 41 do Código Civil, quais sejam, as entidades políticas, as autarquias e para boa parte da doutrina as fundações públicas. Lado outro, para alguns as fundações públicas devem ser instituídas como pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do art. 5º do

Decreto-Lei nº 200/67, tal como as empresas públicas e sociedade economia mista definida no respectivo artigo como pessoas jurídicas de direito privado.

São essas pessoas jurídicas que celebrarão os denominados contratos da Administração Pública.

### **3 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Há toda uma regulamentação da relação contratual no âmbito do direito privado, seja a partir dos princípios e das regras contidas na Lei nº 10.406/02 (Código Civil), seja a partir dos princípios e das regras contidas na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

De igual modo, no âmbito do direito público, existem leis próprias que tratam das relações contratuais em que uma das partes é a Administração Pública, a exemplo, dos princípios e das regras previstas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 8.987/95.

A expressão “contratos da administração pública” é um gênero que comporta como espécies, os contratos administrativos e os contratos privados celebrados pela Administração Pública ou, alguns, contratos da administração, os quais se distinguem pelo regime jurídico aplicável, conforme nos ensina Alexandrino e Paulo (2007, p. 389, grifo do autor):

Em resumo, a doutrina usualmente emprega a expressão “**contratos administrativos**” para referir-se aos contratos regidos predominantemente pelo Direito Público, nos quais a Administração figura em posição jurídica de supremacia, e, em contraposição, o termo “**contrato da Administração**”, para aludir aos contratos regidos predominantemente pelo Direito Privado, em que a Administração está, em princípio, em condição de igualdade jurídica com o particular.

O parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/93 nos fornece um conceito de contrato, qual seja: “Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer

ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Para Zimmer Júnior (2009, 592) “[...] todo contrato administrativo parte da existência de duas características, ou seja, o Poder Público é uma das partes, e a presença de cláusulas exorbitantes é outra. Os contratos da Administração, por sua vez, têm como elemento inafastável o Poder Público como uma das partes, mas não contam com a presença de cláusulas exorbitantes.”

Nos contratos administrativos se aplicam as normas de direito público, somente havendo necessidade de buscar solução, supletivamente, nas normas de direito privado em situações de ausência de regra própria de direito público, nos termos do art. 54<sup>2</sup> da Lei nº 8.666/93. Já nos contratos da administração, se aplicam as normas de direito privado e necessariamente, no que for cabível, as normas de direito público, a significar a existência, nas contratações públicas, de avenças regidas exclusivamente pelo direito público, no entanto, não há que se falar em contrato celebrado pela Administração Pública que seja regido, exclusivamente, pelo direito privado.

No âmbito da Administração Pública, em seu sentido subjetivo, as pessoas jurídicas de direito público, em regra, celebram contratos administrativos e, excepcionalmente, contratos privado ou contratos da administração e, por sua vez, as pessoas jurídicas de direito privado, em regra, celebram contratos privados e, excepcionalmente, contratos administrativos.

Os efeitos da pandemia COVID 19 repercutem nas contratações públicas de forma geral, sejam nos contratos da administração, sejam nos contratos administrativos, no entanto, iremos focar o estudo no regime jurídico de direito público aplicado aos contratos administrativos, nos quais há nítida desigualdade jurídica entre as partes representada pelas cláusulas exorbitantes.

---

2 Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

#### **4 CLÁUSULAS EXORBITANTES E A MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO**

As cláusulas contratuais é que vão estabelecer os direitos e as obrigações das partes na relação jurídica estabelecida e com relação aos contratos administrativos a Lei nº 8.666/93 estabelece dois tipos de cláusulas: a) cláusulas necessárias previstas no art. 55; e, b) cláusulas exorbitantes previstas no art. 58.

As cláusulas necessárias não diferenciam o contrato administrativo do contrato privado, tratando-se das condições mínimas para a formalização de todo e qualquer contrato administrativo, a exemplo, da qualificação das partes, da caracterização do objeto, do valor, do prazo, dos direitos e obrigações das partes, etc.

Já as cláusulas exorbitantes caracterizam o regime jurídico de direito público ao desigualar as partes contratantes visto que estabelece prerrogativas para a Administração Pública contratante a fim de se resguardar o interesse público, conforme nos ensina Carvalho Filho (2019, p. 353):

*Cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada.*

*Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público, e, se antes eram apenas enunciadas pelos estudiosos do assunto, atualmente transparecem no texto legal sob a nomenclatura de “prerrogativas” (art. 58 do Estatuto). São esses princípios que formam a estrutura do regime jurídico de direito público, aplicável basicamente aos contratos administrativos (art. 54, Estatuto).*

Tais prerrogativas permitem a Administração Pública contratante, nas situações legalmente previstas, alterar ou rescindir unilateralmente o contrato, a saber, sem necessidade de anuência do contratado, bem como fiscalizar e, se for o caso, aplicar sanções administrativas, observando-se, neste caso, a ampla defesa e o contraditório e, por fim, ocupar provisoriamente as instalações e utilizar os bens,

equipamentos e pessoal da contratada para manter a continuidade de serviços essenciais.

Ocorre que essa desigualdade jurídica presente nos contratos administrativos não chega ao ponto de permitir a alteração unilateral das cláusulas econômicas conforme nos ensina Araujo (2010, p. 674):

As cláusulas econômicas são inalteráveis unilateralmente, porque estabelecem a remuneração e os direitos do contratante em relação à Administração e fixam a equação financeira a ser mantida durante toda a execução do contrato, ao passo que as cláusulas regulamentares são modificáveis unilateralmente pela Administração em razão do interesse público que o contrato visa a atender. A variação do interesse público é que fundamenta a alteração do contrato e até mesmo a sua extinção, nos casos extremos em que a sua execução se torna inútil ou prejudicial à comunidade.

A equação econômico-financeira é a relação entre os encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecidas pela ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato (JUSTEN FILHO, 2008, p. 427).

Em síntese, é possível que a Administração Pública contratante possa alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares que diz respeito ao objeto contratado devendo, de forma proporcional, ser alterada a cláusula econômico-financeira referente ao preço estabelecido na avença para que se mantenha a equação econômico-financeira, no entanto, não é possível a alteração unilateral do preço contratado.

Trata-se a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de verdadeiro direito do contratado, a qual é preservada através dos instrumentos do reajuste e da revisão. O reajuste tem prazo certo para ocorrer e tem como causa a correção monetária do valor contratual em face da inflação. A revisão poder ocorrer a qualquer tempo e tem como causa um fato imprevisível ou previsível, mas que acarrete onerosidade excessiva ao contratado.

Já descarta o instituto do reajuste na discussão aqui proposta, focando no instituto da revisão considerando que na pandemia COVID 19, mesmo que não se reconheça a imprevisibilidade no que se refere às contratações públicas até mesmo em vista do lapso temporal já transcorrido, o atual cenário se enquadra em uma previsibilidade de consequências incalculáveis, retardadoras ou impeditivas quanto à execução contratual, atraindo a aplicação do art. 65, II, d da Lei nº 8.666/93, vide:

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 (BRASIL, 2020a, p. 38 ).

Na verdade, a observância do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo encontra lastro no art. 37, XXI da Constituição Federal<sup>3</sup> ao impor, nas contratações públicas, cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta nos termos da lei.

Com efeitos, a ocorrência de fatos supervenientes e impactantes nas condições inicialmente celebradas poderá ensejar a rescisão contratual ou mesmo a sua manutenção com a devida alteração contratual, via revisão, para a adequação do contrato à nova realidade, inclusive, com relação à recomposição do preço.

---

3 Art. 37 [ ...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Diante da pandemia COVID 19, oportuno refletir sobre as atitudes que os gestores públicos poderão adotar no que se refere às contratações públicas até mesmo para reduzir, substancialmente, a oneração nos cofres públicos decorrentes das alterações contratuais pleiteadas pelos contratados para a revisão das cláusulas econômico-financeiras, a fim de manter a equação econômico-financeira inicialmente pactuada.

## **5 GESTÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

A pandemia COVID 19 afetou diversos setores da economia brasileira, não ficando de fora as contratações públicas nas quais os reflexos irão impactar, notadamente, nas cláusulas econômico-financeiras dos contratos celebrados com a Administração Pública.

As medidas administrativas e sanitárias que vem sendo adotadas nas três esferas de governo, a exemplo, da determinação do fechamento do comércio e da indústria, certamente, afetaram e afetarão o cronograma das contratações públicas, a exemplo, dos contratos que tenham por objeto a construção de obra pública, nos quais haverá necessidade de reprogramação quanto à execução, o que envolve, inclusive, a possibilidade de revisão das cláusulas econômicas, quando a postergação da execução acarretar um aumento de custos para o contratado.

Em um cenário de evidente e iminente crise econômica e como forma de atenuar os efeitos do porvir à pandemia COVID 19, o gestor público deve adotar as medidas preventivas que priorize o corte de gastos públicos o que envolve, nos casos das contratações públicas, decidir com relação aos contratos administrativos:

a) quais desses contratos vigentes serão rescindidos, por motivo de interesse público, sem que haja penalidade aos contratados, com a quitação dos valores referentes ao que já foi executado e a devolução, se for o caso, da garantia prestada;

b) quais serão mantidos, mas com a alteração das bases contratadas, a exemplo, da redução quantitativa de seu objeto nos termos do art. 65, I, b e §1º da Lei nº 8.666/93; e,

c) quais serão mantidos em sua integralidade, sem qualquer alteração das bases contratadas.

Naturalmente que essa discussão se refere a contratos administrativos celebrados antes da pandemia e que, de alguma forma, foram impactados na equação econômico-financeira, até porque os contratos administrativos celebrados durante a pandemia, tendo por marco a decretação de estado de calamidade, já deveria considerar uma matriz de risco, na qual haveria o detalhamento da responsabilidade tanto da Administração Pública contratante, quanto da parte contratada.

A primeira opção, portanto, diz respeito à rescisão de contratos, quando seu objeto for prescindível nesse momento de pandemia, a exemplo, de contratos que envolvam publicidade e contratos que envolvam eventos, observando que em vista da caracterização da força maior/caso fortuito<sup>4</sup>, a Administração Pública terá que pagar pelo que já foi executado, no entanto, não terá que pagar pelos prejuízos efetivamente comprovados, não se aplicando, aqui, a regra contida no parágrafo único do art. 59<sup>5</sup> da Lei nº 8.666/93, o qual trata da nulidade da contratação, mas a regra contida no art. 393 do Código Civil:

---

4 Existe séria divergência doutrinária sobre a definição de força maior e de caso fortuito. Para uns, força maior seria um evento da natureza e, por sua vez, caso fortuito seria um evento humano, enquanto para outros seria o contrário, ou seja, força maior seria um evento humano e caso fortuito seria um evento da natureza. Não adentraremos nessa discussão até porque não sabe, exatamente, a origem do vírus, havendo quem defenda se tratar de vírus fabricado em laboratório, a caracterizar evento humano.

5 Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (extracontratual (BRASIL, 2020a, p. 31 ).

A segunda opção refere-se à possibilidade de manter a execução do contrato, mas com alteração das bases contratadas, nos termos do art. 65, I e §1º da Lei nº 8.666/93 que trata da alteração unilateral qualitativa, referente às alterações das especificações do objeto contratado, e da alteração unilateral quantitativa, referente ao acréscimo ou redução do objeto contratado.

Em se tratando de redução de gastos, no caso da alteração unilateral quantitativa se permite a redução de até 25% (vinte e cinco) por cento do objeto contratado tendo como parâmetro o valor inicial atualizado do contrato, reduzindo na mesma proporção o preço, de forma a manter a equação econômico-financeira do contrato.

Não se tolera a alteração unilateral do preço contratado e, dessa forma, diante de uma crise econômica há a necessidade de estabelecer, previamente, as regras objetivas que irão pautar a renegociação dos contratos administrativos visando uma alteração consensual para a redução do valor do contrato.

Com efeito, é possível tanto a alteração unilateral quantitativa de até 25% do objeto inicialmente contratado, quanto à alteração bilateral em percentual superior a 25%, neste caso, quando há renegociação entre as partes e, portanto, formalizada consensualmente.

Trata-se de regra geral válida para todos os contratos administrativos que passa a conviver com regra específica instituída pela MP 926 de 20/03/2020, que incluiu o art. 4º, I na Lei nº 13.979/2020, a qual dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, vide:

[...]

Art. 4º- I Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou **supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato.** (BRASIL, 2020c, p. 8, grifo nosso)

Tal regra específica se aplica a aquisição de bens, insumos e serviços, inclusive, de engenharia, mas tão somente relacionados ao combate da pandemia e, portanto, voltados para a área de saúde, observando-se que os contratos daí decorrentes terão prazo de duração de até seis meses, podendo ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento da pandemia nos termos do art. 4-I da Lei nº 13.979/2020, incluído pela MP 926 de 20/03/2020.

A terceira opção seria manter as condições contratadas em sua integralidade em função de o objeto envolver serviços essenciais e/ou de natureza contínua, nos quais a suspensão ou a rescisão poderá acarretar um prejuízo maior à coletividade, a exemplo, do recolhimento, transbordo e tratamento de resíduos sólidos.

Com a possível queda da arrecadação tributária em vista da recessão econômica iminente em decorrência da pandemia, bem provável que a Administração Pública possa atrasar o pagamento ou simplesmente não pagar os valores devidos às empresas contratadas.

De um lado, o atraso ou o não pagamento dos valores contratados por parte da Administração Pública contratante e, de outro, a necessidade da contratada de manter a execução do objeto contratado em sua integralidade e, em consequência, as obrigações daí decorrentes tais como as trabalhistas, as previdenciárias e as tributárias.

Na literalidade do art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93, o contratado somente poderá suspender o objeto do contrato administrativo ou requerer a sua rescisão, salvo nos casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, quando o atraso nos pagamentos dos valores devidos forem superiores a 90 (noventa) dias, registrando que em se tratando da prestação de serviços públicos,

de natureza contínua, referida regra legal deve ser adotada com temperamentos e a partir de uma decisão judicial, nos termos do art. 39 da Lei 8.987/95, a significar que o contratado não poderá, por conta própria, interromper a prestação dos serviços.

A necessidade de tomada de decisões a fim de reduzir o gasto público, diante de um cenário de iminente crise econômica, não se traduz em faculdade do gestor, mas obrigatoriedade que decorre da aplicação do princípio da eficiência previsto expressamente no caput do art. 37 da Constituição Federal, a significar gastar os recursos públicos da melhor forma possível com adoção de medidas que, de um lado, continuem atendendo ao interesse público e, de outro, represente real economia para os cofres públicos.

Independentemente das medidas adotadas pelo gestor, o pleito para que haja a revisão das bases contratadas a par do desequilíbrio da equação econômico-financeira em virtude do aumento dos custos para a execução do objeto, com fundamento na pandemia, será uma constante nas relações contratuais travadas com a Administração Pública, indicando, inclusive, que já existe judicialização sobre o tema, vide ementa:

CONTRATO ADMINISTRATIVO Concessão – Transporte público municipal – Pandemia – Subsídio mensal – Reequilíbrio econômico financeiro – Prova pericial contábil – Produção – Indispensabilidade – Tutela de urgência – Impossibilidade: – Ausentes os requisitos legais de forte probabilidade do direito e perigo de dano grave, não há fundamento para a tutela de urgência.(TJSP - Agravo de Instrumento 2153262-38.2020.8.26.0000; Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Caraguatatuba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/07/2020; Data de Registro: 14/07/2020).

Na referida ação, em síntese apertada, a empresa concessionária requereu em tutela de urgência, com base em cláusulas contratuais, o pagamento de um subsídio mensal por parte do Poder Concedente Municipal, ao argumento de que este interviu diretamente na sua receita, ao estabelecer a quarentena e determinar a redução da lotação de passageiros por viagem, sem que houvesse redução da frota

em atividade, registrando que a tutela foi indeferida pelo juiz “a quo” a partir do argumento, entre outros, de que a demanda exigiria conhecimentos técnicos para verificar a ocorrência de desequilíbrio, decisão esta que foi mantida pelo respectivo Tribunal de Justiça de São Paulo.

A execução contratual com o substancial aumento dos custos e/ou sem o respectivo e tempestivo pagamento podem levar as empresas contratadas a buscar no mercado os recursos necessários para a manutenção da sua estrutura e de suas atividades, o que nos leva a reflexão proposta no ensaio.

## **6 MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E REPASSES DE ENCARGOS DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO**

A questão posta para reflexão é a seguinte: eventuais encargos financeiros e/ou juros bancários decorrente de financiamentos realizados pela empresa contratada para manter as obrigações decorrentes do contrato administrativo poderão ser repassados para a Administração Pública contratante?

Não se trata de tema novo, no entanto alcança relevância na atual quadra em vista dos estragos que a pandemia COVID 19 causará na economia do País, o que aumentará substancialmente os casos em que empresas contratadas pela Administração Pública, em vista de aumento de custos e/ou reiterados atrasos ou ausência de pagamento, terão que recorrer às instituições financeiras a fim de obter crédito para a manutenção de suas obrigações relacionadas à execução do contrato administrativo.

Quando pactuam, as partes implicitamente pretendem que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desse modo, o efeito principal desse verdadeiro postulado contratual é o de propiciar às partes a oportunidade de restabelecer o equilíbrio toda vez que de alguma forma mais profunda for ele rompido ou, quando impossível o restabelecimento, ensejar a própria rescisão do contrato (CARVALHO FILHO, 2019, p. 361).

A premissa é que, diante do aumento dos custos e/ou do inadimplemento da Administração Pública contratante, a empresa contratada busque financiamento bancário para continuidade da execução do objeto, cujos encargos e taxa de juros caracterizam um ônus não previsto na equação econômico-financeira inicialmente estipulada.

Ora, um dos direitos do contratado que deve ser observado pela Administração Pública é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, dessa forma, qualquer ônus para qual a empresa contratada não tenha contribuído e que reflita efetivamente no custo do objeto contratado deverá permitir a revisão das bases financeiras contratadas.

O art. 884 do Código Civil que trata do enriquecimento sem causa serve de fundamento para que a empresa contratada pela Administração Pública possa pleitear o ressarcimento de encargos e juros de mercado decorrente(s) de empréstimo(s) bancário(s) obtido(s) para manter a continuidade da execução do objeto contratado.

Trata-se de opção extrema e, por tal motivo, a empresa contratada somente terá possibilidade de êxito em repassar, para a Administração Pública contratante, o ônus dos encargos financeiros e/ou dos juros bancários decorrentes de financiamentos realizados para a continuidade da execução contratual, se observado alguns requisitos.

O primeiro requisito é que tal possibilidade, de repasse de ônus de encargos financeiros e dos juros bancários, já deveria estar prevista no próprio contrato, situação esta difícil de ocorrer na prática considerando a taxionomia do contrato administrativo, qual seja, contrato de adesão cujas cláusulas decorrem de previsão legal, notadamente, dos artigos 55 e 58 da Lei nº 8.666/93, o que inviabiliza a negociação das mesmas pelas partes.

Descartada a hipótese acima, a opção é, no caso de aumento de custos e/ou de atraso ou ausência de pagamento, providenciar a notificação da Administração Pública contratante quanto à necessidade de regularização, devendo constar, expressamente, que, caso não haja a normalidade dos pagamentos, a empresa

contratada não terá outra opção que não seja contratar financiamento bancário para que possa manter a execução do objeto contratado.

O segundo é que a empresa contratada deverá ter registro de que os encargos e juros bancários do respectivo(s) empréstimo(s) bancário(s) tomado(s) estão dentro da média praticada no mercado, a significar que não se permite a empresa contratada a pactuar qualquer financiamento, mas aquele com os menores encargos e taxa de juros possíveis, não podendo gerar um ônus desproporcional para a Administração Pública contratante.

O terceiro é que os valores recebidos através de empréstimo bancário devem ser aplicados, exclusivamente, no objeto do contrato celebrado com a Administração Pública. Ora, não se estabelecendo o nexos causal entre os valores do financiamento bancário tomado e o objeto do contrato celebrado, não há como a empresa contratada pleitear junto a Administração Pública contratante o ressarcimento dos encargos e juros bancários e, sobre o tema, indica o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal<sup>6</sup> da 1ª Região, do qual transcreve parcialmente a ementa: "Afastada a pretensão de incidência de juros de mercado por ausência de comprovação de que empréstimos bancários foram contraídos em face do atraso no pagamento das faturas pela Administração."

O Superior Tribunal de Justiça, também, já teve oportunidade de manifestar sobre o tema no REsp 909.800/MG<sup>7</sup>, mantendo a decisão recorrida que negou o direito aos juros de mercado, vide transcrição parcial da ementa:

2. Juros de Mercado: o exame do aresto recorrido revela que a conclusão firmada lastreou-se na análise do acervo fático-probatório dos autos. Consignou-se claramente que não se reconhecia o direito aos juros de mercado porque não foi comprovado de forma inequívoca que os empréstimos bancários foram contraídos em virtude do inadimplemento da Administração. Além disso, pautou-se o julgado no exame da prova pericial

---

<sup>6</sup> Tribunal Regional Federal da 1ª Região - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO N. 2005.41.00.000369-9/RO – Rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes. 5º T. DJ 10/06/2015

<sup>7</sup> Superior Tribunal de Justiça. REsp 909.800/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 517.

depositada, transcrevendo resposta do perito à pergunta formulada pela autora. Incidência da Súmula 7/STJ. Não-conhecimento do recurso.

No referido julgado, foi constatado por prova pericial que o empréstimo bancário foi realizado em data anterior à celebração do contrato, não havendo, portanto, nexos causal entre o empréstimo bancário e o inadimplemento da Administração.

Dos julgados, acima indicados, se extrai que será ônus da empresa contratada de estabelecer o nexos causal entre a utilização de empréstimo bancário em vista do atraso nos pagamentos devidos pela Administração Pública contratante e a continuidade da execução do objeto contratado. A solução, para tanto, é a abertura de conta corrente específica para o recebimento do valor tomado de empréstimo bancário e conta contábil específica para registro documental da aplicação dos recursos nas despesas decorrentes das obrigações contratualmente assumidas junto a Administração Pública.

Em síntese apertada, para o êxito do pedido de ressarcimento deve restar evidenciado: a) ausência de pagamento ou atraso reiterado de pagamentos devidos pela Administração Pública contratante; b) necessidade de manutenção do contrato a fim de não acarretar maiores prejuízos ao interesse público; c) inexistência de opção para a empresa contratada que não seja obter junto ao mercado linhas de financiamento para que haja a continuidade da execução do contrato administrativo; d) cientificação da Administração Pública contratante quanto à necessidade de regularização dos pagamentos devidos com a expressa menção de que não haverá como dar continuidade a execução do contrato, salvo através de obtenção de financiamento junto ao mercado financeiro; e, e) comprovação de que os recursos obtidos junto ao mercado financeiro foram aplicados, exclusivamente, no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato administrativo.

Sem tais cautelas, não haverá como a empresa contratada ser ressarcida pela Administração Pública contratante dos encargos e dos juros de financiamento bancário utilizado para a manutenção da execução do objeto do contrato

administrativo, notadamente, quando inexistirem meios de comprovar que os valores obtidos, via financiamento, foram destinados, exclusivamente, para o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato administrativo.

## **7 CONCLUSÃO**

A pandemia COVID 19 afetou os diversos setores da economia não se sabendo precisar o porvir, podendo, no mínimo, antever uma iminente recessão econômica em vista, por exemplo, do aumento do desemprego, do fechamento de estabelecimentos comerciais, da decretação de falência de indústrias. Tal retração econômica, também, reflete nas contratações públicas em razão, de um lado, do aumento considerável da dívida pública na adoção de medidas de combate à pandemia e, de outro, da redução drástica da arrecadação tributária.

Tal cenário exige do gestor público zeloso a tomada de decisões preventivas a fim de reduzir o gasto público e no que se refere às contratações públicas, a deliberação envolve rescindir contratos ou mantê-los, neste caso, com a conservação das bases contratadas ou com a alteração das bases contratadas, a exemplo, da regra geral da alteração unilateral quantitativa de até 25% (vinte e cinco) por cento do objeto considerando o valor atualizado do contrato, nos termos do art. 65, I, b c/c art. 65, §1º da Lei nº 8.666/93, ou da regra especial da alteração unilateral quantitativa de até 50% (cinquenta) por cento do objeto, no que se refere às contratações voltadas para o combate da pandemia, prevista no art. 4º-I, da Lei nº 13.979/2020.

Há situações em que não se permite a rescisão contratual visto que tal solução poderá acarretar um prejuízo maior à coletividade, a exemplo, dos contratos administrativos que envolvam o recolhimento, transbordo e tratamento de resíduos sólidos ou da prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros, exemplo de prestação de serviços que devem ser executados de forma contínua.

A inércia do gestor em adotar medidas preventivas tendentes a reduzir o gasto público poderá, em um futuro bem próximo, gerar atraso nos pagamentos ou, simplesmente, o não pagamento das obrigações decorrentes das contratações públicas, situação nas quais, em tese, as empresas poderão se valer do art. 78, XV da Lei nº 8.666/93 para fins de rescindir o contrato administrativo, podendo optar pela suspensão da execução contratual, desde que o atraso no pagamento seja superior a 90 (noventa) dias e que não seja decorrente de calamidade pública, questão essa a ser enfrentada, nos casos em que a Administração Pública não reconhecer a rescisão ou suspensão ao entendimento de que o descumprimento contratual está amparado em situação emergencial e de calamidade pública, a saber, a pandemia COVID 19.

Ocorre que haverá situações em que o não pagamento ou o atraso reiterado do pagamento não irá permitir a rescisão ou a suspensão da execução do objeto pela empresa contratada, seja em decorrência do estado de calamidade pública em fundado na pandemia, seja por se tratar de serviços de natureza contínua, nos quais a interrupção poderá acarretar um prejuízo ainda maior à coletividade.

A necessidade de manutenção da execução do objeto contratado atrelado à ausência de pagamento por parte da Administração Pública contratante evidencia um desequilíbrio econômico-financeiro, permitindo ao contratado requerer a revisão das bases contratadas em vistas dos prejuízos sofridos, a fim de manter a equação econômico-financeira do contrato.

Uma das hipóteses é a empresa contratada ter que recorrer a financiamentos bancários para que possa manter a execução contratual, levando a reflexão se os encargos financeiros e juros bancários ou juros de mercado provenientes do(s) financiamento(s), poderiam ser repassados para a Administração Pública, com fundamento na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Para o êxito do pedido revisional para a inclusão dos encargos financeiros e dos juros bancários no preço avençado no contrato administrativo deverão restar evidenciado os seguintes requisitos: a) ausência de pagamento ou atraso reiterado de pagamentos devidos pela Administração Pública contratante; b) necessidade de

manutenção do contrato a fim de não acarretar maiores prejuízos ao interesse público; c) inexistência de opção para a empresa contratada que não seja obter junto ao mercado linhas de financiamento para que haja a continuidade da execução do contrato administrativo; d) cientificação da Administração Pública contratante quanto à necessidade de regularização dos pagamentos devidos com a expressa menção de que não haverá como dar continuidade a execução do contrato, salvo através de obtenção de financiamento junto ao mercado financeiro; e, e) comprovação de que os recursos obtidos junto ao mercado financeiro foram aplicados, exclusivamente, no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato administrativo.

Importa registrar que tal expediente é uma medida extrema, não viabilizando que a Administração Pública contratante possa assumir os riscos ordinários da atividade empresarial, devendo ponderar, no caso concreto, a necessidade de manutenção do vínculo contratual e o efetivo e real impacto, nos contratos administrativos, de financiamentos bancários realizados por empresas contratadas pela Administração Pública em tempos de pandemia COVID 19 para fins de reequilíbrio da equação econômico-financeira.

Em conclusão, o tema está a merecer maiores reflexões, não existindo parâmetros legais, doutrinários e/ou jurisprudenciais que permitam uma tomada de decisão consciente e segura por parte do gestor público em reconhecer, no âmbito administrativo, o direito de ressarcimento quanto aos custos, não previstos na avença inicialmente pactuada, decorrentes de financiamentos bancários, trazendo incerteza nas relações jurídicas para as empresas contratadas e esvaziando o direito de manutenção do equilíbrio econômico financeiro.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2007.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 07 ago. 2020a.

BRASIL. **Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 07 ago. 2020b.

BRASIL. **Lei nº 13979, de 06 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 07 ago. 2020c.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 33. ed. Atlas: São Paulo, 2019.

COUTO, Reinaldo. **Curso de direito administrativo segundo a jurisprudência do STJ e do STF.** São Paulo: Atlas, 2011.

DE FARIA, Edimur Ferreira. **Curso de direito administrativo positivo.** 4. ed. Del Rey: Belo Horizonte. 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo.** 6. ed. Impetus: Niterói. 2012.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** 2. ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 15. ed. Malheiros: São Paulo. 2003.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo.** Da Rigidez autoritária à flexibilidade democrática. 3. ed. Fórum: Belo Horizonte. 2016.

NOHARA, Irene. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2011.

PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

***Revista online Fadivale, Governador Valadares, Edição Especial, p. 133 –154, 2020.***

"A resignificação do Direito a partir da pandemia do novo coronavírus"

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.