CONTRATO ADMINISTRATIVO — REVISÃO DE PREÇO — TEORIA DA IMPREVISÃO

— Os contratos administrativos, ressalvadas as suas peculiaridades, regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum.

— A teoria da imprevisão apenas cogita da álea econômica extraordinária, que, pela impossibilidade de previsão e pelo excessivo pêso de sua incidência, deve ser dividida entre os contratantes.

— O prejuízo tolerável, embora inesperado, não configura a hipótese, nem tampouco aquêle que, razoàvelmente, pudesse ser previsto.

PARECER

I

Tendo a firma Tedesco & Cia. Ltda. recorrido do ato do Sr. Ministro da Fazenda que indeferiu o seu pedido de reajustamento do preço estipulado no contrato firmado com a União Federal, para construção do edifício da Mesa de Rendas de Itaqui, no Rio Grande do Sul, determinou o Excelentíssimo Senhor Presidente da República a audiência desta Consultoria-Geral.

A recorrente obteve adjudicação da obra, mediante concorrência pública, fixando-se, no contrato assinado em 22 de março de 1954, o preço da empreitada em Cr$ 2.586.321,10 (dois milhões, quinhentos e oitenta e seis mil, trezentos e vinte e um cruzeiros e dez centavos) e pleiteou, em 18 de junho do mesmo ano, elevação do preço para Cr$ 3.677.853,50 (três milhões, seiscentos e setenta e sete mil, oitocentos e trinta e três cruzeiros e cin-

115 V. *Fôlha da Manhã*, de 25 de maio de 1956, pág. 3.

qüenta centavos), ou seja, 42% de acréscimo sôbre o valor contratual da obra.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em sucessivos pronunciamentos, manifestou-se contrária ao pedido, especialmente no fundamentado parecer do Dr. Francisco Sá Filho, ilustre e acatado Procurador-Geral (fls. 96/105).

Insiste, porém, a firma interessada, renovando o argumento de que a majoração do custo do material e da mão-de-obra, sobretudo pela revisão dos níveis de salário mínimo, autoriza o resjustamento do preço, tal como teria ocorrido em outros casos.

II

Tive oportunidade de estudar, em mais de um passo, a inserção, nos contratos administrativos, da chamada cláusula *rebus sic stantibus* (Ver: *Os contratos administrativos e a teoria da imprevisão, in Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 47, pág. 5/12; pareceres *in Revista Forense*, vol. 103, pág. 451/s. e vol. 155, pág. 97/s.).

Em princípio, os contratos administrativos, ressalvadas as suas peculiaridades, regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum (art. 766 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública). Vigoram, assim, na empreitada de obras públicas, os ditames que, segundo a lei civil, disciplinam essa modalidade de convenção.

Sendo a empreitada uma forma de contrato a preço certo, em que o empreiteiro assume o risco do custeio de mão-de-obra e dos materiais, se ao fornecimento dêstes se obrigou (Código Civil, arts. 1.238 e 1.239), as oscilações do custo real, sejam elas superiores ou inferiores à previsão, não podem afetar a obrigação pecuniária do outro contratante. Os eventuais acréscimos ou decréscimos representam o ônus ou a vantagem do negócio, constituindo matéria da economia interna do empreiteiro, sem nenhum reflexo sôbre as cláusulas do contrato.

O art. 1.246 do Código Civil consagra, expressamente, o princípio da imutabilidade do preço nos contratos de empreitada. A obrigação de pagar não se altera, no contrato de empreitada, salvo quando se acresceu, a mando do devedor, a obrigação de fazer. Não importa o valor ou o custo da obra realizada: o preço é sempre o convencionado, ou seja, o estipulado no ajuste do serviço.

A doutrina e a jurisprudência consagram, porém, em condições especiais, um certo temperamento ao princípio da imutabilidade dos pactos. À regra *pacta sunt servanda* aditou-se a cláusula implícita da permanência da situação de fato existente à época do contrato (*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*).

Tendo florescido, intensamente, nos séculos XIV e XVI, a cláusula *rebus sic stantibus* desapareceu da circulação com o domínio do individualismo jurídico, alicerçado nos postulados da autonomia da vontade e da inviolabilidade das convenções.

As flutuações econômicas, oriundas das últimas guerras mundiais, ressuscitaram a teoria, que, admitida a princípio em decisões do Conselho de Estado francês, foi consagrada na lei *Faillot*, de 21 de janeiro de 1918, e na lei belga de 11 de outubro de 1919, generalizando-se à legislação de outros países, como doutrinou Niboyet (*Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, 1937).

Assinalei, no trabalho mencionado, que tanto a jurisprudência como a doutrina nacionais conciliam o ditame legal da imutabilidade do preço nos contratos de empreitada (art. 1.246 do Código Civil) com a excepcional revisão dos contratos, cuja execução foi substancialmente perturbada por causas imprevistas e intoleráveis.

A acolhida, em nosso direito, da teoria da imprevisão é opinião corrente e predominante, Jair Lins (*Revista Forense*, vol. 40, pág. 512), Arnoldo Me-

deiros da Fonseca (*Caso fortuito e teoria da imprevisão*, 2.ª edição, 1943), Pedro Batista Martins (*O abuso do direito e o ato ilícito*, pág. 67), Noé Azevedo (*Revista Forense*, vol. 115, pág. 393), Carlos Medeiros Silva (*Revista Forense*, vol. 122, pág. 65), San Tiago Dantas (*Revista Forense*, vol. 159, pág. 6), Alfredo de Almeida Paiva (*Revista Forense*, vol. 141, pág. 29), entre outros, estudaram a adoção do princípio da revisão contratual por causas supervenientes e imprevisíveis.

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. Nesse sentido se harmonizam, em nossa literatura jurídica, vozes autorizadas como as de Temístocles Cavalcânti (*Tratado de Direito Administrativo*, vols. II, pág. 339, e VI, 396; *Pareceres do Consultor-Geral da República*, págs. 199 e 543), Oscar Saraiva (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 1, pág. 32; vol. 5, pág. 277; vol. 10, pág. 284; vol. 25, pág. 357), Lúcio Bittencourt (*Revista de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 812), Carlos Medeiros Silva (*Revista Forense*, vol. 122, pág. 65), J. Guimarães Menegale (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 23, pág. 312) e Alcino Salazar (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 31, pág. 301).

No direito comparado, não se modifica o panorama. Na França, onde a cláusula *rebus sic stantibus* renasceu com a famosa decisão do Conselho de Estado de 30 de março de 1916 (*Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux c. Ville de Bordeaux*), a teoria da imprevisão consolida os contratos administrativos, abalados pela álea extraordinária e intolerável. A ela se referem, sem discrepância apreciável, os mestres do Direito Administrativo gaulês, como Haurlou (*La jurisprudence administrative de* 1892 *a* 1929, vol. III, pág. 602), Jèze (*Principios generales del Derecho Administrativo*, vol. V, págs. 3 e segs.), Bonnard (*Précis de Droit Administratif*, 1935, pág. 566), Waline (*Traité élémentaire de Droit Administratif*, 1950, pág. 584); Duez e Debeyre (*Traité de Droit Administratif*, 1952, pág. 572) e Laubadère (*Traité élémentaire de Droit Administratif*, 1953, pág. 454).

Na Argentina, Bielsa (*Derecho Administrativo*, volume I, pág. 354), M. A. Berçaitz (*Teoria general de los contratos administrativos*, pág. 329) e, especialmente, Roberto Tello (*La Teoria de la imprevisión en los contratos de derecho público*, 1946) trataram da matéria que, na Itália, foi regulada, de modo permanente, pela legislação, segundo informa Zanobini (*Corso di Diritto Amministrativo*, vol. IV, pág. 376).

Alfredo de Almeida Paiva, em excelente monografia, estudou a matéria, em profundidade, concluindo no sentido de que "a cláusula *rebus sic stantibus* encontra no direito administrativo um vasto campo de aplicação", podendo ser admitida a revisão contratual "quando o aumento do material ou da mão-de-obra decorra de acontecimento imprevisto e imprevisível, que opere de maneira anormal e extraordinária (*Aspectos do contrato de empreitada*, 1955, pág. 72).

A análise da cláusula no direito comparado foi feita, recentemente, por Juan Terraza Martorell (*Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución*, Barcelona, 1951, pág. 87/s.).

III

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 Jèze, quanto à sobriedade da terapêutica: "*La teoría de la imprevisión es una teoria excepcional; por*

eso que es preciso aplicarla en forma restrictiva y no extensiva" (ob. cit. vol. V, pág. 44).

A álea ordinária, o encargo previsível ou suportável, cabe, por fôrça 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 sôbre o outro contratante. O fato de se verificar, no curso da execução do contrato, acréscimo no custo de mão-de-obra ou dos materiais não propicia, por si só, a revisão do preço pactuado.

A teoria da imprevisão apenas cogita da álea econômica extraordinária, que, pela impossibilidade de previsão e pelo excessivo pêso de sua incidência, deve ser dividida entre os contratantes.

Definem Duez e Debeyre, em obra recente, o âmbito do remédio de exceção: ... *la théorie de l'imprevision, pour entrer en jeu, suppose des événements économiques indépendents de la volonté des parties et qui présentent une triple caractéristique*: 1.º — *faits exceptionnels, ils sortent pour leur nature ou pour leur amplitude, de la normale*; 2.º — *faits imprévisibles*; *il n'etait pas vraisemblablement possible de les prévoir lors de la passation du contrat*; 3.º — *faits determinant un bouleversement de la situation financière du concessionnaire, telle qu'elle resulte du contrat* (*Traité de Droit Administratif*, 1952, pág. 573).

O prejuízo tolerável, embora inesperado, não configura a hipótese, nem tampouco aquêle que, razoàvelmente, 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 sôbre 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 fôr substancialmente perturbada, produzindo-se um *deficit* excedente à álea que se deva reputar aceitável;

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

c) o acontecimento imprevisto 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. pág. 34/38).

Salientando a profunda diversidade entre os fundamentos da teoria no direito privado e no direito administrativo, no qual se filia ao princípio de continuidade do serviço público, Laubadère estuda, exaustivamente, os requisitos básicos do "estado de imprevisão": a imprevisibilidade e a involuntariedade do fato gerador do prejuízo e a extrema onerosidade dêste desequilíbrio financeiro do contrato:

D'une manière générale, le bouleversement du contrat implique une pertubation profonde, anormale; une telle notion se relie à la distinction déjà signalée entre les aléas "ordinaires" et les aléas "extraordinaires" de la vie contractuelle (André de Laubadére, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1956, tomo III, pág. 108).

Não é diverso o panorama no direito comparado, como evidencia o magnífico relatório geral apresentado ao recente X Congresso Internacional de Ciências Administrativas (Madrid, 1956), a que tive a honra de comparecer como delegado brasileiro e relator nacional do tema sôbre os contratos de empreitada da Administração (*in*: Maurice-André Flamme, *Les marchés de travaux publics de l'administration*, pág. 93/s.).

A revisão dos contratos atingidos pelos efeitos da imprevisão tanto pode ser feita com intervenção do juiz, como na própria Administração (Péquignot, ob. cit., pág. 30; Laubadère, ob. cit., pág. 133). É, nesse particular, consagrada a orientação em nosso país.

IV

A solução da consulta envolve, conseqüentemente, o diagnóstico, na hipótese, dos pressupostos de fato necessários ao *estado de imprevisão*:

a) involuntàriamente do fato, em relação aos contratantes;

b) imprevisibilidade do fato;

c) excessiva onerosidade do prejuízo.

A primeira conclusão pode, no caso, se entender satisfeita, desde que a Administração não contesta que o aumento de custo da obra decorre da valorização dos materiais de construção e da elevação do salário mínimo.

Não se poderá, a meu ver, dizer o mesmo das condições subseqüentes. O contrato foi assinado em 22 de março de 1954, quando era notória a próxima alteração do salário mínimo, em adiantada elaboração, a se consumar, 39 dias mais tarde, com a promulgação do Decreto n.º 35.450, de 1.º de maio de 1954.

Temístocles Cavalcânti, considerando a periódica ascensão do salário mínimo, qualifica, em princípio, injustificável o reajustamento do preço sob êsse fundamento (verbete: *Cláusula "rebus sic stantibus" in Dicionário Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 9, pág. 45).

A prudência elementar nos negócios de construção não pode abstrair, de outra parte, o efeito da oscilação de custo dos materiais que, se acaso mais favoráveis ao empreiteiro, não reduziriam o preço do serviço.

É mister, ainda, não olvidar, no caso de obras públicas, o resguardo da eficácia da concorrência pública, porque a aceitação de refôrço posterior do preço poderia beneficiar o licitante imprudente em detrimento daqueles outros, mais cautelosos e exatos, que ofereceram, desde o início, o justo preço e foram vencidos pela oferta mais baixa que se elevaria, mais tarde, pela via revisionista (ver, no mesmo sentido, Hahnemann Guimarães, *Pareceres do Consultor-Geral da República*, vol. IV, pág. 235).

É, porém, no tocante à equação financeira do pedido que se desmerece a sua providência.

Vimos que não é suficiente a existência do prejuízo na execução da obra. Êste corresponde a uma contingência da atividade comercial, cujo ônus pertence, normalmente, ao empreiteiro. O Estado, que não é sócio de seus lucros, não há-de o ser em seus insucessos.

A revisão do preço da empreitada sòmente é admissível, como vimos, quando o prejuízo, pelo vulto, é intolerável e ruinoso.

A instabilidade dos fatôres financeiros se incorpora ao risco dos negócios e não importa, mesmo se imprevisível, condição automática ou obrigatória de reajustamento dos contratos.

O recorrente não provou, nem mesmo articulou, que o prejuízo decorrente da obrigação tenha gerado abalo financeiro profundo, não se podendo presumir êsse efeito, apenas, na elevação dos valores de salário mínimo, pràticamente coincidente, aliás, com a lavratura do contrato.

Não basta, tampouco, a informação dos engenheiros fiscais de que o orçamento da obra sofreu aumento efetivo sôbre a previsão inicial.

A regra expressa do art. 1.246 do Código Civil, pela qual o acréscimo de custo e execução corre à conta do empreiteiro, não pode ser descumprida ùnicamente porque o preço real da cons-

Cabe à firma melhor sucedida ou mais arguta em outros negócios, cobrir, com o lucro que nêles tenha auferido, o eventual prejuízo de uma de suas realizações.

O meu parecer é, assim, no sentido de que não se configuram, na espécie, os pressupostos indispensáveis à excepcional revisão dos contratos administrativos, com apoio na teoria da imprevisão.

Em conseqüência, pronuncio-me pela rejeição do recurso, mantendo-se o ato do Senhor Ministro da Fazenda, que indeferiu o pedido de reajustamento de preço.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 26 de julho de 1957. — *Caio Tácito*, Consultor-Geral da República.