

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 161 • Janeiro 2014

João Ricardo dos Santos Costa
Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros

MOMENTO DE VALORIZAR A MAGISTRATURA

Editorial: Impertinência contra a Justiça



O equilíbrio econômico e financeiro no Direito brasileiro

Arnold Wald | Advogado

As Constituições de 1934 e de 1946 e a Carta de 1937 asseguraram, aos concessionários, a revisão de tarifas, a fim de que os seus lucros, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitissem atender a necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços (art. 137 da Constituição de 1934, art. 147 da Carta de 1937 e art. 151 da Constituição de 1946).

Comentando a Constituição de 1946, esclareceu Caio Tácito, em 1960, que:

A doutrina ou a jurisprudência nacionais não foram, ainda, mobilizadas para a exegese construtiva do preceito constitucional. Os comentadores à lei fundamental não vão além das apreciações gerais, na compreensível expectativa de que a lei ordinária especifique critérios e medidas sobre o regime dos serviços públicos concedidos.

Decorre, no entanto, diretamente, da norma constitucional, a consagração inequívoca do princípio do equilíbrio financeiro da concessão de serviço público.¹

Na realidade, os constitucionalistas da época, e, em particular, Themístocles Cavalcanti e Pontes de Miranda², ambos citados por Caio Tácito, não se detiveram na matéria, merecendo, a mesma, maior exame por parte dos administrativistas, que, já naquela época, extraíam do texto constitucional o princípio do equilíbrio econômico e financeiro, que seria explicitado na Constituição de 1967 (art. 160), na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 167), na Constituição de 1988 (art. 37, XXI) e na legislação ordinária.

Quando foi elaborado o texto do Decreto-lei nº 2.300, de 21/11/1986, o Consultor-Geral da República, Professor Saulo Ramos, salientou, na respectiva Exposição de

Motivos, que nele se consagrava o princípio do equilíbrio econômico e financeiro, afirmando que:

Os poderes de controle e direção da Administração Pública, na execução dos contratos, constituem um aspecto expressivo que atende à necessidade de satisfazer os interesses coletivos, tornando o particular contratado um real colaborador do serviço público.

Assim, o projeto dispõe sobre a alteração unilateral da situação jurídico-contratual, no que pertine às cláusulas regulamentares ou de serviço, respeitada, sempre, equação econômico-financeira do contrato, vale dizer, “a equivalência razoável entre as obrigações, atendida álea ordinária do contrato”. (v. Caio Tácito, ob. cit., p. 294)³

E, no art. 55 do mencionado diploma legal, previu-se a alteração do contrato administrativo, por acordo das partes, nos seguintes termos:

(...) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

.....

6º Em havendo alteração unilateral do contrato, que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Na elaboração da Constituição de 1988, não se manteve a expressão “equilíbrio econômico e financeiro” na regulamentação específica das concessões, que se encontra no art. 175, com a seguinte redação:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II – os direitos dos usuários;
- III – política tarifária;
- IV – obrigação de manter serviço adequado.

Alguns autores entenderam que se mantinha o princípio constitucional do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, com base no mencionado art. 175, como se verifica pela seguinte análise de eminentes administrativistas:

Essa doutrina, hoje universal, estava consagrada expressamente na Constituição da República anterior, que, ao cuidar da concessão de serviço público, estabelecia que as tarifas devem assegurar o equilíbrio econômico e

financeiro do contrato (art. 167, II). Na atual Carta, esse direito continua garantido na expressão “política tarifária” (art. 175, parágrafo único, III), devendo ser assegurado aos concessionários e permissionários pelo poder concedente ou permitente.

A Lei 8.666/93 admite, por sua vez, o aditamento do contrato para a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro inicial quando houver alteração de encargos ou de tributos (art. 65, II, ‘d’, e § 6º). Não se trata de um gracioso privilégio concedido aos que contratam com o Poder Público, mas de uma justa compensação pela alteração unilateral do contrato administrativo, nas condições ou circunstâncias que afetem a parte financeira do ajuste e as previsões iniciais da empresa quanto aos seus encargos econômicos e os lucros normais do empreendimento.⁴

Com a devida vênia, parece-nos que a garantia da manutenção do equilíbrio econômico e financeiro não está no art. 175 da Constituição, que só se refere à política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado, respeitados os direitos dos usuários. E não se encontra também plena e explicitamente assegurada na Lei nº 8.666/93, que, conforme a interpretação a ser dada, só a torna obrigatória:

(...) 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.

Deve-se salientar que a maioria dos comentadores da Constituição vigente também não examina se houve ou não modificação da posição do constituinte no tocante à garantia do equilíbrio econômico e financeiro.

Assim sendo, coube à jurisprudência assinalar que, na Constituição de 1988, a garantia do equilíbrio econômico e financeiro se encontrava no art. 37, X, da Magna Carta, até com uma extensão maior do que a anteriormente existente, pois se tornou explicitamente aplicável a todos os contratos administrativos e não somente à concessão, como ocorria no passado.

Estabelece o texto constitucional:

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

.....

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, 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.

Assim, de acordo com o texto constitucional vigente, as obras, os serviços, as compras e as alienações, no campo do direito administrativo, inclusive as concessões, devem obedecer ao princípio da garantia da equação econômico-financeira, sendo mantidas as condições reais e efetivas, econômicas e financeiras da proposta. Veremos, em seguida, que, em virtude da norma contida no art. 175 da Constituição de 1988, que caracterizou a permissão como contrato, a ela também se aplica o mesmo princípio.

Entre as várias decisões que versaram a matéria, comprovando a manutenção do princípio constitucional, destaca-se o acórdão unânime proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na Apelação Cível nº 91.01.110063, do qual foi relator o Juiz – depois Ministro do Superior Tribunal de Justiça – VICENTE LEAL, cuja ementa é a seguinte:

A Constituição Federal de 1967, sob a redação da Emenda nº 1/69, assegurava, nos contratos de concessão de serviços públicos, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do pacto, por meio da fixação de tarifas reais, suficientes, inclusive, para a justa remuneração do capital e a expansão dos serviços (art. 167, II).

O mesmo princípio, com maior abrangência, encontra-se esculpido no artigo 37, XXI, da nova Carta Política.⁵

No texto do acórdão acima citado, salientou ainda o relator que:

Ressalte-se, por fim, que não procede a tese de que a Constituição de 1988 excluiu do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos como afirmado no recurso. De modo contrário, o novo Estatuto fundamental tratou do assunto com maior abrangência, contemplando todos os contratos celebrados entre Administração Pública e particular. O preceito constitucional, inserto no art. 37, XXI, da Lei Maior, obriga inserção, nos contratos administrativos de cláusula que estabeleça obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta. Tal preceito consubstancia, sem qualquer dúvida, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, o art. 175 da Constituição deve ser compreendido na visão do preceito geral inscrito no art. 37, XXI, do mesmo Estatuto Fundamental.⁶

O Superior Tribunal de Justiça também teve o ensejo de manifestar-se sobre a matéria, em relação às



Arnold Wald, advogado

concessionárias de transporte urbano, no RMS 1681-0, julgado em 28.4.1993, e do qual foi relator o Ministro DEMÓCRITO REINALDO.⁷

Finalmente, também em relação às permissionárias tem sido entendido que deve ser garantido o equilíbrio econômico-financeiro, conforme decisão da 2ª Turma do STJ, no RMS nº 582-SP, relatado pelo Ministro AMÉRICO LUZ.⁸

Aliás, o art. 40 da Lei nº 8.987/95 manda aplicar às permissões as normas referentes às concessões, inclusive as relativas aos reajustes e revisões de tarifas, tendo em vista o equilíbrio econômico-financeiro.

Não se pode olvidar que o art. 175 da Constituição vigente reconheceu que a permissão é um contrato – e não mais um ato unilateral, como anteriormente entendia a doutrina.

Essa modificação foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, no qual salientou que:

Existe, em ampla doutrina pátria, a distinção entre permissão e concessão.

Entendo que a partir da Constituição de 88, a permissão tem contratualidade, foi equiparada à concessão sob este aspecto. Não há mais distinção substancial entre um e outro instituto em face do art. 175, parágrafo único, I, da CF.

Por sua vez, observou, em recente parecer, o Professor CAIO TÁCITO que:

De logo, observe-se que é gratuita a afirmação de que os permissionários de serviço público não gozam de direito à justa percepção de tarifas adequadas ao custeio do serviço – a permitir livre-arbítrio da autoridade administrativa em detrimento da estabilidade e regularidade na prestação do serviço aos usuários.

Em nada o sistema legal admite que as tarifas de serviços públicos sob regime de permissão não obedeçam ao mesmo regime de proporcionalidade e adequação aos custos do serviço que regem as concessões.

Em parecer emitido sobre caso análogo (Revista de Direito Administrativo – vol. 169, p. 187-197) destacamos a aplicação do princípio da garantia do equilíbrio financeiro a serviços de transporte coletivo, outorgados como permissão, que, por sua destinação, são dotadas de uma necessária continuidade que repele o caráter precário da relação jurídica.

.....

Assim como ao concessionário, também ao permissionário se impõe o dever de aplicar o capital necessário ao regular funcionamento do serviço e à segurança de sua continuidade e ao dever de investir corresponde o correlato direito à cobertura dos custos e à justa remuneração do capital aplicado no serviço.

Assim sendo, a nossa conclusão, no particular, é no sentido seguinte:

- a) A Constituição de 1988 assegura o equilíbrio econômico-financeiro a todos os contratos administrativos bilaterais e comutativos, em virtude do disposto no seu art. 37, XXI.
- b) A garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro também se aplica às permissões, consideradas como contratos pela Constituição (art. 175) e caracterizadas como sendo contratos de adesão pelo legislador ordinário (art. 40 da Lei nº 8.987/95).

A distinção entre equilíbrio econômico e equilíbrio financeiro

A doutrina e a jurisprudência consideram que o equilíbrio financeiro e o equilíbrio econômico se confundem, tendo o constituinte de 1967 e 1969 e o legislador brasileiro, nas várias vezes que utilizaram essa expressão, dado ênfase ao que, no exterior e em particular na França, se denomina a equação financeira do contrato, destinada a assegurar “a manutenção das bases do acordo, a equivalência financeira e comercial que nele foi (inicialmente) consagradas”⁹

É preciso salientar, inicialmente, que a Constituição brasileira foi uma das poucas a tratar explicitamente do assunto,¹⁰ pois, na maioria dos demais países, o regime jurídico dos contratos administrativos, em geral, e da concessão, em particular, decorre da legislação ordinária e da jurisprudência.

Em segundo lugar, a teoria da equação financeira esteve mais ligada, em certos casos, na doutrina estrangeira, às hipóteses de modificação unilateral das obrigações contratuais pelo Poder Público. Utilizou-se, por outro lado, a teoria da imprevisão para restabelecer a comutatividade contratual quando a sua violação tinha decorrido de fatos não imputáveis ao Estado, embora se possa considerar que também a teoria da imprevisão tenha como finalidade o restabelecimento do equilíbrio inicial, quando rompido por fatos inevitáveis, ensejando uma mudança radical da posição das partes.

Não obstante a doutrina e a jurisprudência nacionais dominantes considerarem que as duas formas de equilíbrio se identificam, deve ser ponderado que o legislador – e, especialmente o constituinte – não usa palavras inúteis e que, no Brasil, havia razões especiais para usar uma terminologia que abrangesse tanto os aspectos econômicos como os financeiros da equação contratual.

Coube a MARIO HENRIQUE SIMONSEN – *double* de economista e (eventualmente) de jurista – fazer a distinção entre os dois aspectos da garantia constitucional, sustentando que a equação econômica se refere ao lucro que o concessionário deve auferir em virtude da concessão, ou seja a sua rentabilidade global. Cabe aliás salientar que, como vimos, enquanto as Constituições anteriores (de 1934 a 1946) se limitavam a garantir ao concessionário lucros, que deviam constituir uma retribuição justa e adequada do capital, os textos constitucionais de 1967 e 1969 fazem a distinção entre a justa remuneração do capital e a garantia do “equilíbrio econômico e financeiro do contrato”. No caso, esclareceu o douto e saudosos economista, que, enquanto a equação econômica se referia à rentabilidade global do contrato, a equação financeira significava a manutenção das entradas (receitas) e saídas (desembolsos) de recursos financeiros (*input* e *output*), no patrimônio do concessionário, na forma e no ritmo inicialmente previstos pelo contrato. Caso tal equilíbrio não se mantivesse, impunha-se o ressarcimento, pelo concedente, dos prejuízos sofridos pelo concessionário.

Parece-nos que esta distinção é tanto mais válida que o Brasil apresentou, infelizmente, durante muitos anos, o maior – senão um dos maiores – índice inflacionário do mundo, além de ter tido juros bancários que também se situaram entre os mais altos dos países desenvolvidos e em desenvolvimento.

A distinção defendida por MARIO HENRIQUE SIMONSEN tem efeitos práticos da maior importância, pois enseja, na prática, como consequência necessária, a abrangência na indenização devida, no caso de mora do Poder Público, não só dos juros legais, mas dos juros de mercado, que são, em certos casos, muito superiores.

Efetivamente, o credor, que contratou com o Estado e dele não recebeu oportunamente os pagamentos devidos,



Foto: sxc.hu

ou o concessionário, cujas tarifas foram indevidamente congeladas, teria, em virtude da garantia do equilíbrio financeiro, direito aos juros de mercado, seja porque teve que pedir dinheiro emprestado para manter a continuidade da obra ou do serviço, quer porque utilizou recursos próprios em quantia superior àquela que estava obrigado a investir, na obra ou no serviço. Neste último caso deixou de obter uma remuneração do capital, da qual disporia se o Poder Público tivesse cumprido atempadamente as suas obrigações.

A matéria não se apresenta pois como sendo simplesmente acadêmica mas, ao contrário, ensejou – e continua ensejando – discussões nos planos administrativo e judicial.

Efetivamente, a Consultoria-Geral da República chegou a reconhecer que, embora não caiba à Administração, em transação com os credores, pagar juros de mercado, no caso de mora, os mesmos poderiam ser exigidos judicialmente com base no equilíbrio econômico-financeiro.¹¹

Por sua vez e, em parte, com base no mencionado parecer, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco decidiu, em 3.4.1990, examinando recurso interposto em ação declaratória proposta pela CONSTRUTORA MENDES JR. contra a CHESF¹², na Apelação Cível nº 816/89, que, no contrato de construção, quando o construtor financia a obra, sem obrigação de fazê-lo, em virtude de inadimplemento do dono da obra, justifica-se a condenação deste último ao pagamento dos juros de mercado. O mencionado acórdão teve o ensejo de salientar, transcrevendo trecho de parecer de minha autoria, que era legal e justa a pretensão do autor da ação, pois:

Na realidade, não cumprindo a obrigação de manter o equilíbrio financeiro, a Administração Pública, além de violar frontalmente o art. 167 da Constituição, também pratica, por via oblíqua, uma desapropriação em relação

ao contratado, razão pela qual Caio Tácito conclui que no Direito brasileiro, a tarifa confiscatória (ou a remuneração confiscatória de empreiteiro) importa também em infração à garantia constitucional do direito de propriedade (art. 153, 22, da EC/1) (Caio Tácito, *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 246).

No seu voto, o relator, Desembargador ITAMAR PEREIRA DA SILVA, ainda salientou que:

In casu, não havendo sido possível o acordo, forma administrativa, entre as partes, cuidou ser inafastável o direito do particular de obter sua pretensão através do Judiciário, a fim de restabelecer aquele equilíbrio econômico-financeiro rompido brutalmente no contrato questionado, face a inadimplência da Administração (por longo tempo), determinando que a empreiteira fosse buscar recursos no mercado, para não paralisar os trabalhos e entregar a obra na forma pactuada.

Mesmo que MENDES JÚNIOR não houvesse recorrido ao mercado financeiro, injetando, sim, dinheiro próprio na obra, situação seria inalterável, pois aquele seu capital deveria ser remunerado pelas taxas operadas pelos Bancos ao País. Doutra forma, volto dizer, seria locupletamento indevido da Administração.

Chamo isso de reembolso, que não foi compensado pela correção monetária destinada apenas repor o poder aquisitivo original valor do débito em atraso, não cobrindo tais gastos.

Penso que é o mínimo que a Administração está obrigada a pagar. Se as partes não acordaram em cláusulas de defesa à altura desta inesperada hiperinflação que atingiu o País, onde já se começa a exigir a atualização dos salários, dia a dia, ao invés de quinzenalmente como já ocorre, nada mais correto do que a intervenção do Judiciário, funcionando como verdadeiro termostato da situação, para restabelecer o equilíbrio perdido por força dos atrasos nos pagamentos, pela Administração, obrigando o particular a ir buscar meios financeiros no mercado de capital, juros esses que nos dias de hoje alcançam cifras inimagináveis mesmo para os mais derrotistas economistas.

Esse elemento gravoso que interferiu na questão, comprometendo o contrato, não foi querido nem previsto pelas partes. Entra aí, então, o Judiciário para solução dos desencontros.

É legal e é justo, porque ninguém de bom senso pode negar o direito do particular de ser reembolsado dos custos financeiros que suportou para manter obra sem paralisação, nestas condições excepcionais, face à não disponibilidade de recursos por parte da Administração.

A decisão do tribunal local foi objeto de recurso especial, que não foi conhecido, embora alguns dos

votos tivessem abordado o mérito da questão. Assim, por exemplo, o Ministro PEÇANHA MARTINS enfatizou que:

A equação financeira do contrato é tese já assentada na melhor doutrina deste País e nestes Tribunais: no Tribunal Federal de Recursos, no Supremo Tribunal Federal e também neste Superior Tribunal de Justiça. Assim, por exemplo, os trabalhos dos Professores Caio Tácito, Hely Lopes Meirelles, Cretella Júnior e Arnaldo Wald, que, dentre outras referências, faz uma a velho acórdão prolatado pelo primeiro Ministro Peçanha Martins, mandando que se fizesse indenização integral à firma que houvera sido levada à falência por inadimplência do Estado de São Paulo – se não me falha a memória. Aqui mesmo, lembro que, quando se discute a questão de contratos do BNH, por unanimidade, a Turma vem assentando que há que se fazer respeitar a equação financeira dos contratos. E não poderia ser de outra forma, porque esse é um preceito constitucional, que não diz respeito apenas aos contratos administrativos, mas a todos eles, até porque o contrário seria a consagração da tese do enriquecimento ilícito por uma das partes.¹³

Embora sejam poucas as decisões neste sentido, há certamente uma tendência dos tribunais para reconhecer que, nos contratos administrativos, o equilíbrio financeiro deve ser assegurado, inclusive com o pagamento dos juros de mercado, quando for o caso, em virtude da garantia constitucional do equilíbrio financeiro.

Trata-se de matéria que mereceria uma uniformização jurisprudencial, especialmente numa época na qual os juros de mercado, não obstante o declínio da inflação, continuam a ser muito superiores aos juros legais.

O equilíbrio financeiro no direito privado

A tese do Professor CAIO TÁCITO, no particular, não se limitou ao direito administrativo mas passou a abranger contratos de direito privado sujeitos à ampla regulamentação estatal, como é o caso das operações do Sistema Financeiro da Habitação.

Na realidade, ao lado dos contratos interindividuais comuns, existem as relações jurídicas dentro de um sistema, como, por exemplo, quando ocorre um repasse institucional de recursos, com o necessário casamento ou atrelamento entre o regime da correção monetária, que incide sobre os depósitos, recebidos pelos bancos, e sobre os mútuos, por eles concedidos aos seus clientes.

Situação análoga existe em outros ramos da atividade econômica, nos quais deve haver uma identidade de moeda de conta, ou seja, da indexação entre os créditos e os débitos de instituições repassadoras de recursos ou riscos, que necessitam ser quantificados no mesmo regime de correção monetária. É o que acontece não só com os bancos e a Caixa Econômica, mas também com

as empresas seguradoras que recebem prêmios e pagam sinistros, ou com as entidades da previdência privada, nas quais as contribuições dos associados garantem e servem de lastro para o pagamento das pensões e aposentadorias.¹⁴

Há, pois, a necessidade de se manter a equação financeira, nos casos de modificação do regime de correção monetária, especialmente nos chamados contratos dirigidos ou evolutivos, que, além de serem contratos de adesão, são dinâmicos. Neles, as partes têm a liberdade de contratar mas não a liberdade contratual, ou seja, podem ou não contratar as operações, mas as cláusulas das mesmas são as estabelecidas pelo Poder Público, em virtude de normas imperativas de aplicação imediata.

Nestes contratos, nos quais as cláusulas são fixadas pelo Poder Público, a imutabilidade é considerada como um verdadeiro anacronismo¹⁵, pois o dirigismo contratual impõe a inserção de novas cláusulas ou a modificação das já existentes para atender a interesses coletivos, independentemente da vontade da parte. Entende, aliás, a melhor doutrina que ocorre no caso uma adesão prévia a um conteúdo indeterminado, mas determinável, do contrato, fruto das normas legais e regulamentares, aceitando as partes, desde o início, a possibilidade de substituição das cláusulas iniciais por outras decorrentes de normas cogentes.¹⁶

Ocorrendo modificação, é preciso restabelecer a equação financeira, abrangendo não só uma das relações contratuais mas também o grupo de contratos aos quais a mesma pertence do ponto de vista econômico. Deve-se admitir, no caso, o conceito econômico de repasse, que se caracteriza pelo uso, num contrato, de recursos decorrentes ou obtidos em outro, formando-se, assim, uma verdadeira cadeia contratual, com repercussões em cascata no caso de alterações de alguns deles. Assim, os recursos externos foram repassados pelos bancos brasileiros aos seus clientes, passando os contatos internos (entre o banco nacional e o cliente) a serem considerados como sendo contratos internacionais, por derivação ou acessoriedade, nos quais prevalece a correção cambial.

Esta ideia do “atrelamento” dos contratos de mútuo e de depósitos, servindo estes de lastro para aqueles, foi afirmada em numerosos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Do mesmo modo, a necessidade de salvaguardar o equilíbrio financeiro dos contratos da previdência privada mereceu ser reconhecida em jurisprudência já consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Cabe, aliás, salientar que, nos contratos dirigidos referentes a determinados sistemas, o respeito à equação financeira se torna uma condição da própria sobrevivência do sistema.

Examinando a matéria e transpondo as lições do direito administrativo para o direito privado, o Professor CAIO TÁCITO, em parecer dado em 1985, teve o ensejo de salientar que:

Ademais, os contratos imobiliários são, no caso, parte integrante de um todo interligado, de um sistema global de financiamento que tem, como outra face, a manutenção da estabilidade de suas fontes de alimentação financeira, consubstanciadas nos subsistemas da poupança e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

A noção do equilíbrio financeiro não opera somente nas relações entre mutuários e mutuantes, mas, igualmente, na reciclagem dos recursos financeiros que, em um mecanismo de vasos comunicantes, realimentam, no retorno do capital investido, dinâmica de novos investimentos.¹⁷

Após ter lembrado a distinção feita pela doutrina francesa entre a mutabilidade, como característica do contrato administrativo, e a presumida imutabilidade do contrato de direito privado, salientou o Professor CAIO TÁCITO que também estes tinham adquirido uma nova dinâmica, especialmente quando as suas cláusulas decorrem de determinação governamental. Partindo dessa premissa, concluiu que:

Os contratos (realizados pelos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação) sobre os quais versa a consulta são, conseqüentemente, possíveis de ser unilateralmente alterados em face da mutação da lei reguladora dos critérios de atualização dos valores monetários que os integram.

O fato do príncipe que veio transformar-lhes a estrutura normativa importa a reformulação das correspondentes cláusulas que remetem à legislação em vigor.


Não há, no plano constitucional, direito adquirido a determinada lei e as obrigações que, por sua própria natureza, se caracterizam pela adesão a um determinado sistema acompanham a dinâmica das suas mutações da ordem jurídica que são o lastro do negócio jurídico.¹⁸

Verificamos, assim, que, na sua contribuição para o desenvolvimento da teoria da equação financeira contratual, o professor CAIO TÁCITO também analisou as suas repercussões no direito privado, seja em virtude da aplicação da analogia ou dos princípios gerais do direito, seja como decorrência da garantia constitucional do devido processo legal substantivo, que abrange a necessidade imperativa de dar à lei uma interpretação racional e garantir a proporcionalidade entre direitos e obrigações.

Conclusão

Chega-se, assim, à conclusão que, no fundo, a teoria do equilíbrio econômico e financeiro foi desenvolvida construtivamente no direito brasileiro, em virtude das condições econômicas peculiares do nosso país. Assim sendo, recorreu-se ora à correção monetária, contratual ou legal, aplicável aos débitos em dinheiro dos particulares, que admitem os riscos do mercado, ora à teoria da imprevisão,

quando há modificações radicais do meio ambiente, ora à equação econômico-financeira que deve ser mantida na sua integralidade mas tão-somente nos contratos administrativos – e nos privados dirigidos ou evolutivos que lhe são equiparados – e nas dívidas de valor. Cabe ao jurista, que deve submeter a economia à ética, encontrar as soluções adequadas, a fim de evitar injustiças e iniquidades, que se multiplicam em virtude da inflação, pois a mesma “mantém as aparências e destrói as realidades”.

Nesta luta pelo direito e pela justiça, coube ao Professor CAIO TÁCITO um papel importante, para evitar o enriquecimento sem causa e garantir a segurança jurídica, sem a qual nenhuma sociedade vive, sobrevive e se desenvolve. 

Notas

- ¹ CAIO TÁCITO, *Direito Administrativo*, já cit., p. 246
- ² THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *A Constituição Federal Comentada*, 3 ed., José Konfino Ed. 1958, vol. III, p. 276 e seg. e PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo V, Editor Borsoi, 1960, p. 504, que enfatiza a revisão como meio de defesa do Poder Público, no caso de “excesso de lucro” por parte do concessionário, mas admite que a “revisibilidade pode ser para mais, ou para menos” (p. 507). O mesmo raciocínio é desenvolvido por PONTES DE MIRANDA nos seus *Comentários à Constituição de 1967*, tomo VI, Editora Revista dos Tribunais, p. 256 e seg. e especialmente p. 261, na qual se refere à lesão.
- ³ Apud HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, 10 ed., p. 334.
- ⁴ HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, 11 ed. já cit., p. 167.
- ⁵ Revista Forense, vol. 319, p. 141. A mencionada decisão foi objeto de Recurso Extraordinário da União Federal, do qual o Supremo Tribunal Federal, pela sua 1ª Turma, não conheceu, em decisão unânime de 17.6.97, sendo relator o Ministro OCTÁVIO GALLOTTI (RE nº 183.180).
- ⁶ Revista Forense, vol. 319, p. 146. 24 RSTJ, nº 52, p. 305.
- ⁷ RSTJ, nº 52, p. 305.
- ⁸ JSTJTRF, nº 30, p. 30.
- ⁹ Conclusões de LÉON BLUM de 11.3.1910 no caso Ministério das Obras Públicas contra Compagnie Générale.
- ¹⁰ Parece que o único outro país que dá tratamento constitucional à material é o Uruguai (CAIO TÁCITO, *Direito Administrativo*, p. 230).
- ¹¹ Trata-se de parecer dado pelo Dr. RAIMUNDO NONATO BOTELHO DE NORONHA, aprovado pelo Dr. SAULO RAMOS, no qual apreciou pleito da CONSTRUTORA MENDES JR. contra a CHESEF, que acabou ensejando o processo judicial ao qual nos referimos em seguida.
- ¹² CONSTRUTORA MENDES JR. contra a CHESEF, que acabou ensejando o processo judicial ao qual nos referimos em seguida.
- ¹³ Resp nº 5.059, julgado em 27.11.1991, publicado in RSTJ, nº 72, p. 218.
- ¹⁴ ARNOLD WALD, *O Novo Direito Monetário*, Belo horizonte, Edição Ciência Jurídica, 1996, p. 116 e seg. E p. 359 e seg.
- ¹⁵ FARJAT, *L'Ordre Public Économique*, Paris, 1963.
- ¹⁶ MARIO CASELLA, *Nullità Parziale del Contratto e Inserzione Automatica di Clausula*, Milão, Giuffrè, 1974, p. 162 e P. BARCELONA, *Intervento Statale Autonomia Privata Nella Disciplina Dei Rapporti Economici*, Milão, Giuffrè, 1969, p. 165
- ¹⁷ CAIO TÁCITO, parecer que consta na obra intitulada *Constitucionalidade das Disposições da Lei nº 8.177, ABECIP*, 1992, p. 183.
- ¹⁸ Obra citada na nota anterior, p. 187.