

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

Parecer nº GQ-90 - Alfredo Ruy Barbosa*

A Teoria da Imprevisão é aplicável aos contratos administrativos, desde que presentes os pressupostos que autorizam a sua adoção. Tem caráter excepcional e extraordinário, devendo ser adotada sempre de forma restritiva e não extensiva. A inflação não representa motivo ensejador para a aplicação do instituto.

PARECER

RELATÓRIO

1. O Senhor Ministro da Educação e do Desporto, por meio da EM. nº 242, de 04.09.95, solicita ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República a manifestação desta Advocacia Geral da União a respeito de pedido que lhe encaminharam diversas contratadas daquele ministério, solicitando a revisão do chamado FAF (Fator de Ajuste Financeiro) integrante dos contratos celebrados entre aquela entidade da administração direta e os requerentes, tendo por objeto a construção dos Centros de Atenção Integral à Criança - CAICS, no âmbito do programa à época denominado "Projeto Minha Gente".

O pleito formulado pelas empresas Lix da Cunha S/A, Construtora Andrade Gutierrez S/A, TECHIN Engenharia S/A, ENGEPASA Engenharia de Pavimentos S/A, VIA Engenharia S/A, Consórcio CONESUL, CIMA Empreendimentos do Brasil Ltda., Consórcio DM Habitação e CONCIC Engenharia S/A, pode ser resumido conforme segue:

a) Os contratos em questão, celebrados no ano de 1991, originaram-se de licitações do tipo "técnica e preço-base", realizadas na modalidade de concorrência pública. Nesses certames, a Administração forneceu aos licitantes uma Planilha de Preços Unitários, cujo valor global era o preço máximo admitido como oferta. O preço mínimo foi estabelecido em 15% (quinze por cento), sendo, portanto, declarada vencedora a empresa que oferecesse a maior redução percentual sobre o preço máximo fixado, limitada essa redução aos 15% acima referidos. Em caso de empate, o resultado final seria determinado mediante sorteio.

b) Além disso, estabeleceu, ainda, a Administração, por meio dos respectivos editais, que as obras e serviços executados seriam medidos no

* DOU, I, de 14.12.95, pp. 20.915-920.

dia 25 (vinte e cinco) de cada mês ou no primeiro dia útil subsequente, reservando-se a Administração um prazo de 10 (dez) dias úteis para a expedição do boletim de medição e de 15 (quinze) dias consecutivos para o pagamento das faturas apresentadas e aprovadas. Assim, mediava um prazo de aproximadamente 28 (vinte e oito) dias entre a data da medição das obras e serviços e o efetivo pagamento.

c) Ainda de acordo com os editais de concorrência, os preços contratuais seriam reajustados mensalmente, entre o mês de abril de 1991 e o mês da execução (e medição) das obras e serviços, ficando, dessa forma, excluído da incidência do reajuste o período de 28 dias antes referido.

d) Alegam as interessadas que, em razão dessa exclusão e considerando, ainda, que a competição entre as mesmas giraria em torno da maior redução percentual a ser oferecida (limitada, como visto, em 15%), sentiram estas a necessidade de conhecerem, desde logo, a parcela de custo financeiro considerada para fixação dos preços unitários constantes das respectivas Planilhas, para que, assim, pudessem elaborar suas propostas considerando a parcela admitida pela Administração para cobrir o período de medição, processamento e pagamento das faturas.

e) Indagaram, então, as licitantes a respeito do percentual da referida parcela, tendo obtido dos responsáveis pelo certame a informação de que este seria de 9% (nove por cento), dado efetivamente constante da Comunicação nº 05/91, de 4 de agosto de 1991, emitida pela Comissão Especial de Licitação. A citada consulta foi formulada por meio de pergunta verbal dirigida à Comissão Especial de Licitação, valendo transcrever o seu teor e o da respectiva resposta:

"PERGUNTA Nº 163: Que parcela de custo financeiro foi considerada nos PU's (preços unitários), levando em conta os prazos estabelecidos em 14.15 e 13.5 (itens do Edital)?

RESPOSTA: 9% (nove por cento)."

f) Em 1994, isto é, no terceiro ano de execução dos contratos, foi solicitada à Administração (Ministério da Educação e do Desporto) a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, uma vez que o chamado FAF (Fator de Atualização Financeira) neles previsto (9%) já não correspondia aos níveis de inflação verificados após a celebração dos mesmos, os quais, segundo alegam as ora requerentes, atingiram o percentual de 40% (quarenta por cento) ao mês, acarretando, dessa forma, substanciais prejuízos financeiros para as empresas contratadas.

g) Observam, ainda, as interessadas que, adotado o "Plano Real", e por ocasião da conversão dos preços contratuais à chamada URV (Unidade Real de Valor), a Administração, por força do disposto da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, procedeu ao expurgo do custo financeiro por esta embutido nos preços unitários contratuais.

h) Ante o exposto, solicitam as requerentes que se efetue a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro original dos seus contratos, em

razão de o FAF adotado pela Administração não ter sido suficiente para cobrir a efetiva inflação ocorrida no curso da execução das obras e serviços contratados.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

2. As empresas interessadas fundamentam o seu pleito na aplicação da chamada Teoria da Imprevisão, consubstanciada na cláusula **rebus sic stantibus**, alegando que o surto inflacionário verificado no período de abril de 1991 a março de 1994 foi de caráter imprevisível e extraordinário, tendo, por isso, provocado o desequilíbrio da equação econômico-financeira dos seus respectivos contratos. Para um melhor exame desse pleito, creio oportuna uma breve notícia histórica sobre a Teoria da Imprevisão.

3. Ensina JOSÉ CARLOS FERREIRA DE OLIVEIRA (*Revista dos Tribunais*, vol. 320, pp. 21/30) que:

"Deve-se aos canonistas e a glosadores dos séculos XIV a XVI a formulação da cláusula **rebus sic stantibus** em contraposição ao velho princípio **pacta sunt servanda**, segundo o qual sempre se deveria respeitar o contrato firmado entre as partes, quaisquer que fossem os fatos ocorridos posteriormente.

Visaram os criadores da referida cláusula minorar os efeitos ruinosos da execução dos contratos que gerassem obrigações sucessivas ou dependentes do futuro, quando as condições de fato, contemporâneas da formação do vínculo, já tivessem se alterado completamente.

Inspirou-se a doutrina em superiores princípios de direito: boa-fé, comum intenção das partes, amparo do fraco contra o forte, interesse coletivo.

Entretanto, a concepção individualista do Direito, predominante no século XIV, concorreu para a decadência de tal cláusula, acabando por atirá-la em desprestígio e no olvido.

No princípio deste século, todavia, dois notáveis juristas provocaram o seu reaparecimento: Bernard Windsheid e Giuseppe Osti. O primeiro, com a sua fascinante teoria da pressuposição, sustentou que o contratante nem sempre ficava subordinado aos efeitos de sua promessa quando a realidade posterior se diversificasse completamente da situação existente ao tempo da formação do vínculo (**Diritto delle Pandette**, tradução de Fadda e Bensa, vol. I, § 97). O segundo, autor da teoria da superveniência, propugnou por iguais princípios, que muito se assemelhavam aos defendidos por Windsheid.

Mas somente após a primeira conflagração mundial, em razão da violenta alteração econômica de certos países nela envolvidos, é que renasceu a velha cláusula **rebus sic stantibus**, sob a denominação de teoria da imprevisão.

Na França, o Conselho de Estado admitiu-a no ano de 1916, relativamente a contratos de concessão de serviço público. Justificando a sua aplicação, afirmou o Conselho que o seu conteúdo poderia ser revisto, desde que novas circunstâncias de fato, fora de toda a previsão, houvessem determinado, para o seu cumprimento, tal onerosidade que a sua execução importasse a ruína econômica da empresa.

A Lei Failliot, de 21 de maio de 1918, embora de emergência, consagrou o princípio da revisão, com relação aos contratos mercantis estipulados antes de 1º de agosto de 1914, cuja execução se prolongasse no tempo. Poderiam ser resolvidos se, em virtude do estado de guerra, o cumprimento das obrigações por parte de qualquer contratante lhe causasse prejuízos cujo montante excedesse de muito a previsão normal que pudesse ser feita, ao tempo de sua celebração.

No Direito Inglês, por sua vez, resolveu-se o problema no mesmo sentido, se bem que de modo empírico e não ordenado.

Assim, a pouco e pouco, por força de acontecimentos extraordinários, foi renascendo a velha cláusula **rebus sic stantibus**, agora sob o **nomen juris** de teoria da imprevisão."

4. Em detido estudo sobre a cláusula **rebus sic stantibus**, assim nomeada a partir do princípio segundo o qual "**contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur**", TITO DE OLIVEIRA HESKETH (*Revista dos Tribunais*, vol. 302, pp. 12-33) leciona que:

"Com efeito a cláusula **rebus sic stantibus** possui suas raízes, que lhe fornecem vida e sustentabilidade na **equidade**, que é a essência mesma do Direito.

Em verdade, o **substractum** do Direito é a lide do "reto", do "justo", constituindo isso uma decorrência lógica e necessária de sua própria natureza.

Assim entendida a equidade, é nela que divisamos os alicerces da cláusula **rebus sic stantibus**, pois, sobrevindo uma imprevista mutação das circunstâncias fáticas que envolveram o vincular contratual, carreando enormes e desproporcionais prejuízos a uma das partes, em proveito de outra, o exigir-se a fiel obediência à letra do contrato seria uma atitude de extrema iniquidade, vale dizer, uma atitude que fere incisivamente os postulados da Justiça, da própria noção de Direito. O Direito busca estabelecer um equilíbrio entre pretensões concorrentes e muitas vezes antagônicas. Mas tal equilíbrio comporta uma alterabilidade condicionada a circunstâncias eventuais. Sobrevindo estas, na esfera contratual, a invocação da

cláusula **rebus sic stantibus**, agasalhada na própria noção de Direito, é meio hábil para a recuperação daquele equilíbrio, operando uma **reductio ad justitiam et aequitatem**, ou seja, na frase de Bonnacase, "**empêchant que l'une des parties engagées dans un rapport de droit ne soit écrasée au détriment de l'autre**".

5. Tratando de matéria em foco, JOSÉ CRETELLA JR. assim comenta (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. , pp. 2-5):

"No fundo, a **teoria da imprevisão** é um aspecto da luta dramática que se trava entre a vontade do homem e o tempo. O homem deseja criar obras duradouras e, nesse **desideratum**, desafia o tempo, v.g., nos contratos, normas ou obrigações que deverão ser executadas de maneira intangível durante longo período, o que é um desafio à evolução geral. Nada perdura. Tudo passa. O tempo corre inexoravelmente. As situações alteram-se. **O que hoje se convencionou pode ser alterado amanhã pelo fato imprevisto**. Quando esta evolução se patenteia, o que não pode deixar de verificar-se, cedo ou tarde, há **caducidade das previsões humanas e, por conseguinte, das regras de direito aceitas e colocadas na base destas**, sendo possíveis, então, três atitudes: uma iníqua, que consistiria em pretender aplicar, às situações novas, regras superadas. Para contornar esta situação restam duas outras, ou seja, renunciar pura e simplesmente às regras ou obrigações que tinham sido assumidas, verificando a presença de **força maior** e dispensa do devedor das obrigações pactuadas (o que, aliás, é o ponto máximo da primeira atitude), ou, então, conservar o que possa ser salvo do primitivo acordo, adaptando-o à nova situação - a imprevisão. Consiste a **imprevisão** na superveniência de fato inesperado que torne impossível o cumprimento da obrigação assumida. A teoria sobre ela assentada aplica-se aos **contratos administrativos** e não aos **contratos de direito privado** da administração."

A DOCTRINA

6. A respeito da aplicação, em nosso direito, da Teoria da Imprevisão, unânime é a doutrina pátria em afirmar que a noção de equilíbrio financeiro nos contratos administrativos, tornou-se princípio geral a harmonizar o interesse público com o direito do empresário privado a uma justa remuneração.

7. Para melhor fixar os lindes deste exame, julgo oportuno transcrever alguns pronunciamentos relevantes da nossa melhor doutrina.

Dê-se a palavra, inicialmente, a DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*Boletim Legislativo ADCOAS*, nº 20, jul/93, pp. 632-643):

"Não sobrexiste qualquer dúvida de que a prestação pecuniária, devida pela Administração nos contratos administrativos se submete integralmente à disciplina comum dos contratos em geral, sendo-lhe vedado prevalecer-se de sua condição de ente público (ou de delegatário do Poder Público) para impor, de alguma forma, a sua vontade com vistas a alterar o chamado equilíbrio econômico-financeiro desses pactos.

Esse equilíbrio econômico-financeiro costuma ser traduzido, em linguagem matemática, como equação econômico-financeira ou, simplesmente, equação financeira, espelhando a relação de absoluta igualdade que, no tocante aos interesses econômicos do co-contratante da Administração, deverá ser respeitada a todo transe, em sua intocável sacralidade; daí M. Walme chamá-la de "equação" e destacar a sua inalterabilidade desde a conclusão do contrato (V. **Droit Administratif**, Paris, Sirey, 9ª ed., 1963, p. 618).

Fixe-se, portanto, que não apenas o preço, mas todas as demais cláusulas que digam respeito às prestações pecuniárias devidas pela Administração, do interesse público do contratante privado, **não são disponíveis unilateralmente pelo Poder Público**, incluindo-se entre elas, exemplificativamente, as que definam condições de pagamento, prazos, tolerâncias, juros de mora, multas contratuais etc.

Observe-se, por derradeiro, que o equilíbrio expressado pela referida equação financeira, há de ser mantido a todo transe, tanto quando a Administração resolver alterar prestação de interesse público a ser feita pelo seu co-contratante, quando este equilíbrio se romper por qualquer outro motivo por sua ação ou omissão."

8. Em lúcido parecer, faz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Revista de Direito Público*, vol. 90, pp. 98-110) os seguintes comentários:

"1 - Doutrina e jurisprudência são concordes em que, no contrato administrativo, a equação econômico-financeira, ali firmada, constitui-se em inadversável direito do contrato. Por se tratar de asserção mansa e pacífica, é desnecessário insistir sobre o tópico. Refiram-se, tão-só, como sínteses expressivas deste generalizado acordo, as seguintes averbações:

"As disposições relativas à remuneração escapam ao poder de modificação unilateral da Administração. Além disso, o elemento da associação já assinalado manifesta-se sobre este ponto com uma força particular: é o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que é uma das características essenciais do contrato administrativo e a contrapartida das prerrogativas da Administração" (Jean Rivero, **Droit Administratif**, 3ª ed., Dalloz, 1965, p. 111 - grifo do autor).

"O contrato administrativo, por parte da Administração destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do particular

contratante objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Este lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o modo e forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público" (Hely Lopes Meirelles, **Licitação e Contrato Administrativo**, 7ª ed., Ed. RT, 1987, p. 161).

"O contratante tem direito à remuneração inscrita em seu contrato. É o princípio da fixidez do preço do contrato. Ele não consentiu seu concurso senão na esperança de um certo lucro ... Além disso seria contrário à regra da boa-fé, contrário também à segurança dos negócios, e, portanto, perigoso para o estado social e econômico que a administração pudesse modificar, especialmente reduzir esta remuneração" (Georges Pequignot, **Théorie Générale du Contrat Administratif**, Paris, A. Pedone, 1945, pp. 433 e 434 - grifo nosso).

Nas citações feitas - que valem como resumo dos ensinamentos correntes dos juristas e dos pretórios - merecem ser ressaltados os seguintes pontos: a) o equilíbrio econômico-financeiro "é uma das características essenciais do contrato administrativo"; b) o que o contratado licitante almeja - e em função do que "consentiu seu concurso" - é a obtenção de um certo lucro "que deve ser assegurado nos termos iniciais do ajuste"; c) a Administração não pode unilateralmente "modificar, especialmente reduzir esta remuneração", pois além de "contrário à regra da boa-fé", seria "contrário à segurança dos negócios".

Por qualquer ângulo que se considere o assunto, ressalta sempre que a estabilidade da equação econômico-financeira é requisito insuprimível do contrato administrativo e que sua falta chocar-se-ia sempre contra princípios e normas de direito cujo desatendimento seria gravoso para o próprio interesse público que preside estes vínculos.

9. Em trabalho publicado na Revista **NOMOS** (Vols. 7/8, nº 2, pp. 77-88), sob o título "O Princípio da Equivalência e a Regra do Equilíbrio Econômico e Financeiro dos Contratos", EROS ROBERTO GRAU oferece magistral ensinamento:

"O fenômeno da inflação importa em que nos contratos que entre nós se celebram já se incluam cláusulas dispondo sobre o reajuste dos preços contratados.

Isso implica em que, durante os momentos pelos quais perduram medidas voltadas a reter ou congelar a expansão de preços em geral, o princípio da equivalência entre prestação e contraprestação nos contratos de intercâmbio e a regra da manutenção do equilíbrio

econômico e financeiro dos contratos celebrados com a Administração resultem aparentemente abalados."

A contagem de correção monetária ("reajuste monetário") é então em regra coibida, bem assim os reajustamentos de preços ("revisão", como se tem dito).

Aqui, contudo, é necessário distinguirmos duas situações, como, com acuidade, reclama CARLOS ARI SUNDFELD.

A correção monetária ("reajuste monetário") não instrumenta primordialmente a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos - embora possa se prestar a tanto; é uma técnica que permite se traduza, em termos de idêntico poder aquisitivo, quantias ou valores que fixados **pro tempore** apresentam-se em moeda sujeita a desvalorização. Promove a manutenção do poder de troca do preço, enunciado nominal.

O reajustamento dos preços contratuais é, ele sim, técnica que permite a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos.

Daí porque conclui CARLOS ARI SUNDFELD: "Em outras palavras, a correção leva em conta algo externo ao contrato (a variação do valor de troca da moeda), enquanto o reajustamento considera realidade interna ao contrato (a equação econômico-financeira)".

10. Duas verificações são neste passo alcançadas. É certo, de uma parte, que a regra do artigo 55, II, "d" do Decreto-lei nº 2.300/86 (concreção do princípio da equivalência) não torna imune à vedação da contagem de correção monetária aquele que tenha celebrado contrato com a Administração. Ou seja: regra e princípio não lhe conferem direito à contagem de correção monetária.

De outra parte, todavia, aquele que tenha celebrado contrato com a Administração há direito a reajustamento de preços, ainda quando vigente regra que coiba tal reajustamento ou congela preços. E - digo mais - de modo que o reajustamento conduza à determinação de novos patamares de preços, patamares nos quais incorporados os acréscimos suficientes ao suprimento da deterioração do poder aquisitivo do enunciado nominal originário deles (o que, de outra forma, seria logrado mediante a mera contagem de correção monetária).

Explico-me singelamente: as regras que vedam reajustes de preços ou os congelam *não se aplicam aos contratos celebrados com a Administração*. (Grifos do autor)

11. Incorporada à moderna doutrina dominante, encontro a sempre abalizada opinião do PROF. CAIO TÁCITO (**Boletim de Licitações e Contratos**, set/93, pp. 370-373), que assim se manifesta:

"A condição implícita da permanência do estado de coisas contemporâneo à convenção, traduzida na cláusula **rebus sic stantibus**, não é incompatível com os contratos administrativos.

.....
A continuada perturbação da ordem financeira deu continuidade à tendência revisionista dos contratos, inclusive nas relações privadas, mediante a crescente adoção de critérios de reajustes de preços contratuais, a princípio pela acolhida da teoria da imprevisão e pelo nascimento de cláusulas preventivas da ruptura do equilíbrio entre as obrigações. Nesse sentido prosperaram as cláusulas móveis na composição dos preços contratuais e, em seguida, se generalizou a aceitação da regra da correção monetária do valor das obrigações de pagar, sempre em coerência com o princípio capital da justa correspondência entre as obrigações, ou, para usar a expressão de Leon Blum "**léquivalence honnête**" entre as obrigações das partes que é "la base, le fondement même de l'accord, du consentement" (parecer no citado caso da Compagnie Générale Française des Tramways, de 21.03.1910 - texto completo in **Revue de Droit Public et de la Science Politique**, nº 27, pp. 270 e ss.)."

12. A doutrina, entretanto, alerta para o fato de que a Teoria da Imprevisão somente encontra amparo seguro sob certas regras e condições excepcionais autorizadas da sua aplicação. E não discrepam os autores a respeito de quais sejam tais regras e condições.

Senão veja-se: O mesmo CAIO TÁCITO, no estudo já anteriormente referido, pondera ainda que:

"A teoria da imprevisão é, contudo, uma ressalva extraordinária à regra do cumprimento obrigatório dos contratos. A sua invocação pressupõe um estado de crise, uma transfiguração inaudita da matéria de fato, que submeta o empreiteiro, inesperadamente, a um prejuízo intolerável".

Não é demais lembrar o conselho de Gaston Jése, quanto à sobriedade da terapêutica:

"La teoría de la imprevisión es una teoría excepcional; por eso que es preciso aplicarla en forma restrictiva y no extensiva" (ob. cit., vol. V, p. 44).

A álea ordinária, o encargo previsível ou suportável, cabe, por força de lei e do contrato, a quem se obrigou a construir. É o ônus usual do negócio, o risco comercial comum, que não pode recair sobre o outro contratante. O fato de se verificar, no curso da execução do contrato, acréscimo no custo da mão-de-obra ou dos materiais, não propicia, por si só, a revisão do preço pactuado.

O prejuízo tolerável, embora inesperado, não configura a hipótese, nem tampouco aquele que, razoavelmente, pudesse ser previsto. É necessário que o dano seja, ao mesmo tempo, imprevisível e insuportável, para que se possa receitar a cirurgia heróica, convocando-se o juiz, ou a autoridade administrativa, para violar a fisionomia do contrato, normalmente intangível.

Os mais recentes estudos sobre o tema confirmam o caráter restrito e extraordinário do reajustamento das cláusulas do negócio jurídico.

Péquignot, examinando as condições gerais de aplicação da teoria da imprevisão, segundo a jurisprudência do Conselho de Estado, indica os seguintes pressupostos essenciais:

a) a indenização não é devida, se a economia do contrato não for substancialmente perturbada, produzindo-se um déficit excedente à álea que se deva reputar aceitável;

b) é necessário que o contrato seja afetado por um acontecimento imprevisível;

c) o acontecimento imprevisível e excepcional que desorganiza a economia do contrato, deve ser totalmente estranho à ação dos contratantes (G. Péquignot, "Contenu et Effets Spéciaux des Contrats Administratifs", in *Juris Classeur Administratif*, fasc. 511, pp. 34-38)."

13. Esclarece igualmente o insigne PROF. ARNOLDO WALD (*Revista de Direito Público*, nº 82, pp. 229-240) que:

"9. Deve ser observado, ademais, que a revisão dos preços, como técnica visando manter íntegro o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, está condicionada e limitada por dois fatores essenciais: a) a excepcionalidade da revisão; e b) a ausência de culpa e a indispensável boa-fé por parte do contrato, como condição necessária ao pedido de revisão.

10. Com efeito, em primeiro lugar, cabe notar que a revisão de preços tem um caráter excepcional, uma vez que importa em alteração das bases inicialmente estabelecidas no contrato. Assim, justifica-se tal revisão, tão-somente, em casos em que, manifestamente, a sua inoportunidade poderia afetar total ou substancialmente a equação econômico-financeira pactuada entre as partes, além dos limites considerados toleráveis pelos contratantes.

11. Nesse sentido, a doutrina claramente reconhece que, tanto no caso do contrato administrativo, como no uso do contrato civil, a revisão dos preços é admissível, "embora excepcionalmente e com boa dose de prudência" (José Carlos Ferreira de Oliveira. "A Teoria da Imprevisão e os Contratos Administrativos", RT 320/321).

12. O mesmo entendimento pode ser verificado na lição de Hely Lopes Meirelles, para quem: "...Só se justifica a aplicação da cláusula

rebus sic stantibus nos contratos públicos quando sobrevêm fatos imprevisíveis e imprevisíveis, ou, se possíveis, incalculáveis nas suas conseqüências, e que desequilibram totalmente a equação econômica estabelecida originariamente pelas partes. Não é, pois, a simples elevação de preços em **proporção suportável**, como álea própria do contrato, que rende ensejo ao reajuste da remuneração contratual avençada inicialmente entre o particular e a Administração; só a álea econômica extraordinária e extracontratual é que autoriza a revisão do contrato" (*Licitação e Contrato Administrativo*, cit., p. 218).

14. E adverte o mesmo autor, em comentário adicional, que:

"19. É manso e pacífico que a ausência de culpa ou de mora é um dos requisitos básicos para aplicação da revisão, sob pena de transformar-se a mesma numa verdadeira imoralidade administrativa. O devedor inadimplente ou moroso não pode, **ex vi legis**, exigir o cumprimento da obrigação da outra parte, sendo, pois, evidente que não lhe é lícito pedir o reajustamento que constitui um **plus** em relação à prestação, e que só lhe seria eventualmente devido se estivesse em dia com as suas obrigações.

22. No Brasil, os autores são unânimes em considerar que a ausência de mora ou culpa, por parte de quem pede a revisão, é requisito essencial para que possa ocorrer o reajustamento." (Grifos e destaques do autor)

15. JOSÉ CRETELLA JR., no verbete já citado, anota que:

"Para que se aplique a teoria da imprevisão é necessário que surjam acontecimentos econômicos, independentes da vontade das partes, que apresentem triplo característico: 1º) sejam fatos excepcionais, i. e., que se afastem, por sua natureza, ou amplitude, dos fatos normais; 2º) sejam fatos imprevisíveis, i. e., verdadeiramente impossível que as partes, por ocasião de firmarem o contrato, pudessem prever; 3º) sejam fatos determinantes da perturbação da situação financeira do concessionário, de tal modo que o coloque em estado de déficit caracterizado."

Na teoria da imprevisão, há referência constante às áleas, que, por isso, exigem menção especial.

As áleas podem ser econômicas e administrativas. As áleas econômicas podem ser ordinárias. Em sentido amplo, as áleas são acontecimentos futuros que influem na economia dos contratos administrativos.

Chamam-se **áleas ordinárias** os acontecimentos desfavoráveis que as partes assumiram o risco de correr quando firmaram o contrato. Estas,

que constituem encargos previsíveis e suportáveis, cabem, por força da lei e do contrato, aos que se obrigaram, como, p. ex., os empreiteiros nos casos de empreitada. Trata-se de ônus usual do negócio, risco verificado no trato comercial diário, que não pode recair sobre o outro contratante. O fato de verificar-se, no curso da execução do contrato, acréscimo no custo da mão-de-obra ou dos materiais, não propicia, por si só, a revisão do preço pactuado. O prejuízo tolerável, embora inesperado, não configura a hipótese, nem tampouco aqueles que pudessem razoavelmente ser previstos. É necessário que o dano seja, ao mesmo tempo, imprevisível e insuportável, para que se possa receitar a cirurgia heróica, convocando-se o juiz ou a autoridade administrativa para violar a fisionomia do contrato, normalmente intangível (Caio Tácito, Parecer, RDA, 50:429).

Chamam-se **áreas extraordinárias** os acontecimentos que desafiam todos os cálculos que as partes puderam fazer no momento da assinatura do contrato.

À teoria da imprevisão interessam apenas as áreas extraordinárias que, pela impossibilidade normal de previsão e pela excessiva onerosidade para uma das partes, precisam ser divididas entre os contratantes. As áreas extraordinárias podem ser invocadas pela parte para obter da administração, temporariamente, certa participação nos prejuízos.

A dificuldade consiste em decidir, em cada caso, se se trata de **área ordinária** ou **área extraordinária**. Os concessionários, os empreiteiros, os fornecedores envidaram esforços inauditos para ampliar a noção de **área extraordinária**. É o que se pretendeu denominar **imprevisão relativa**. O Conselho de Estado francês opôs-se à extensão, pois a **teoria da imprevisão é teoria excepcional, pelo que é preciso aplicá-la de forma restritiva e não extensiva**.

16. Acrescente-se, nesse mesmo sentido, o seguinte comentário de ARNOLDO WALD (trab. citado):

"41. As causas legítimas para a revisão dos preços podem ser verificadas nas seguintes situações: a) a revisão pode ser justificada por estar expressamente prevista no contrato, desde que ocorra o fato, nele previsto hipoteticamente, capaz de ensejar a realização de tal revisão de preços; b) a revisão pode, ainda, ser justificada pela ocorrência de fatos imprevisíveis, que alterem totalmente o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Ao contrário, a revisão é vedada quando não atende ao princípio da manutenção da equação financeira e viola as normas contratuais, nas quais as partes assumiram certas obrigações e determinados riscos.

42. Ausentes quaisquer das causas **legítimas** para a revisão de preços, acima mencionados, sua realização nos moldes da petição

inicial geraria uma situação de enriquecimento sem causa, sendo, portanto, ética e juridicamente inaceitável."

17. Assim, tal é a posição da nossa doutrina, em linha, registre-se, com o entendimento dominante entre os mais renomados administrativistas estrangeiros. Deixo de anotar aqui, por repetitivo em seus ensinamentos e conclusões, o magistério de outros ilustres e abalizados juristas pátrios.

JURISPRUDÊNCIA

18. Examine-se, agora, também por relevante para este exame, o pensamento dominante em nossos pretórios sobre a matéria. Os registros que se seguem demonstram que a jurisprudência não discrepa da doutrina.

19. No âmbito da Egrégia Suprema Corte, colho diversos arestos sobre a matéria, dentre os quais destaco, cronologicamente, os seguintes:

a) RE nº 56.960, 2ª Turma, Relator Ministro Hermes Lima, DJ, 08.12.64, p. 4.488:

"**Cláusula rebus sic stantibus.** A cláusula aplica-se aos contratos de empreitada. A cláusula só ampara o contratante contra alterações fundamentais, extraordinárias das condições objetivas, em que o contrato se realizou. Ela não visa, porém, eliminar riscos de negócio, riscos inerentes ao próprio sistema econômico vigente no país. No caso, o recorrente não perdeu, deixou apenas de ganhar aquilo que, pelo seu cálculo, seria seu justo lucro. Mas a doutrina da imprevisão não objetiva reajustá-lo. Ainda no caso em apreço não era imprevisível o aumento do salário mínimo. Recurso conhecido e provido para julgar a ação improcedente."

b) MS nº 17.957, Pleno, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, DJ, 23.08.68, p. 3.184:

"(.....)"

Na concessão de serviço público, como ato complexo, meio regulamentar, meio contratual, o concedente pode modificar, por lei, o funcionamento do serviço, alterando o regime dos bens públicos envolvidos e até impondo novos ônus ao concessionário, desde que a este assegure o equilíbrio financeiro, para remuneração e amortização do capital efetivamente investido (Constituição de 1946, art. 51 e parágrafo; Constituição de 1967, art. 160)"

c) ERE nº 64.152, Pleno, Relator Ministro Adalício Nogueira, DJ, 21.05.71:

"Teoria da imprevisão. Não é enquadrável no caso vertente, em que a previsibilidade, nas mutações contratuais, foi perfeitamente antevista. Embargos não conhecidos."

d) RE nº 71.443, 1ª Turma, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, DJ, 28.09.73:

"1. A Cláusula *rebu sic stantibus* tem sido admitida como implícita somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado, se ocorreu alteração profunda e inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio.

2. Não há margem de apelo à teoria da imprevisão, feito em 1964, para reajuste de preço fixado em 1963, com pagamento total e prévio."

e) RHC nº 59.052, 1ª Turma, Relator Ministro Clóvis Ramallete, DJ, 03.11.81, p. 10.935:

".....
Se o contrato com a administração foi concluído quando vigentes condições conhecidas do imposto de importação de um bem indispensável à execução do contrato, mas sobreveio nova regulamentação tributária, onerosa e imprevisível, ocorreu "fato do príncipe", o qual legitima a revisão da economia do contrato, quanto às condições primitivas."

Do antigo Tribunal Federal de Recursos, recolho a seguinte decisão:

AC nº 2.946. Pleno. Relator Ministro Mourão Russel, fonte: RDA, vol. 37, 1954:

"É lícito o pedido de reajustamento de preço de obra pública quando o custo dos materiais e da mão-de-obra aumentou de forma a alterar substancialmente as obrigações contratuais."

20. Já do Superior Tribunal de Justiça, destaco a decisão cuja ementa transcrevo:

RESP nº 5.723, 3ª Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ, 19.08.91, p. 10.991:

"Teoria da imprevisão.

Aplicabilidade, mesmo à míngua de texto expresso, posto que exigência da equidade. Necessidade, entretanto, de que se apresentem todos seus pressupostos, entre eles, o de que os fatores imprevisíveis alterem a equivalência das prestações, tal como

avaliadas pelas partes, daí resultando empobrecimento sensível para uma delas com enriquecimento indevido da outra.

Inexiste razão para invocar essa doutrina quando, em contrato de mútuo, tenha o mutuário dificuldade em cumprir aquilo a que se obrigou, em virtude de prejuízos que sofreu. Não há falar em desequilíbrio das prestações nem em enriquecimento injustificável do mutuante."

21. Na esfera dos Tribunais Regionais Federais, colhi alguns importantes julgados a respeito da matéria em exame, dentre os quais pinço os seguintes:

1ª REGIÃO

AC nº 123.093, 1ª Turma, Relator Juiz Euclides Aguiar, DJ, 17.12.90, p. 30.742:

"Administrativo. Contrato para prestação de serviços. Reajustamento de preço. Cláusula contratual. Fato superveniente.

Nos contratos de prestação de serviços e fornecimento de bens, celebrados com a administração pública, a revisão do preço, com reajustamento, torna-se cabível não só em razão de estipulação contratual anterior, mas, também, em obediência ao princípio do equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico.

Recurso improvido. Sentença confirmada."

2ª REGIÃO

AC nº 203.861, 1ª Turma, Relatora Juíza Tânia Heine, DJ, 06.12.90:

"Civil - Responsabilidade Civil - Contrato

I - Contrato celebrado por empresa e Ministério da Marinha, visando prestação de serviços técnicos em processamento de dados.

II - A Lei nº 6.708/79, posterior à celebração do contrato, desequilibrou a equação econômica e financeira inicial.

III - Inexiste o descumprimento da cláusula quinta do contrato, com relação ao prazo de dezoito meses para execução, pois o prazo não era corrido, e cada fase somente se iniciava após autorização do contratante e aprovação do relatório da fase anterior.

IV - Devidos os pagamentos das fases concluídas, corrigidos desde julho de 1980, além dos prejuízos suportados pela contratada, e lucros cessantes, aplicando-se a cláusula *rebus sic stantibus*."

3ª REGIÃO

AC nº 3.038702, 1ª Turma, Relatora Juíza Ramza Tartuce, DJ, 22.03.94, p. 11.226:

"Civil. S.F.H. Cláusulas contratuais. Desequilíbrio contratual.

1. No contrato de aquisição de casa própria, regido pelo sistema financeiro de habitação, as cláusulas nele contidas obrigam as partes e o desequilíbrio apontado pelo mutuário não é possível de ser solucionado pelo Poder Judiciário, por se tratar de desequilíbrio social gerado pela espiral inflacionária.

2. Apelação improvida."

5ª REGIÃO

AC nº 502.257, 2ª Turma, Relator Juiz José Delgado, DJ, 06.04.90:

"Direito Administrativo. Teoria da imprevisão. Não ocorrência dos seus pressupostos.

1 - Não se aplica a teoria da imprevisão em contrato administrativo de empreitada de obra pública, sem que se demonstre a existência do fato ou acontecimento extraordinário ou imprevisível, com capacidade de alterar o equilíbrio financeiro do ajuste celebrado entre as partes.

2. A simples alteração de preço de material, acontecimento normal no Brasil, em face do processo inflacionário sempre ascendente que está implantado no seu sistema econômico e financeiro, não constitui motivo ensejador para se aplicar a teoria da imprevisão ou os efeitos da cláusula **rebus sic stantibus**.

3. De acordo com a doutrina de Messineo, a teoria da imprevisão requer o concurso da extraordinariedade e da imprevisibilidade. E o acontecimento extraordinário e imprevisível há de resultar na onerosidade da prestação e dificultar extremamente o cumprimento da obrigação, sacrificando o devedor com sua execução, o que lhe facultaria promover a resolução do contrato.

4. Não pode se abrigar no seio da teoria da imprevisão a empresa que não demonstrar ter enfrentado nenhuma dificuldade na execução do contrato, por se pressupor que o preço fixado no negócio jurídico cobriu todos os aspectos financeiros do ajuste, inclusive o lucro a ser obtido.

5. Apelação improvida."

A LEGISLAÇÃO E OUTROS ASPECTOS BÁSICOS

22. Nas fontes doutrinárias e jurisprudenciais acima transcritas encontro o material necessário ao exame do presente caso. Recomendável, entretanto, para melhor definição do tema em comento, que sejam destacados os pontos nucleares dessas ricas fontes.

23. Fixam, claramente, a doutrina e a jurisprudência o entendimento de que a Teoria da Imprevisão aplica-se aos contratos administrativos desde que presentes os pressupostos autorizadores da sua adoção e sob determinadas e rígidas condições.

24. Em apertada síntese, pode-se dizer que a boa aplicação da cláusula **rebus sic stantibus** subsume-se a prova cabal de que:

a) os fatos acarretadores do desequilíbrio econômico e financeiro do contrato tenham sido totalmente imprevisíveis (áreas extraordinárias) e suas conseqüências insuportáveis para o contratado;

b) as bases pactuadas correspondiam à situação da época em que o ajuste foi efetuado;

c) o aumento de preços ou de outras condições financeiras contratuais tenha sido tão sensível que haja produzido efetivo prejuízo ao contratado;

d) o dono da obra (contratante) tenha se beneficiado com a alteração assim ocorrida;

e) as prestações contratuais da parte prejudicada estejam rigorosamente em dia.

25. A jurisprudência, em especial, logrou conciliar os dois princípios básicos norteadores das relações contratuais: o da **pacta sunt servanda**, essência mesmo do contrato, e o da **rebus sic stantibus**, medida excepcional aplicável somente em face de certos requisitos indispensáveis.

26. Acresce que a Teoria da Imprevisão há muito deixou de ser uma construção doutrinária e pretoriana em nosso País, estando já consagrada na legislação. De fato, a Carta 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 dos contratos, por meio da fixação de tarifas reais. Hoje, com maior abrangência, encontra-se o princípio insculpido na atual Constituição (art. 37, XXI).

27. O Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, hoje revogado, dizia, em seu art. 55, II, d, que os contratos poderiam ser alterados, por acordo das partes, "para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente, entre 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".

28. A Lei nº 8.666, de 21.06.93, que substituiu o Decreto-lei nº 2.300/86, não só admite a revisão contratual, como faculdade das partes, como impõe à Administração o dever de restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial, se houver qualquer alteração do pactuado que aumente os encargos do contratado (conf. art. 65, § 6º). Acarreta, também, a revisão do contrato, para mais ou para menos, a ocorrência, após a apresentação da proposta, de alteração ou extinção de tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legislativas que comprovadamente repercutam nos preços contratuais (art.

65, § 5º, Lei citada). Outras situações estão previstas nessa Lei. No caso de prorrogação do contrato, por força do disposto em seu art. 57, § 1º, deverá, igualmente, ser restaurado o equilíbrio econômico-financeiro.

29. A Lei 8.880, de 27.05.94, registrou, em vários dispositivos, a intenção do legislador de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (conf. arts. 7º, parágrafo único, 15, **caput** e § 7º etc.). Da mesma forma, as Medidas Provisórias e as leis posteriores que instituíram o Plano Real também incorporaram expressamente o instituto.

30. Assim, tal como adverte HELY LOPES MEIRELLES (**Licitação e Contrato Administrativo**, 8ª ed., p. 232), em face de tão evidentes disposições legais, a legitimidade da aplicação da Teoria da Imprevisão, em cada caso específico, não pode mais ser contestada pela Administração, desde que presentes os pressupostos já acima referidos, só se justificando o apelo ao Judiciário quando a contratante se recusar a fazê-lo ou quando o contratado não concordar com os seus termos.

31. Anote-se que a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 542, de 30.06.94, que instituiu o Real como nova unidade monetária, esclarece que o plano visa "preservar o princípio da livre negociação dos contratos entre as partes, tendo em vista a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e o respeito ao ato jurídico perfeito" (conf. EM. Interministerial nº 205, de 30.06.94, DOU de 30.06.94).

32. Nesse mesmo sentido, muitos doutrinadores, entre eles CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, sustentam que, no plano constitucional, a garantia do equilíbrio econômico e financeiro do contrato encontra-se plenamente resguardada na Carta vigente não apenas no art. 37, XXI, como também no art. 5º, XXXVI, em que se assentam os princípios do direito adquirido e do respeito ao ato jurídico.

ASPECTOS FÁTICOS DA QUESTÃO

33. Balizado, assim, o campo em que se fere a questão em análise, passo a examiná-la em seus elementos fáticos, com base no que consta dos processos vindos a esta Advocacia Geral. Para tanto, faço remissão aos itens 1 a 8 acima (Relatório), onde se resume o pleito formulado pelas interessadas.

34. Apreciando o pedido das empresas contratadas, no âmbito do Ministério da Educação e do Desporto, manifestou-se a douta Consultoria Jurídica daquele ministério, por meio do Parecer nº 252/95/CONJUR-MEC, da lavra da ilustre titular daquele órgão jurídico, Dra. Eliana Soledade Graeff Martins, do qual transcrevo, por relevantes ao deslinde da matéria, os seguintes trechos:

"Neste processo não se encontra prova do alegado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, que, sendo um fato, deve ser

provado. Em outras palavras, este desequilíbrio não pode ser presumido. Dizer que o aumento da inflação acarretou o desequilíbrio financeiro do contrato é mera alegação e uma alegação genérica, que não encontra supedâneo nos fatos.

É importante salientar que a Cláusula Nona do Contrato constante no processo nº 23127.004132/95-04 (fls. 108 a 134), previa o reajuste mensal dos preços contratuais com base nos Índices de Custo da Construção Civil, publicados pela Fundação Getúlio Vargas. Tal cláusula foi revista e com Termo de Revisão do Contrato (fls. 135 e 162), em busca de reequilíbrio econômico-financeiro, adotados novos critérios de reajustes mensais, segundo, desta vez, fórmula paramétrica determinada no Decreto nº 94.684/86.

Não há que se falar, pois, em correção monetária. Os preços contratuais **sempre** foram reajustados, mês a mês. O contrato sempre esteve protegido dos efeitos da inflação.

Em se considerando que o BDI na composição dos preços contratuais incidia sobre os preços unitários, tem-se que se trata de percentual fixo incidindo sobre os preços unitários corrigidos monetariamente, reajustados, mensalmente.

Alegam os contratantes que, deste BDI, a Comissão Especial de licitação identificou um dos componentes e deu-lhe valor: estaria considerado nos preços unitários uma parcela de 9% a título de custos financeiros relacionados com o período decorrido entre a medição dos serviços executados e o vencimento de cada fatura."

.....
Aceitando, mesmo que só para argumentar, que tal resposta à pergunta nº 163 faz parte do Edital, ainda assim não se vislumbra base legal para substituir o índice de 9% pelo índice mensal da inflação.

Primeiro, porque custo financeiro não se confunde com correção monetária. Custo financeiro é o preço do dinheiro, o que não é dado pelo índice da inflação. Ao contrário, freqüentemente, com inflação baixa tem-se custos financeiros altos e com alta inflação baixas taxas de juros.

Depois, porque nesta licitação, como anteriormente citado, estava prevista uma redução percentual de até 15% sobre os preços do orçamento oficial. Ora, se os preços unitários eram todos conhecidos segundo a tabela EMOP e o BDI inicial era de 44%, claro está que a redução incidiu diretamente sobre a parcela de BDI que poderia chegar a 29%. No momento em que a contratada, então licitante, propôs seu preço com o desconto, já estava sendo modificada a relação inicial para a composição dos preços, no caso composição do BDI. O abatimento de até 15% incidiu de forma global sobre os 44% e, conseqüentemente, não há mais qualquer precisão neste percentual de 9%. Pode-se-ia imaginar que a redução não atingiria a parcela custo financeiro? Não! O percentual de desconto atingiu o BDI como um todo, atingiu todas suas parcelas. O licitante, ao propor a redução,

assumiu o risco natural dos contratos administrativos, a álea ordinária inerente ao negócio. Só assim justifica-se constar da Cláusula Quarta do contrato (fls. 117):

“4.1.1. No preço proposto para execução das obras e serviços objeto da Contrato, estão incluídos o fornecimento de todos os materiais, equipamentos e ferramentas necessários, mão-de-obra, encargos sociais, tributos, seguros e demais ônus incidentes, inclusive as formas metálicas.”

Finalmente, se aceita a pretensão das contratantes, não mais teríamos os parâmetros estabelecidos quando da licitação e do contrato.

O reajuste mensal incide sobre os preços contratuais e o BDI está incluído no preço contratual, eis que, se o considerarmos uma parcela fixa a incidir sobre os preços unitários, incide sobre preços corrigidos mês a mês conforme índices de correção monetária. Conseqüentemente, seu valor mantém-se o mesmo, protegido da inflação.

Se se substitui parcela de 9% de um BDI de 29%, pelo índice da inflação do mês de novembro de 1993, por exemplo, 36,96% (IGP-DI), teremos naquele mês, como BDI, 20% - 36,96%, ou seja, 56,96%. Teríamos, então, um BDI de 56,96% incidindo sobre o valor dos preços unitários corrigidos mensalmente desde o início do contrato.

O consultor econômico conclui em seu relatório que o pleito está amparado em inequívoca realidade econômica e jurídica. Quanto ao aspecto jurídico difícil concordar. Como já mencionado, desequilíbrio econômico-financeiro, na hipótese, só se ligado à álea extraordinária que corresponde, no entender da professora MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO, in *Direito Administrativo*, 3ª Ed., Atlas - 1991, p. 208, “as circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão; em princípio, repartem-se os prejuízos, já que não decorreram da vontade de nenhuma das partes. E mais, se existente, necessitaria ser provado. A contratante apenas alegou o aumento do índice da correção monetária de forma genérica. A inflação não constitui, neste caso, álea extraordinária, mas fator previsível e previsto no contrato através de cláusula de reajuste mensal. Havia de ser demonstrado o extraordinário, o desequilíbrio do contrato e isto não o foi.

Ainda que se aceitasse tal relatório como suficiente para provar o desequilíbrio, nem mesmo assim seria possível o reconhecimento integral do débito pela Administração, eis que a ela só caberá assumir parcialmente a recomposição.

Quanto ao aspecto econômico, concentrou-se o consultor na depreciação da moeda para medir custo financeiro ao utilizar o Índice Geral de

Preços - Disponibilidade Interna. Equivoca-se ao confundir conceitos e ao considerar os 9% ao mês como taxa predeterminada para o componente custo financeiro. Com isto faz com que incida sobre o valor, mais uma vez, índice de correção monetária.

Finalmente, não existem nos processos os valores informados pelas contratadas para serem conciliados com os valores calculados pelo Consultor Econômico, e, até mesmo, inexistente a análise das eventuais divergências recomendadas pelo consultor. A recomendação do Parecer nº 570/94, da Consultoria Jurídica, para processamento dos cálculos para apuração do **quantum debeatur**, não foi seguida, bem como, não se encontra no processo qualquer parecer da área competente da SEPESPE, concluindo que os valores pedidos são devidos.

Salvo melhor juízo, os atos de reconhecimento da dívida (fls. 52, 57 e 60 deste) são nulos, carecem de motivos, pois, a fundamentação utilizada não encontra amparo na prova do processo.

Aceita tal interpretação, todos os atos de reconhecimento de dívida são passíveis de anulação, a qual produziria seus efeitos **ex tunc**, retroagindo à data da prática do ato ilegal e invalidando todos os dele decorrentes.

35. Inegáveis os méritos do referido Parecer, principalmente no que ataca a frágil argumentação jurídica esboçada no estudo econômico de fls. 4/14 do processo, elaborado por um consultor externo contratado para analisar o pleito das interessadas.

36. O parecer técnico emitido por esse consultor trata como se iguais fossem institutos jurídicos distintos entre si, quais sejam os da correção monetária, do reajustamento de preços e da revisão contratual. A doutrina e a jurisprudência sempre distinguiram a correção monetária do reajustamento de preços para estabelecer o entendimento de que aquela é a atualização do preço em função da alteração do poder aquisitivo da moeda e este é a atualização do preço em razão da variação econômica dos insumos aplicados na obra ou serviço.

37. HELY LOPES MEIRELLES, citado por BENEDITO PEREIRA PORTO NETO (BLC, Dez/94, pp. 575-580), já esclarecia, em parecer sobre o “Plano Cruzado” para a Câmara Brasileira da Indústria da Construção, que:

“Num primeiro momento, torna-se fundamental distinguirmos a correção monetária do reajustamento contratual de preços, considerados pela doutrina como institutos distintos e inconfundíveis por suas finalidades.

Com efeito, enquanto a correção monetária visa à recomposição do valor aquisitivo de prestação pecuniária, em face da desvalorização da moeda, o reajustamento contratual de preços tem por escopo a

adequação periódica dos valores contratuais à realidade do mercado, para que não se desfaça o equilíbrio econômico-financeiro do contrato."

38. Por seu turno, a revisão do contrato pode ocorrer seja por interesse da Administração, seja quando fatos novos, imprevisíveis e extraordinários tornem inexecutível a execução da avença, tal como inicialmente ajustada. Conforme visto, não só a doutrina e a jurisprudência como a própria lei consentem na revisão do contrato, diante de tais pressupostos, para adequá-lo à nova realidade. Assim, correção, reajuste e revisão não se confundem. São antes institutos diversos, com finalidades distintas.

39. Correta, pois, a ilustre parecerista quando afirma que não há que se falar, no caso, em correção monetária, já que os preços contratuais foram sempre atualizados mês a mês, ficando, assim, protegidos dos efeitos da inflação. Por outro lado, o que as interessadas pleiteiam é uma revisão da parcela de **custo financeiro** embutida nos contratos, calcada na variação dos **índices de inflação** ocorrida no mesmo período.

40. Ora, conforme acertadamente esclarece o citado parecer jurídico, **custo financeiro** não se confunde com **correção monetária**, sendo aquele o chamado "preço do dinheiro", apurado no mercado financeiro a taxas variáveis segundo os mais diversos critérios, e esta, como visto, "a recomposição do valor aquisitivo da prestação pecuniária, em face da desvalorização da moeda". O custo financeiro nada tem a ver, de fato, com os níveis inflacionários e suas variações. Aliás, novamente correto o parecer ao anotar que "com inflação baixa tem-se custos financeiros altos e com inflação alta, baixas taxas de juros".

41. Acompanho, ainda, a douta parecerista quando lembra, em linha com a doutrina dominante, que o desequilíbrio não pode ser presumido. Deve ser demonstrado o fato imprevisível e extraordinário que o ocasionou, assim como provada, nessa hipótese, a excessiva onerosidade da prestação do contratado, de molde a impossibilitar-lhe a realização do pacto.

42. O insigne THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, quando de sua brilhante passagem à frente da antiga Consultoria Geral da República - órgão que esta Advocacia Geral da União teve a honra de suceder - advertia, já nos idos de 1945 (Parecer CGR nº 44/0, de 14.08.45, in **Pareceres do Consultor-Geral da República, 1945/46**, pp. 199-214), que:

"A constante de todas as doutrinas, mais subjetivas algumas, objetivas outras, é a imprevisão, isto é, a anormalidade do evento e o seu caráter extraordinário, fora dos limites comuns e, que extraordinárias sejam também as suas conseqüências. Nunca, porém, é demais advertir que apesar das tendências do direito moderno serem favoráveis à revisão, diante da realidade a que

assistimos de transformações radicais na técnica, em todos os ramos de atividade humana, subsiste a reação favorável à estabilidade dos contratos sob a velha fórmula **pacta sunt servanda**.

Parece-me, entretanto, que os dois princípios não se repelem e que nada impede o respeito à fé dos contratos, cujas bases morais foram tão bem defendidas por Ripert, e a sua revisão, em casos excepcionais de crises inesperadas que atingem no mais íntimo os seus fundamentos econômicos (**Travaux de la Semaine Internationale de Droit**, Paris, 1937, p. 207).

O contrato, na expressão de Niboyet, não é feito em benefício de uma pessoa em detrimento de outra, senão em benefício comum.

A revisão se justifica, portanto, no interesse social, na conveniência geral em manter a base moral da convenção e os seus fundamentos econômicos".

43. E, mais adiante, no mesmo parecer, alerta o saudoso mestre:

"O contrato deve sempre ser cumprido, mas verificada a impossibilidade de sua execução por motivos supervenientes e comprovada a boa-fé dos contratantes, é dever de justiça social, boa compreensão do preceito do **suum cuique**, o seu reajustamento às novas condições ocorridas por motivo estranho à vontade das partes. Parece-me ser esta a boa doutrina, mesmo no silêncio da lei e apesar dos fortes contraditos à tese revisionista que, a meu ver, só tem dois graves perigos a enfrentar: o abuso na sua aplicação, a deformação também de seus princípios básicos.

Fora daí, bem equilibrados os seus termos, individualizada, é de justiça o seu uso, embora nenhum texto legal a torne compulsória".

44. Outros os tempos, outras as circunstâncias. Mas intocáveis prosseguem ainda hoje os princípios básicos que autorizam a aplicação da cláusula **rebus sic stantibus**.

45. Tanto o Edital (item 15 - Faturamento e Pagamento) como o contrato padrão celebrado com as empreiteiras vencedoras (Cláusula Oitava - Do Faturamento e Pagamento) previram expressamente o reajustamento dos preços avençados. A Cláusula Sétima do contrato contém, por seu turno, os critérios de medição das obras, com especificação detalhada dos custos incorridos. A estes se incorpora o chamado BDI (Benefícios e Despesas Indiretas), que, normalmente, abrange as despesas de administração, os impostos, taxas e emolumentos, as despesas financeiras, os encargos trabalhistas e previdenciários, assim como o lucro do contratado.

46. Alegam as interessadas que no preço final estaria contida parcela referente ao custo financeiro (9%), cujo escopo seria o de proteger o valor da prestação pecuniária referente a cada período compreendido entre a

data da medição das obras e a data estipulada para o efetivo pagamento das faturas correspondentes.

47. Lembrem, ainda, que os respectivos contratos foram firmados quando então vigentes fortes medidas governamentais de intervenção no domínio econômico, notadamente as veiculadas pela Lei 8.177, de 01.03.91, e um rigoroso congelamento de preços. Anotam que esse quadro de inflação controlada teria se esfacelado ao longo de um período de três anos, gerando, assim, o direito à alteração das condições contratuais em face da quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicial.

48. Registram, mais, que, quando do advento da Lei 8.880, de 27.05.94, foi celebrado termo aditivo entre as partes contratantes para o efeito, entre outros, de se proceder à conversão dos valores contratuais a URV (Unidade Real de Valor) e ao expurgo da expectativa inflacionária contida nos preços, tal como assim o determinava a mencionada Lei.

49. Ora, ainda assim não há como prosperar o argumento das requerentes, uma vez que o BDI incidia sobre preços unitários, que eram corrigidos mensalmente e sobre os quais aplicava-se, também mês a mês, o percentual de 9% a título de custo financeiro. O BDI, abrangendo a despesa financeira e o lucro do contratado, incidia sobre os preços unitários, que eram corrigidos mensalmente. Logo, a influência da margem inflacionária sobre os preços contratuais estava assim sensivelmente neutralizada, sendo que o valor pecuniário correspondente ao custo financeiro acompanhava mensalmente a variação dos preços unitários, esperando-se que estivesse igualmente resguardado da deterioração inflacionária. Tal foi o risco assumido pelas empreiteiras no ajuste inicial dos contratos. Além do mais, não ficou demonstrado nos processos o percentual de custo financeiro que era **efetivamente** praticado pelo mercado no período de interesse para este exame.

50. O que é totalmente inaceitável, no presente caso, é a pretensão das requerentes de atrelar o custo financeiro à variação dos índices de inflação - conceitos incompatíveis entre si. Ademais, é fato inconteste, segundo se extrai da jurisprudência dominante, que a inflação não constitui a **álea extraordinária** referida pela doutrina, ensejadora da adoção da cláusula **rebus sic stantibus**.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

51. Tendo em mente o acima exposto, e diante dos elementos fáticos extraídos dos processos em comento, entendo que não se encontram presentes neste caso os pressupostos autorizadores da aplicação da Teoria da Imprevisão, tal como delineada na legislação e na jurisprudência aplicáveis à hipótese e na doutrina dominante.

52. Nesse passo, chama-me a atenção o estudo econômico já referido, elaborado por um consultor externo contratado pela SEPESPE

para avaliação do pleito das contratadas (fls. 05/48, Proc. 23.127.000.758/94-34). Esse estudo, que concluiu pela procedência do pedido, embora recomendando algumas diligências preliminares, não mereceu, segundo o que consta dos autos, uma análise interna, no âmbito da SEPESPE, com o fito de confirmar, ou não, suas premissas e conclusões.

53. Nessa fase, a Consultoria Jurídica do MEC (Parecer nº 570/94), inicialmente sensível ao pleito das contratadas, solicitou a apuração do **quantum debeatur**. Não consta, todavia, dos processos tenha sido esse **quantum** apurado, conforme, aliás, adverte a ilustre titular daquele órgão jurídico.

54. Registre-se, também, que a Secretaria de Controle Interno do MEC manifestou-se pela **irregularidade** das despesas, com base nos fundamentos contidos no Parecer nº 002/95 (fls. 75/81).

55. O ponto nodal para o desate da questão é o seguinte: o pleito das interessadas está, segundo alegam, amparado pela Teoria da Imprevisão?

56. Em face do acima exposto, não vejo como responder afirmativamente a esta indagação, porque ausentes, a meu ver, neste caso, os pressupostos de imprevisibilidade e de excepcionalidade que autorizariam a aplicação daquele instituto, bem como a prova inequívoca da presença das condições que, supostamente, teriam dado causa ao desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

57. Nada impede que tal apuração seja levada a efeito pelas autoridades competentes do MEC, à luz dos subsídios jurídicos aqui oferecidos e daqueles já aduzidos pela douta Consultoria Jurídica daquele Ministério. Para esse efeito, deveriam ser levados em consideração os argumentos expendidos no Parecer CONJUR nº 252/94 (fls. 02/14, Proc. nº 00400011042/95-43) e no Parecer nº 002/95 (fls. 75/81, Proc. 23.127.000.758/94-34), da Coordenação-Geral de Fiscalização e Controle da Secretaria de Controle Interno do MEC.

58. Em suma, o de que se ressente o pleito em análise é da presença daquela prova cabal e robusta, de que tratam a doutrina e os pretórios, garantidora da existência dos pressupostos que embasam a Teoria da Imprevisão.

CONCLUSÃO

59. Consolidando o acima exposto, concluo, em resumo, que:

a) em face da legislação vigente, bem como da doutrina e da jurisprudência predominantes, pode ser aplicada pela Administração a cláusula

rebus sic stantibus, desde que presentes os pressupostos autorizadores da sua adoção;

b) tais pressupostos são, genericamente, aqueles condensados no item 24 acima;

c) a aplicação da cláusula **rebus sic stantibus**, como visto já agasalhada em nosso direito, independeria de previsão legal ou contratual, segundo a jurisprudência e a doutrina dominantes, por um dever de justiça social, de respeito à boa-fé dos contratantes e em acatamento ao direito subjetivo constitucional das partes, sempre que constatadas as condições básicas já referidas;

d) a revisão dos contratos, por meio da aplicação da referida cláusula, deve constituir medida de exceção, cujo uso só encontra sereno respaldo legal, inclusive em face dos princípios constitucionais a que está vinculada a Administração Pública (art. 37, **caput**, C.F.), na demonstração inequívoca e indubitosa da presença dos requisitos aqui mencionados, em especial os da imprevisibilidade e extraordinariedade do evento causador do desequilíbrio da relação inicial do contrato.

60. Lembro aqui a lição de Ripert, inscrita por THEMISTOCLES B. CAVALCANTI em seu parecer já referido, no sentido de que a cláusula **rebus sic stantibus** é a própria negação do contrato naquilo que ele tem de mais intrínseco, a sua estabilidade, sua permanência e sua garantia contra o imprevisto. Daí dizer-se que somente o fato de **todo** imprevisto e extraordinário, tanto em seu evento como em suas conseqüências, é capaz de justificar a revisão do contrato.

61. Registre-se, finalmente, o sempre indispensável magistério de HELY LOPES MEIRELLES (Obra citada, pp. 231-32):

"Observamos que só se justifica a aplicação da cláusula **rebus sic stantibus** nos contratos públicos quando sobrevêm fatos imprevistos e imprevisíveis, ou, se previsíveis, incalculáveis nas suas conseqüências, e que desequilibrem totalmente a equação econômica estabelecida originariamente pelas partes. Não é, pois, a simples elevação de preços em proporção suportável, como **álea própria do contrato**, que rende ensejo ao reajuste da remuneração contratual avençada inicialmente entre o particular e a Administração; só a **álea econômica extraordinária e extracontratual** é que autoriza a revisão do contrato. (...) Realmente, só em circunstâncias excepcionais e diante de eventos que alterem profundamente a conjuntura econômica ou façam escassear materiais ou mão-de-obra, poder-se-á admitir a revisão das contratações administrativas com fundamento na teoria da imprevisão, tanto mais agora que a legislação pátria permite o **reajustamento contratual de preços**, desde que prevista essa possibilidade no texto inicial do ajuste. Não se confunda,

pois, a **revisão do contrato e de seus preços** por aplicação da teoria da imprevisão, com o **reajustamento contratual de preços** em atendimento de condição do próprio contrato." (Grifos do autor)

62. Assim, para que se admita a revisão contratual com base na Teoria da Imprevisão, deve ser cabalmente demonstrada pelo administrador público a presença dos pressupostos aqui referidos, reveladores de uma subversão das condições econômicas e financeiras originais do contrato, que tenha, efetivamente, causado prejuízos insuportáveis ao empreiteiro e abalado as próprias bases do contrato.

É o meu parecer, **sub censura**.

Brasília, 06 de dezembro de 1995.

Alfredo Ruy Barbosa

Consultor da União

ADOTO, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/RB-07/95, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor ALFREDO RUY BARBOSA.

Brasília, 08 de dezembro de 1995

Geraldo Magela da Cruz Quintão

Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/RB-07/95 (Anexo ao Parecer GQ-90/95)

Processo nº 00400.011042/95-43

(Apenso:	Processos	nºs	23.999.000.160/92-97;
23.999.000.163/92-85,	23.999.000.167/92-36,	23.127.002.400/93-19,	
23.127.001.561/93-12,	23.127.002.018/94-79,	23.127.000.758/94-34,	
23.127.001.829/94-16 e	23.127.003.685/94-79.)		

ASSUNTO: Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato. Pedido de Revisão do FAF (Fator de Ajuste Financeiro)

Despacho do Presidente da República

Advocacia Geral da União

PARECER

Nº GQ 90, de 08 de dezembro de 1995. "De acordo. Em 08.12.95." (Processo nº 00400.011042/95-43, encaminhado ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil.)