O REGIME LEGAL DOS CUSTOS FINANCEIROS NO CONTRATO COST-PLUS *E A MAXIDESVALORIZAÇÃO*

ARNOLDO WALD*

1. Contrato administrativo. 2. Princípio da flexibilidade. 3. Situações aleatórias. 4. Teoria da imprevisão. 5. Equilíbrio financeiro e equilíbrio econômico. 6. Teoria da equivalência. 7. Maxidesvalorização e responsabilidade do Estado. 8. Revisão de contratos de administração contratada (cost-plus).

1. O contrato administrativo é basicamente aquele ajuste que a administração pública, direta ou indireta, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, visando a consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própria administração, manifestando-se, assim, a sua supremacia de poder.

2. Assim, três são os elementos básicos para caracterizar o contrato administrativo:

a) *um dos contratantes deve ser integrante da administração pública direta ou indireta*;

b) *a finalidade* do contrato *deve ser de interesse público*;

c) *o contrato deve estar sujeito ao regime das chamadas cláusulas exorbitantes*, as quais imprimem a "marca do direito público" ao contrato.

3. A doutrina mais recente tem, inclusive, dispensado o segundo requisito, referente à finalidade, por considerá-lo necessariamente presente em todo contrato ralizado pela administração, sob pena de desvio de finalidade e conseqüente nulidade.[1]

* Professor titular na Faculdade de Direito da Uerj.

[1] Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 7. ed. São Paulo, RT, 1979. p. 190.

4. O que, na realidade, caracteriza o contrato administrativo é a existência da *supremacia estatal, da adoção de um regime de direito público, que se manifesta nas chamadas cláusulas exorbitantes, rompendo o princípio da igualdade das partes que normalmente domina os contratos.*[2]

5. Assim, conforme Hely Lopes Meirelles:

"*Não é,* portanto, o objeto, *nem a finalidade pública, nem o interesse público* que caracterizam *o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do direito privado.* Obra, serviço, compra, alienação, locação, *e a finalidade e o interesse público* estão sempre presentes em quaisquer contratos da administração, sejam públicos ou privados, como pressupostos necessários de toda atuação administrativa, *mas sim a participação da administração derrogando normas de direito privado e agindo* publicae utilitatis causa, *sob a égide do direito público.*"[3]

6. Exemplos de cláusulas exorbitantes, referidos por Hely Lopes Meirelles, tipificadoras de contratos administrativos, são, entre outras: as que admitem a suspensão provisória ou definitiva dos trabalhos, por iniciativa de administração; as que admitem a aplicação de penalidades, pela administração, no caso de inadimplência do contratado; as que permitem a prorrogação unilateral dos prazos de execução por inadimplência da própria entidade administrativa.[4] Poderíamos acrescentar, ainda, outros exemplos de cláusulas exorbitantes: as que prevêem certas formas de fiscalização constante, por parte da administração, dos serviços executados pela contratada; as que estabelecem, para a administração, a possibilidade de baixar ordens de serviços, a serem obedecidas pela contratada na execução do contrato; as que permitem a rescisão unilateral do contrato mediante ato da administração, por sua exclusiva conveniência.

7. As *cláusulas exorbitantes* são, ainda na lição de Hely Lopes Meirelles, aquelas que excedem do direito comum para consignar uma vantagem ou poder para a administração que não seria lícito num contrato privado, uma vez que desigualaria a posição das partes na execução contratual. Tal desequilíbrio, porém, é aceitável e absolutamente válido no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, uma vez que visa estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o atendimento do interesse público. Conclui, assim, que:

[2] Jèze, Gaston. *Les contrats administratifs*. 1927. p. 14 e segs.; *Derecho administrativo*. Trad. esp. Buenos Aires, Depalma. v. 4. p. 5 e segs. Laubadère, André de. *Contrats administratifs*. Paris, 1956. v. 1. p. 85. Tácito, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1975. p. 292. Cretella Júnior, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1967. v. 3. p. 18.

[3] Meirelles, Hely Lopes. op. cit. p. 190.

[4] Meirelles, Hely Lopes. *Estudos e pareceres do direito público*. São Paulo, RT 1981. v. 3. p. 483-4.

"É, portanto, a presença dessas *cláusulas exorbitantes* no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam *la marque du droit public,* uma vez que, como observa Laubadère: 'C'est en effet la présence de telles clauses dans un contrat qui est le critère par excellence de son caractére administratif'."[5]

8. Assim sendo, é tipicamente administrativo, quando:

a) a contratante, como sociedade de economia mista, integra a administração indireta;

b) as obras contratadas são de interesse público;

c) o contrato contém *cláusulas exorbitantes,* entre as quais tipicamente enquadram-se, entre outras, as seguintes: a que prevê as ordens de serviços baixadas pela contratante; a que estabelece a necessidade de prévia aprovação, pela contratante, dos nomes dos profissionais indicados pelo contratado para a execução das tarefas acordadas; a que estabelece a possibilidade de rescisão do contrato por ato unilateral da contratada e atendendo sua exclusiva conveniência.

9. Ademais, o contrato de administração contratada é uma das espécies do gênero "contratos de obra pública". A caracterização do contrato de obra pública como contrato administrativo é absolutamente consensual na doutrina.[6] Assim, o contrato de administração contratada (*cost-plus*), firmado com entidade administrativa, atendendo a objetivos de interesse público e contendo cláusulas exorbitantes, é tipicamente um contrato administrativo, pertencente à categoria dos "contratos de obras públicas", daí decorrendo uma série de princípios aplicáveis à sua interpretação, a seguir analisados.

10. O contrato administrativo pode ser de *colaboração* ou de *atribuição.* No contrato de *colaboração,* o particular, contratado pela administração pública, obriga-se a prestar-lhe determinado serviço ou a realizar determinada obra, como ocorre nos contratos de obras, serviços ou fornecimentos. No contrato de *atribuição,* a administração confere ao particular determinadas vantagens ou direitos, como, por exemplo, o uso especial de bem público.[7] O contrato de administração contratada, conforme antes referido, como espécie de contrato de obra pública, é tipicamente um contrato de colaboração.

11. A colaboração entre a empresa privada e a administração, direta ou indireta, decorre da necessidade de ser dada ao contrato administrativo maior *flexibilidade,* que se torna necessária e indispensável para a realização da obra pública,

[5] Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* op. cit. p. 191.
[6] Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 5. ed. São Paulo, RT, 1983. p. 241; Cretella Júnior, José. op. cit. v. 3. p. 88; Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1948. v. 2. p. 375.
[7] Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro,* op. cit. p. 191.

em virtude das próprias cláusulas exorbitantes existentes no contrato e do atendimento imperativo do interesse público.

12. Dentro dos limites em que a obra administrativa pressupõe a possibilidade de *situações imprevistas,* que devem ser superadas, ou de *modificações posteriores unilateralmente impostas* por uma das partes à outra, que devem repercutir o mínimo possível no ritmo dado à obra, resolvendo-se as conseqüências das novas situações criadas em ressarcimento devido ao contratado, *impõe-se uma relação dinâmica, negociada ou concertada,* que se deve estabelecer entre as partes.

13. Ademais, o gigantismo das obras estatais e a velocidade em que devem ser realizadas para atender ao interesse público nem sempre permitem um planejamento detalhado prévio, tanto no campo técnico como financeiro, obrigando a administração e o empresário a recorrerem constantemente à criatividade para dar soluções aos problemas que surgem. Assim sendo, a viabilidade da realização de grandes obras, especialmente quando pioneiras e de tecnologia complexa, pressupõe um diálogo constante entre o contratante e o contratado, abrangendo as decisões das situações não previstas contratualmente ou daquelas que sofreram mutações de fato, não imputáveis a qualquer das partes.

14. Assim, enquanto o direito administrativo do século XIX caracterizou-se pelo seu caráter autoritário e pela possibilidade de predeterminação de todas as situações, num mundo considerado seguro e estável, a rápida evolução dos fatos tecnológicos e financeiros, as constantes modificações legais e a impossibilidade de qualquer previsão a médio ou longo prazo no plano econômico exigiram uma reformulação do direito administrativo, que os estudiosos definiram em termos muito claros, como passando a ser um "direito flexível".

15. Em artigo no qual examina os efeitos do aleatório no direito administrativo, o Prof. André Hauriou, da Faculdade de Direito de Paris, salientou oportunamente que:

"A transformação sofrida pelas ciências não mais se limita às ciências naturais. As noções de *condicionamento, aleatoriedade* e *relatividade* desenvolvidas pelos matemáticos e que, inicialmente, renovaram a física e a química, começam a transformar as ciências jurídicas e, em particular, o direito administrativo."[8]

16. Com efeito, no passado, todo o esforço dos juristas foi no sentido de evitar as *situações aleatórias* e de transformá-las sempre, mediante uma pré-

[8] Hauriou, André. Le droit administratif de l'aléatoire. In: *Mélanges offerts a Louis Trotabas*. Paris, Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970. p. 198.

via reglamentação, em *situações determinadas*. Então, os riscos criados por oscilações de mercado ou da própria variação das taxas de juros podiam ser aceitos por um dos contratantes, pois as eventuais modificações, sendo diminutas e só ocorrendo paulatinamente no decorrer do tempo, não abalavam a própria estrutura do contrato. A determinação, certeza e intangibilidade das prestações de ambas as partes puderam, por longo período, caracterizar as situações do direito administrativo numa fase de vida economicamente estável.

17. As incertezas de um momento de mudanças econômicas cada vez mais rápidas, porém, fizeram com que o direito administrativo não mais pudesse deixar de reconhecer a crescente importância do aleatório, atribuindo-lhe efeitos específicos para, conforme o caso, rever o contrato ou rescindi-lo, diante de dificuldades novas e imprevistas para a sua execução. Como a rescisão sempre tem efeitos negativos, importando em prejuízo para ambas as partes, foi introduzida nos contratos de direito administrativo uma nova variante que é a chamada *flexibilidade* (*souplesse* do direito francês) significando uma *interpretação construtiva e negociada do pactuado* para preencher os eventuais espaços vazios e superar as dificuldades geradas por normas que não previram os fatos da maneira pela qual aconteceram. Não foi só no campo legal, mas também na área contratual que ocorreu a famosa "revolução dos fatos contra o direito" à qual aludia um jurista francês.[9]

18. Invocando seja a teoria da imprevisão, seja os princípios da boa fé e da lealdade, que devem inspirar os contratos, a doutrina e a jurisprudência reconheceram a necessidade de permitir a *revisão dos contratos administrativos*, de tal modo que os seus objetivos pudessem ser realizados, mediante o atendimento dos reflexos das novas situações criadas, conceituadas nas várias legislações como *interferências imprevistas* (*sujétion imprévues* ou *changed conditions*), que ocorrem na vida dinâmica da operação.[10]

19. Enquanto no direito privado as eventuais modificações surgidas podem levar à rescisão do contrato, ou à sua paralisação com base na *exceptio non adimpleti* (art. 1.092 do Código Civil), *no campo do direito administrativo, o princípio da continuidade das obras públicas leva sempre à manutenção do contrato, com a necessária recomposição de preços e a eventual dilação de prazos.*

20. Entramos, assim, num campo que o direito francês caracterizou como sendo, na feliz expressão de Bloch-Lainé, o da *economia concertada*, na qual, para realizar os seus planos, o Estado e a administração se vêm obrigados a

[9] Morin, Gaston. *La révolte du droit contre le code*. Paris, Sirey, 1945.
[10] Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 8. ed. p. 224.

cumprir as suas obrigações de acordo com os princípios da negociação, da boa fé, do respeito aos compromissos recíprocos das partes.[11]

21. A recente doutrina reconhece que existe, nos contratos, uma *obrigação de cooperação,* mais densa no seu conteúdo do que as de boa fé e de lealdade, pois estas importam em omissão, enquanto aquela impõe um *comportamento.* Como bem salienta o Prof. Gérard Farjat, da Universidade de Nice, trata-se de uma idéia moderna, que a doutrina invoca cada vez mais freqüentemente e de acordo com a qual, "*o contrato não se fundamenta necessariamente em relações antagônicas entre as partes, mas pode ter a sua base numa relação de cooperação*". Essa obrigação não se limita a ocorrer no contrato de sociedade, dominado pela *affectio societatis* ou pelo *jusfraternitatis,* e no mandato dado no interesse comum das partes, mas vai ainda mais longe e se encontra em casos de colaboração contratual, como seriam os referentes à subempreitada e à concessão exclusiva de venda.[12]

22. Algumas vezes o contrato que, por sua natureza, poderia não ser considerado associativo passa a sê-lo em virtude da sua própria duração. Assim, nos *contratos de trato sucessivo, a cooperação se impõe para superar as eventuais dificuldades de execução encontradas pelas partes.* Neste sentido, se manifesta o Prof. Jean Carbonnier quando escreve:

"Se se considera que há — ou, no mínimo, que deveria haver — um *espírito de associação* entre as duas partes no contrato sucessivo, não é absurdo sustentar que ambas devem *cooperar* para superar a crise surgida na execução do contrato. É esta fórmula de *colaboração* que parece explicar o sistema seguido pelo direito administrativo. Ela implica as seguintes conseqüências práticas particulares:

1) *não deve ocorrer imediatamente a revisão autoritária do juiz,* devendo-se convidar previamente as partes para que cheguem a um acordo amigável;

2) na falta de uma solução negociada, o juiz deve encontrar uma solução eqüitativa."[13]

23. Ademais, não há qualquer contradição entre o espírito de colaboração que deve presidir o contrato administrativo e a existência das cláusulas exorbitantes, antes analisadas, que o particularizam e distinguem dos contratos privados. Conforme observou Marcelo Caetano, "não há contradição, senão apa-

[11] Pencerrou, Roger. Préface. In: Fleuriet, Michel. *Les techniques de l'économie concertée.* Paris, Sirey, 1974. p. VII.
[12] Farjat, Gérard. *Droit privé de l'économie;* théorie des obligations. Paris, Presses Universitaires de France, 1975. p. 274-6.
[13] Carbonnier, Jean. *Théorie des obligations.* Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 262.

rente, entre a idéia de associação ou colaboração e a de sujeição, visto que (...) também o contraente público se encontra submetido ao interesse público, entre as duas partes sem essa comum sujeição".[14]

24. No contrato administrativo, então, as partes estão participando de um verdadeiro contrato associativo, que se caracteriza pela *flexibilidade*, pela *organização comum do trabalho* e pela possibilidade de, frente a situações econômicas adversas ou imprevisíveis, admitir, necessariamente, soluções negociadas ou renegociadas em relação aos problemas que surgem na execução do acordo inicialmente feito.

25. A flexibilidade do moderno direito administrativo, particularmente nos aspectos referentes às relações mantidas pelo Estado com os particulares com vistas à execução de obras públicas, é um dos traços essenciais do que a doutrina vem denominando "direito administrativo econômico". Assim, conforme observou André de Laubadère:

"On considère très généralement que le droit administratif économique est principalement caractérisé par une souplesse que l'on ne recontre pas, du moins à ce degré, dans les autres parties du droit administratif. On ajoute du reste généralement que ce trait se retrouve dans toutes les branches du droit économique: en raison des caractéristiques de son milieu propre, en particulier de la matiére à laquelle il s'adresse, le droit économique aspire à se mouvoir dans le cadre de notions, de règles, de théories moins rigides, moins catégoriques, moins fixes que les autres droits."[15]

26. Dadas as duas feições fundamentais modernamente verificadas no contrato administrativo de colaboração — o seu caráter *associativo* e a sua *flexibilidade* — deve ele, necessariamente, conforme reconhecido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, atender ao princípio da manutenção do equilíbrio econômico e financeiro. Isto porque, alterando-se a equação financeira, cabe, necessariamente, a revisão do contrato administrativo, com vistas a manter o equilíbrio originalmente pactuado.

27. No contrato administrativo, particularmente naquele caracterizado como associativo, existe por definição uma colaboração *livre* e *remunerada* do particular com a administração. Tal colaboração, evidentemente, pressupõe o *equilíbrio* entre as prestações das partes, de tal sorte que o particular prestará ser-

[14] Caetano, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra, Almedina, 1980. t. 1. p. 589.
[15] Laubadère, André de. *Droit publique économique*. 10 ed. Paris, Dalloz, 1976. p. 109.

viços mediante as vantagens que lhe estão contratualmente asseguradas. Assim, conforme observou Marcelo Caetano:

"O contrato assenta, pois, uma determinada equação financeira (os encargos assumidos por um dos contraentes equivalem às vantagens prometidas pelo outro), e as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do *equilíbrio* estabelecido no ato da estipulação."[16]

28. Assim, em todo contrato administrativo existe, implícito ou explícito, um direito subjetivo do contratado, correlato ao dever jurídico da administração, ao equilíbrio econômico e financeiro. Quando ocorre uma ruptura do equilíbrio inicial, em detrimento do particular, este tem o direito ao restabelecimento desse equilíbrio, mediante o pagamento, pela administração, de complemento ou reajuste de preço. Conforme destaca a doutrina, a regra é aplicável mesmo quando não consta expressamente do contrato, uma vez que constitui verdadeira *conditio juris* implícita em todo contrato administrativo.[17]

29. No direito positivo brasileiro, o respeito à equação financeira decorre de mandamento constitucional. Com efeito, o art. 167 da Constituição Federal (Emenda Constitucional n.º 1), repetindo o art. 160 da Constituição de 1967, ainda que se referindo especificamente às concessões, abrange, na realidade, todos os contratos administrativos. Assim, o art. 167 da Constituição vigente assegura a quem contrata com a administração "tarifas (...) que assegurem o *equilíbrio econômico e financeiro do contrato*".

30. Com efeito, trata-se de inovação construtiva com relação aos textos constitucionais promulgados até 1946, nos quais prevalecia uma desconfiança em relação ao concessionário, procurando-se, naquelas disposições, evitar que a remuneração do capital fosse excessiva, conforme assinalou Manoel Gonçalves Ferreira Filho.[18] Atualmente, o mandamento constitucional é no sentido de assegurar ao particular, que contrata com a administração pública, uma remuneração adequada, utilizando a Constituição as expressões *equilíbrio econômico* e *equilíbrio financeiro.*

31. Assim, o dever ético de garantir a equação econômica é também um *dever jurídico* da administração, como corolário específico do princípio constitucional, que não admite o sacrifício dos interesses particulares em proveito do interesse público, sem o justo ressarcimento, vedando-se a desapropriação

[16] Caetano, Marcelo. op. cit. p. 613.
[17] Laubadère, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 4. ed. Paris, 1967, p. 319.
[18] Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira.* São Paulo, Saraiva, 1977. v. 3. p. 175.

não só de bens imóveis, mas de quaisquer direitos ou créditos sem a prévia e justa indenização paga em dinheiro (art. 153, § 22, da Constituição Federal).

32. É possível a distinção entre o equilíbrio financeiro e o equilíbrio econômico do contrato. Assim, o equilíbrio financeiro é a garantia do cumprimento do *cash flow* (entrada *firme* de fundos financeiros), inicialmente previsto, a fim de evitar que o particular seja obrigado a financiar a administração, *quando não há convenção prévia neste sentido.* A norma constitucional significa que o particular deve receber *pari passu* os valores de que necessita para manter o equilíbrio entre as suas receitas (entradas) e as despesas necessárias para permitir a realização de obras (saídas). Há, pois, nos contratos administrativos, uma obrigação de origem constitucional de realizar os pagamentos no momento adequado e com os reajustamentos decorrentes da inflação, atendendo às variações do custo do dinheiro no mercado, a fim de ser garantido o equilíbrio financeiro, que se impõe nas épocas de depreciação acelerada da moeda.

33. A equação financeira passou, pois, a significar a obrigação de pagar na forma contratual inicialmente fixada, sob pena de ressarcimento do *quantum* do principal acrescido dos custos financeiros para garantia da manutenção do *status quo* contratual. Não o respeitando, a administração desapropria o direito ao uso do dinheiro e só pode fazê-lo indenizando-o adequadamente. Assim, o pagamento dos custos financeiros representa, no caso, uma conseqüência necessária da intangibilidade da remuneração do contratado, que não pode ser onerado de forma não prevista nas cláusulas contratuais, devendo a administração arcar com os encargos financeiros reais do empreiteiro ou consultor.

34. 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 do empreiteiro) importa também em infração à garantia constitucional do direito de propriedade* (art. 153, § 22, da Emenda Constitucional n.º 1).[19]

35. Já a *equação econômica* é a garantia da rentabilidade do contrato em seu aspecto global, assegurando ao particular que contrata com a administração um *direito adquirido ao lucro previsto na equação financeira inicialmente pactuada.* Assim, o dispositivo constitucional visa basicamente garantir a "intangibilidade da remuneração do contratado", com a finalidade de não permitir que eventuais modificações no contrato, determinadas pelo contratante, ou mesmo medidas de política econômica mais gerais, notoriamente imprevistas, possam pre-

[19] Tácito, Caio. op. cit. p. 246.

judicar a posição do particular. Com efeito, este último tem direito, conforme ressalta a doutrina, à "imutabilidade da equação econômica do contrato".[20] Tal direito decorre, em última instância, da própria natureza do contrato administrativo, no qual, diferentemente do que ocorre com os ajustes de direito privado, uma das partes — a administração — pode modificar unilateralmente as obrigações inicialmente acordadas, indenizando a outra pelas conseqüências dessa modificação.

36. A necessidade de ser mantido o equilíbrio econômico resulta do fato de que o particular, ao contratar com a administração, ainda que colaborando para a consecução de objetivos de interesse público, visa fundamentalmente a maximização de seus lucros. Assim, conforme ressalta Marcelo Caetano, o particular, ao colocar a serviço do interesse público o seu interesse privado, está disposto a correr o risco normal da empresa, sem que lhe possa ser pedido um sacrifício desinteressado e excepcional. Daí, resulta que:

"Se o contrato tiver de ser executado em conjuntura econômica que subverta o equilíbrio financeiro estabelecido e não tivesse podido ser prevista no momento da celebração, *a administração deve partilhar dos prejuízos verificados ou rever o contrato.*"[21]

37. A jurisprudência dos tribunais e da própria administração e até os pareceres da Consultoria-Geral da República consagraram, há cerca de 50 anos, a *teoria da imprevisão,* considerando que ela foi adotada pelo nosso direito, constituindo um *verdadeiro princípio geral,* que deve ser aplicado pelas autoridades, tanto judiciárias como administrativas, e por todos os contratantes (art. 4.º da Lei de Introdução).

38. Desde 1930, juízes de primeira instância do antigo Distrito Federal, como Nelson Hungria, Emanuel Sodré e Cândido Lobo abriram o caminho para a teoria da imprevisão, que passou a ser adotada pelos Tribunais de Justiça dos vários estados e, finalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, que confirmou, já em 1934, decisão que admitira a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus,* ou seja, da teoria da imprevisão. Posteriormente, numerosas decisões do excelso Pretório consideraram que o nosso direito admitia a revisão dos contratos em casos excepcionais.[22] Mais recentemente, ocorreram novos pronunciamentos da Suprema Corte, que consagraram a teoria da imprevisão, mas afastaram a sua

[20] Dromi, José Roberto. *Contratos administrativos*; regimenes de pago e actualización. Buenos Aires, Associação Argentina de Direito Administrativo, 1977. p. 118.
[21] Caetano, Marcelo. op. cit. p. 630.
[22] Medeiros da Fonseca, Arnoldo. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958. p. 320; Azevedo, Filadelfo. *Um triênio de judicatura*. São Paulo, Max Limonad. v. 3. p. 622.

aplicação em casos nos quais a inflação tinha sido prevista pelas partes e houvera pagamento prévio e antecipado do débito.[23]

39. Podemos afirmar que tivemos uma evolução dialética na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, inicialmente, aceitou, de modo amplo, a teoria da imprevisão para, depois, afastar a sua aplicação quando as partes tinham previsto a inflação. Após a tese e a antítese, estamos, agora, na fase da *síntese,* na qual o mais alto Tribunal do país aplica a teoria da imprevisão, mesmo quando prevista a inflação e até criado pelas partes um mecanismo de proteção contra a sua incidência, desde que a inflação tenha atingido um nível imprevisível e as cláusulas de salvaguarda não tenham funcionado adequadamente. Atendeu-se, assim, à variação quantitativa da perda do poder aquisitivo da moeda que abala o contrato quando alcança os seus níveis atuais. Assim, a imprevisão pode decorrer não da inflação propriamente dita, mas da intensidade com a qual o poder aquisitivo da moeda é afetado, ou seja, do nível quantitativo de aumento do custo de vida.

40. Atenta a essa situação, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, consagrou a tese de acordo com a qual cabe a aplicação da teoria da imprevisão quando "ocorre aumento imprevisível de surto inflacionário, depois de celebrado o contrato e no prazo de execução da obra".

41. Este entendimento consta do julgamento do RE n.º 85.714-1, decidido pela egrégia Primeira Turma, em 19 de junho de 1979, pelo qual o excelso Pretório confirmou decisão do Tribunal de Justiça do antigo estado da Guanabara, de 30 de abril de 1974, proferida na Apelação Cível n.º 86.174, da qual foi relator o eminente Desembargador Luiz Antonio de Andrade e cuja ementa era a seguinte:

"Ação fundada na teoria da imprevisão. Contrato de empreitada. Aumento imprevisível do surto inflacionário pouco depois da celebração do contrato; alteração deste por circunstâncias supervenientes. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal."

42. A decisão da Câmara mereceu ser confirmada, em grau de embargos, pelo Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, que decidiu nos seguintes termos:

"Cláusula *rebus sic stantibus.* Teoria da imprevisão. Modificadas as condições vigentes ao tempo do contrato de empreitada, de forma a provocar prejuízo para o empreiteiro, é lícito invocar a cláusula implícita *rebus sic stantibus.*

[23] *Revista Trimestral de Jurisprudência, 44*:241 e *68*:95.

Em tempos inflacionários, é possível invocar a cláusula rebus sic stantibus *se a inflação, em lento desenvolvimento, assume subitamente proporções de crise, com efeitos calamitosos, inclusive prejuízos para o construtor e este, ainda assim, alienando bens e fazendo empréstimos, cumpre a obrigação assumida.*"

43. Verifica-se, pois, que se firmou o entendimento manso e pacífico nos tribunais, de acordo com o qual a *inflação de ritmo inesperado e imprevisível,* sendo para as partes um fato inesperado, imprevisível e inevitável e, conseqüentemente, fora do seu controle, *justifica a revisão do contrato e a modificação do critério de correção.*

44. A tese da revisão dos contratos mereceu acolhida no direito brasileiro, passando a ter amplo respaldo constitucional e a também ser consagrada pela melhor doutrina.

45. O Ministro Bilac Pinto reconhece a influência francesa preponderante no direito brasileiro e considera o equilíbrio econômico das concessões *princípio constitucional* e da lei ordinária, que inspira a jurisprudência administrativa e judicial e encontra refúgio na opinião dos doutos.[24]

46. Ao invocar a lição do direito comparado, Bilac Pinto destaca o fundamento constitucional que tem, em nosso país, como nos EUA, o *equilíbrio do contrato administrativo.* Citando a decisão proferida pelo notável *Justice* Brandeis no acórdão do caso Southwestern Bell Tel Co., lembra o parecerista que a Suprema Corte norte-americana entendeu que:

"A coisa destinada por alguém (*investor*) para o uso público não é uma propriedade específica, tangível e intangível, porém, capital aplicado, na empresa. Sobre o capital assim aplicado, a Constituição Federal garante para a empresa a oportunidade para obter uma razoável retribuição (...) Aquele (*investor*) que aplicou o capital da empresa, com o fazer, conveio que os encargos para o público seriam razoáveis. Sua empresa substitui o Estado na prestação de um serviço público; constitui-se assim um criado, um servidor do público." (The thing devoted by the investor to the public use is not specific property, tangible and intangible, but capital embarked in the enterprise. Upon the capital so invested the Federal Constitution guarantees to the utility the opportunity to carn a fair return (...) The investor agrees, by embarking capital in a utility, that charges to the public shall be reasonable. His company is the substitute for the State in the performance of the public service; thus becoming public servant.")[25]

[24] Bilac Pinto. Parecer. *Revista Forense, 130*:57.
[25] Bilac Pinto. *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro, Forense, 1953. p. 28.

47. Também o Ministro Francisco Campos reconhece que a equação entre os encargos e a remuneração constitui a causa, no sentido jurídico, do contrato da administração e conclui que:

"Se, portanto, vem a incidir sobre a relação entre os termos da equação financeira um fator que a faça variar em detrimento do concessionário (ou, acrescentaríamos, do empreiteiro), nasce para o concedente (para o dono da obra) a obrigação de *restaurar a relação primitiva ou o equilíbrio na economia da concessão* (ou seja, do contrato)."[26]

48. Em outro estudo, conclui Francisco Campos que o art. 1.246 do Código Civil não impede a aplicação da teoria da imprevisão, pois:

"O risco assumido pelo empreiteiro no contrato da empreitada é o risco normal e próprio do contrato e *não o risco criado, contra a vontade e a intenção das partes, por acontecimento extraordinário e inevitável, que elas não poderiam prever e que se estivesse na sua previsão teria impedido a formação do contrato. É o caso típico da imprevisão.*"[27]

49. Por sua vez, Meirelles Teixeira[28] esclarece que existe um direito do contratante particular "em ter assegurado a realização da equação financeira do contrato, isto é, em obter o lucro que lhe foi prometido".

50. Caio Tácito faz a adequada distinção entre a *álea administrativa,* que assegura ao poder público a mutabilidade unilateral do contrato, e a *álea econômica,* que, quando imprevista e extraordinária, enseja a revisão do contrato. Assim, escreve que:

"*A teoria de imprevisão, revivescida — como vimos — pela jurisprudência francesa, como paliativo às crises dos contratos de concessão, no período pós-bélico, encontrou foros de cidadania no direito administrativo brasileiro.*

A par da intensa elaboração científica que, no campo do direito privado, propagou, entre nós, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus,* divulgou-se, na doutrina e jurisprudência nacionais, a acolhida da teoria da imprevisão, como forma de revisão dos contratos administrativos.

[26] Campos, Francisco. *Direito constitucional* Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956. v. 1. p. 113.
[27] Campos, Francisco. *Direito civil*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956. p. 10.
[28] Meirelles Teixeira. Parecer. *Revista de Direito Administrativo, 50*:420.

Tive oportunidade, em estudos anteriores, de contribuir, com modesta quota, para esse entendimento, que melhor se exprime na continuidade de julgados, decisões, pareceres e opiniões coincidentes com aquele resultado.

É certo que, em sua maioria, tais manifestações referem a contratos de empreitadas de obras públicas, ou de fornecimentos; em que os preços são reajustados, desde que se configure o estado de imprevisão, a saber, quando a álea econômica for anormal, imprevisível e intolerável, excedendo aos riscos normalmente assumidos pelo contratante."[29]

51. Hely Lopes Meirelles também entende que o nosso direito consagra o equilíbrio financeiro do contrato, quaisquer que venham a ser as modificações sofridas pelas partes:

"*O equilíbrio financeiro* ou *equilíbrio econômico* do contrato administrativo, também denominado *equação econômica* ou *equação financeira,* é a relação que as partes estabelecem inicialmente no ajuste, entre os encargos do contratante e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. Em última análise, é a correlação entre o objeto do contrato e a sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. *Essa correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato.*"[30]

52. O mecanismo adequado para garantir o equilíbrio econômico e financeiro é a revisão do contrato, visando a *recomposição dos preços.* Conforme Hely Lopes Meirelles, tal recomposição não é mais, hoje, uma simples faculdade da administração, *mas uma verdadeira obrigação legal*:

"*É obrigatória a revisão do contrato quando as alterações do projeto ou do cronograma de sua execução, impostas pela administração, aumentam os custos ou agravam os encargos do particular contratante, ou quando atos gerais do governo, ou dificuldades materiais específicas passam a onerar extraordinariamente o cumprimento do contrato, desequilibrando a equação financeira estabelecida inicialmente entre as partes.* Em tais casos, *impõe-se a recomposição dos preços para cobertura dos novos encargos* e restabelecimento do equilíbrio econômico do ajuste originário.

A *recomposição* de preços por fatos supervenientes, que antes só se fazia por via judicial, é *modernamente admitida por aditamento ao contrato, desde*

[29] Tácito, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*. Tese de concurso. 1960. p. 87-8; *Direito administrativo*. cit. p. 237, 296 e segs. (grifo nosso).
[30] Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. op. cit. p. 280 (grifo nosso).

que a administração reconheça e indique a justa causa ensejadora da revisão do ajuste inicial."[31]

53. A teoria da equação econômica e financeira no direito administrativo e a da imprevisão em todos os ramos do direito têm sido consagradas pela doutrina de modo manso e pacífico, como se verifica pelos pronunciamentos dos Profs. Arnoldo Medeiros da Fonseca,[32] San Tiago Dantas,[33] Jair Lins,[34] Themístocles Brandão Cavalcanti,[35] Pedro Baptista Martins,[36] Noé Azevedo,[37] C. A. Lúcio Bittencourt,[38] Paulo Carneiro Maia,[39] Abdar de Oliveira Soriano[40] e J. M. Othon Sidou.[41] No mesmo sentido, também se manifestaram o ilustre jurista Saboia de Medeiros,[42] Arthur Rocha,[43] Mattos de Vasconcelos,[44] o Ministro Oscar Saraiva,[45] Guimarães Menegale,[46] Alcino Salazar,[47] Alfredo de Almeida Paiva,[48] e Clóvis Paulo da Rocha.[49] Há mais de 25 anos que defendemos a aplicação da teoria da imprevisão no direito brasileiro, como se pode verificar pelos nossos estudos sobre a matéria.[50]

54. Na análise do equilíbrio econômico e financeiro do contrato administrativo, que resulta, conforme analisado, do seu caráter necessariamente dinâmico e flexível, é fundamental sempre o exame das condições econômicas concretas que lhe são subjacentes. Assim, deve-se verificar se houve, no período entre a assinatura do contrato e o momento em que se cogita de sua revisão, mudan-

[31] Id. ibid. p. 281.
[32] Medeiros da Fonseca, Arnoldo. op. cit. p. 643 e segs.
[33] San Tiago Dantas. *Revista Forense, 139*:6; *Problemas do direito positivo*. Rio de Janeiro, Forense, 1953. p. 24 e segs.
[34] Lins, Jair. *Revista Forense, 40*:512.
[35] Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Revista de Direito Administrativo, 1*:295.
[36] Martins, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. n.° 67.
[37] Azevedo, Noé. *Revista Forense, 122*:65.
[38] Bittencourt, C. A. Lúcio. *Revista de Direito Administrativo, 2*(2):812.
[39] Maia, Paulo Carneiro. *Da cláusula* rebus sic stantibus. São Paulo, Saraiva, 1959. p. 263.
[40] Soriano, Abdar de Oliveira. *Da cláusula* rebus sic stantibus. Tese de concurso. Recife, 1940.
[41] Sidou, J. M. Othon. *A cláusula* rebus sic stantibus *no direito brasileiro*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1962. p. 21 e segs.
[42] No juízo arbitral entre o estado de Minas Gerais, a prefeitura de Belo Horizonte e a Cia. Força e Luz de Minas Gerais (1932, p. 65-8).
[43] Rocha, Arthur. *Da intervenção do Estado nos contratos concluídos*. Rio de Janeiro, Pongetti, 1932. p. 150-1.
[44] Mattos de Vasconcelos. *Revista de Direito Administrativo, 2*:153.
[45] Saraiva, Oscar. *Revista de Direito Administrativo, 1*:323; *5*:277; *10*:284; *25*:257.
[46] Guimarães Menegale. *Revista de Direito Administrativo, 27*:312.
[47] Salazar, Alcino. *Revista de Direito Administrativo, 31*:301.
[48] Paiva, Alfredo de Almeida. *Aspectos dos contratos de empreitada*. Rio de Janeiro, Forense, 1955. p. 68.
[49] Rocha, Clóvis Paulo da. *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito, 17*:143, 1959.
[50] Wald, Arnoldo. *A cláusula de escala móvel*. 1956. p. 133; Teoria da imprevisão. *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito, 17*:151, 1959; *Obrigações e contratos*. 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979. p. 135 e segs.

ças essenciais no quadro econômico do país, capazes de afetar o equilíbrio econômico e financeiro originalmente pactuado.

55. Dada a presença fundamental do Estado moderno na economia, tais mudanças essenciais tendem, cada vez mais, a decorrer de atos de intervenção estatal do domínio econômico. O Estado moderno intervém nas atividades econômicas privadas em três modalidades principais:

a) como *agente financeiro,* através de seus bancos oficiais, de desenvolvimento e de habitação, captando recursos e aplicando-os, ou dirigindo sua aplicação a setores considerados mais carentes ou essenciais ao processo de desenvolvimento econômico;

b) como *empresário,* através de sociedade de economia mista ou empresas públicas, mediante a exploração direta de determinada atividade econômica;

c) como *agente regulador,* através da administração direta ou de autarquias, principalmente, disciplinando e fiscalizando determinadas atividades econômicas privadas, assim como regulando preços, controlando a moeda e a política cambial, esta última no caso dos países que não adotam o sistema da conversão cambial livre. Os controles da *moeda,* do *crédito,* e do *câmbio* constituem atividades fundamentais do Estado enquanto agente regulador, repercutindo diretamente na economia dos negócios privados.

56. Ao atuar como *agente regulador,* o Estado está agindo revestido de seus poderes de soberania. É precisamente do fato de tal atuação poder repercutir decisivamente nos contratos privados entre entidades públicas e particulares que a doutrina do direito administrativo desenvolveu a teoria do *fato do príncipe,* pela qual responsabiliza-se o Estado pelas medidas adotadas, enquanto agente regulador, que possam causar prejuízos aos particulares, dada a sua imprevisibilidade.

57. Assim, considera-se que o "fato do príncipe" é toda e qualquer *determinação estatal, geral, imprevista e imprevisível,* que onera substancialmente a execução do contrato administrativo. Conforme Hely Lopes Meirelles, o que caracteriza o "fato do príncipe" é a *generalidade* e a *coercitividade* da medida prejudicial ao contrato, além de sua surpresa e imprevisibilidade, causando prejuízo efetivo para o contratado. Assim, o "fato do príncipe" pode exteriorizar-se em lei, regulamento ou qualquer outro *ato geral de Estado,* mas que atinja a execução do contrato.[51]

[51] Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. op. cit. p. 221-2.

58. Quando o "fato do príncipe" afeta substancialmente o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, surge para o Estado o dever de indenizar. Trata-se de *responsabilidade objetiva*, cujo estabelecimento independe, então, da apreciação da existência ou não de intenção, por parte do Estado, de causar prejuízo a determinados particulares contratados.

59. Conforme ressalta Marcelo Caetano, assim, a responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados ao particular contratado não é de natureza subjetiva:

"O contraente público não responde por ter culpa: mas sim por ser ele quem representa os beneficiários dos encargos impostos ao patrimônio de um só ou de alguns. Não seria justo, nem legal, lançar sobre a economia de uma única empresa o peso correspondente a benefícios em proveito de todos, apenas pelo fato de ela se ter prestado a colaborar com a administração."[52]

60. A respeito da responsabilidade do Estado, André de Laubadère esclarece que:

"La conséquence juridique essentielle du fait du prince est d'obliger la collectivité contractante à *réparer intégralement au moyen d'une indemnité compensatrice* le prejudice causé a son cocontractant.

(...)

C'est ce principe (de l'équilibre financier) qui est généralement présenté comme justifiant *l'indemnisation pour fait du prince*: lorsque l'équilibre du contrat est rompu par le *fait de l'administration*, il est normal que celle-ci soit tenue de retablir cet équilibre; *le fait du prince est même généralement consideré comme l'hypothese type dans laquelle joue cette notion de l'équilibre contractuel et de son rétablissement.*"[53]

61. Fundamentando-se a teoria do "fato do príncipe" na noção de que a administração não pode causar prejuízos aos administrados e, muito menos, aos seus contratados, quando este fato ocorre surge, para o Estado, o dever de indenizar. Conforme Hely Lopes Meirelles ensina:

"Essa indenização resulta de uma responsabilidade objetiva da administração — responsabilidade sem culpa — de natureza extracontratual, com base na repartição dos encargos públicos, pois seria incivil que apenas um ou alguns

[52] Caetano, Marcelo. op. cit. p. 622.
[53] Laubadère, André de. *Contrats administratifs*. op. cit. v. 3. n.os 942 e 943. p. 62-3.

cidadãos suportassem dano em seu patrimônio, resultante de medida adotada em benefício da coletividade."[54]

62. *A maxidesvalorização do cruzeiro, adotada em fevereiro de 1983, importou tipicamente em "fato do príncipe".* Com efeito, trata-se, inicialmente, de medida adotada pelo Estado, dentro de seu poder de soberania, na gestão da política cambial, exercendo tipicamente seu papel de agente regulador do câmbio.

63. Medida de caráter *geral e coercitivo,* dado o fato evidente de adotarmos, entre nós, o regime do câmbio fixado pelo Estado, teve inegavelmente um caráter de *surpresa* e de *imprevisibilidade.* Na época, inclusive, conforme é de conhecimento notório, as autoridades alegaram o necessário sigilo que deveria preceder a notícia, visando impedir que eventuais *insiders* pudessem obter lucros indevidos na especulação com moedas estrangeiras mais fortes. E, durante longo tempo, as mais altas autoridades negaram a possibilidade de ocorrência da maxidesvalorização, conforme se verifica por notas da imprensa da época.

64. Em estudo que fez sobre a evolução dos juros no mercado, o Prof. Julian Chacel, da Fundação Getulio Vargas, teve o ensejo de esclarecer a distinção conceitual que deve ser feita, em termos puramente econômicos, entre o *risco* — que é presumidamente previsível pelas partes contratantes — e a *incerteza* — que abrange situações totalmente aleatórias e imprevisíveis. Invocando a lição de Frank H. Knight, na sua obra clássica *Uncertainty, risk and profit,* conclui o ilustre economista brasileiro que, normalmente, cabe ao empresário, nos contratos bilaterais, aceitar os *riscos,* mas não deve arcar com as situações decorrentes da *incerteza* por não ter sido quantitativamente mensurável.

65. Aplicando a tese aos juros cobrados nos anos de 1980 e 1981, concluiu o Prof. Chacel que, naquele período, os custos financeiros quase dobraram em virtude de mudança política governamental decorrente do abandono da tese da prefixação da correção monetária e cambial pelas autoridades competentes. Do mesmo modo, entre 1982 e 1983, partimos de um perfeito paralelismo entre correção monetária e correção cambial, com uma garantia implícita governamental da manutenção dessa situação até que, por ato do príncipe, a maxidesvalorização foi imposta, infringindo todas as afirmações e promessas governamentais anteriores.

66. O aumento de cerca de 40% da taxa cambial, rompendo a regra da aceleração gradual das minidesvalorizações de cerca de 1% ao mês por cima da inflação, teve, evidentemente, para aqueles que não são *insiders,* os "con-

[54] Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo.* op. cit. p. 221.

tornos de uma aparente repentinidade" dando a impressão ao público de "uma ação intempestiva".[55]

67. Essa variação da correção cambial, além de imprevista, afeta, de modo substancial, a economia do contrato, especialmente quando se trata de administração contratada ou *cost-plus,* no qual a remuneração do consultor é uma percentagem reduzida sobre o faturamento, que não comporta a absorção de tal variação cambial, decorrente de ato do governo.

68. A maxidesvalorização já foi caracterizada como "fato do príncipe" pelo Prof. Orlando Gomes, que a considerou risco empresarial na operação bancária em moeda estrangeira.[56] Se este risco é inerente à função do banqueiro que se envolve em operações internacionais, o mesmo já não se pode dizer em relação a quem contrata uma operação *cost-plus,* que, como indicado pelo próprio nome, pressupõe o repasse de todos os custos (*cost*) ao cliente e o recebimento, pelo consultor, da sua percentagem que é o *plus.*

69. Embora os nossos tribunais não tenham tido a ocasião de examinar os efeitos jurídicos da maxidesvalorização, a legislação, a jurisprudência e a doutrina de outros países, que no passado a sofreram, tão ou mais intensamente do que o nosso, se firmaram no sentido de equipará-la à forma maior, com base nas teorias da equivalência e da excessiva onerosidade. De fato, independentemente da teoria da imprevisão, os tribunais alemães adotaram a da equivalência defendida por Paul Oertmann na sua monografia *Die Aufwertungsfrage bei Geldforderungten, Hypoteken und Anleihen,* publicada em 1924, determinando que os créditos deveriam manter o seu valor, ou seja, o seu poder aquisitivo, independentemente das variações cambiais ou outras que pudessem ocorrer, enquanto, tempos depois, o Código Civil italiano e outras legislações consagravam a excessiva onerosidade como motivo de revisão dos contratos.

70. Na Alemanha, a revisão dos contratos se fez com base na norma do art. 242 do Código Civil daquele país (BGB), que mandava aplicar aos contratos os princípios da lealdade e da boa fé (*treu und glauben*), considerando os tribunais que a lealdade e a boa fé deveriam fazer com que se mantivessem a equivalência e a comutatividade das prestações, não só no momento da celebração do contrato, mas durante toda a sua vigência. Para a Suprema Corte da Alemanha, tornava-se desleal (*unfair*), abusiva, contrária ao direito e destituída da adequada causalidade, a relação jurídica na qual tinha desaparecido o equi-

[55] *Conjuntura Econômica,* p. 7, mar. 1983.
[56] Gomes, Orlando. *Escritos menores.* São Paulo, Saraiva, 1981. p. 175.

líbrio original, ou seja, a equivalência financeira entre as prestações de ambas as partes.[57]

71. Essas referências ao direito alemão se explicam, pois têm elas servido de fundamento a decisões recentes dos tribunais brasileiros no sentido de garantir a equivalência das prestações contratuais e a integridade do ressarcimento do dano, não obstante a depreciação da moeda, seja em relação ao seu poder legislativo, seja no tocante ao seu valor cambial. Efetivamente, o Supremo Tribunal Federal já teve o ensejo de lembrar, em voto candente do saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, que aos magistrados do nosso país cabia seguir o exemplo dado pela jurisprudência estrangeira, salientando que "há meio século, bastou a juízes alemães a regra legal de que os contratos se executam de boa fé para que nesse texto firmassem a concessão da revalorização de dívidas".[58]

72. Idêntica tem sido a posição dos tribunais do estado do Rio de Janeiro. Assim, por maioria, o Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Alçada teve o ensejo de decidir em 26 de abril de 1977, nos Embargos Infringentes à Apelação Cível n.º 46.561, que:

"O extremo a que se tem chegado, em tudo o que diz respeito à distinção entre dívida de valor (*Werthschuld*) e dívida de dinheiro (*Geldschuld*), tornou irrelevante tal distinção, porque o efeito da inflação a tudo superou. O gérmen de correção monetária, pode-se dizer, assenta no famoso acórdão de 28.11.23, do Supremo Tribunal alemão, numa dívida hipotecária, sem lei anterior, com ressalva do § 242, do BGB, único arrimo para a matéria até então. Só mais tarde, 16 de julho de 1925, foi convertida em lei a matéria. Tem-se discutido muito a controvérsia, aqui mesmo neste Tribunal, um dos primeiros a admiti-la, até que instâncias mais elevadas tiveram de acolher entendimento em tal sentido, sufragando-o. A errônea exegese de que, para sua admissão, necessário se faz lei anterior ou prévia cláusula contratual, não é de aceitar-se. E assim ocorre, porque correção monetária não é, nunca foi, nem será sanção, nem penalidade, que de tal tenha de depender. É, sim, equivalência do que se tem de pagar. Do contrário, o pagamento não é justo. Na espécie, trata-se de uma consignatória. Esta pode-se considerar uma execução pelo avesso. A importância pretendida depositar poderia ser justa ao seu tempo, mas na época da propositura da lide (1972) já se tornara irrisória, deixando de ser líquido o *quantum* pretendido. Para alguns, a seu tempo, constituía a *Aufwertung* dolorosa operação para o devedor, mas os fatos econômicos estão aí a demons-

[57] Nussbaum, Arthur. *Derecho monetário nacional e internacional*. Trad. esp. Buenos Aires, Arayu, 1954. p. 291-2; mais recentemente: Rosen, Keith S. *Law and inflation*. University of Pennsylvania Press, 1982. p. 89-90.
[58] *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 79:522 *in fine*.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

trar que a realidade é bem outra. É a equivalência, é sua teoria, que pode consagrá-la, tão bem exposta por Oertmann em 1924. Assim, entende a maioria rejeitar os embargos."[59]

73. A teoria da equivalência também tem sido admitida em outros países, como a Argentina, repassando-se para a entidade integrante da administração pública os custos inicialmente não previstos pelo empreiteiro ou consultor. O direito argentino não exige nem mesmo a imprevisibilidade objetiva, satisfazendo-se com a imprevisibilidade subjetiva, como se verifica pela lição de Miguel Ángel Berçaitz na sua monografia sobre contratos administrativos, na qual esclarece que:

"Para la aceptación de los mayores costos no se requiere que el hecho sea imprevisible y extraordinario, bastando el simple desconocimiento objetivo de su futura producción efectiva: no importa la magnitud de la onerosidad en la prestación a cargo del empresario; es suficiente que ocurra, bastando su desconocimiento objetivo al momento de formularse la oferta, *su reconocimiento no tiene carácter indemnizatorio, sino resarcitório*; importa una obligación contractual por la incorporación al contrato de todas las normas que lo regulan; es de orden público, y las cláusulas excluyentes ilegítimas en tanto no se refieran a determinado rubro específico."[60]

74. Basicamente, podemos afirmar que a teoria da equivalência das prestações justifica a revisão contratual ou o pagamento de uma indenização pelo simples fato de ter ocorrido um custo adicional não previsto pelo consultor e que constitui o que, nos contratos internacionais, passou a ser denominado um encargo maior ou uma dificuldade (*hardship*) inicialmente não contemplado pelos contratantes nos seus cálculos de preços e que, conseqüentemente, deve ser repassado ao cliente.

75. No caso, além de imprevista, a medida governamental, evidentemente, causou inegáveis prejuízos às empresas que haviam contratado empréstimos externos, em função principalmente do próprio estímulo governamental a tal prática, com vistas a baixar os juros cobrados pelas instituições bancárias nacionais. Tais prejuízos foram, inclusive, reconhecidos implicitamente pelas autoridades, ao decidirem a criação de um programa especial, o Funpar (Fundo Nacional de Participações) a ser administrado pelo BNDES e voltado especifica-

[59] *Revista de Jurisprudência — Arquivos do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, 15*:24; no mesmo sentido, *24*:195.
[60] Berçaitz, Miguel Ángel. *Teoria general de los contratos administrativos*. 2. ed. Buenos Aires, Depalma, 1980. p. 468.

mente para atender as empresas endividadas em moeda estrangeira e prejudicadas pela maxidesvalorização do cruzeiro, fornecendo-lhes capital de giro com juros de 8% ao ano.[61] Assim, o objetivo essencial do Funpar, conforme a Resolução n.º 578/83 do BNDES, é o de fortalecer a estrutra do capital das empresas endividadas em moeda estrangeira, ajudando-as a superar o impacto da maxidesvalorização do cruzeiro. Finalmente, a Petrobrás acaba de ser ressarcida, pela União, dos prejuízos sofridos em virtude da maxidesvalorização.[62]

76. O impacto da maxidesvalorização do cruzeiro sobre as empresas que haviam captado empréstimos no exterior foi objeto de alguns estudos econômicos importantes, que enfatizaram claramente a responsabilidade do Estado pelos prejuízos sofridos por tais empresas.[63] O vulto de tais prejuízos levou, inclusive, autoridades estaduais a reconhecerem, expressamente, que o governo federal deveria assumir as conseqüências da maxidesvalorização do cruzeiro, financiando o prejuízo das empresas prejudicadas com a medida.[64]

77. Caracterizando-se a maxidesvalorização do cruzeiro como "fato do príncipe", cabe à administração recompor os prejuízos causados. Conforme foi observado, a propósito, se nenhuma medida governamental for tomada para anular os efeitos prejudiciais da maxidesvalorização às empresas que captaram recursos externos, "cumpre às entidades representativas do empresariado e, principalmente, às próprias empresas, recorrerem ao poder judiciário para que este corrija o evidente desequilíbrio contratual, conseqüência direta da maxidesvalorização". A história recente e os fatos públicos e notórios que independem de prova, de que as empresas foram levadas pelas autoridades aos empréstimos em moeda estrangeira, dão aos devedores argumentos jurídicos relevantes para a recusa ao cumprimento das obrigações assumidas, se os efeitos da maxidesvalorização não forem anulados. Inúmeras são as causas para a exceção do princípio expressado na locução *pacta sunt servanda*. O poder judiciário por certo não deixará de dar guarida à *revisão* ou mesmo à resilição dos contratos celebrados, posto ser indiscutível a boa fé dos que seguiram as diretrizes econômico-financeiras governamentais e incontestável a mudança das circunstâncias que constituíram a base do negócio jurídico celebrado.[65]

[61] *Gazeta Mercantil*. 8 mar. 1983, p. 3.
[62] *O Globo*. 13 maio 1983, p. 15.
[63] Almeida, José. Como salvar as empresas endividadas em moeda estrangeira. *Gazeta Mercantil*. 8 mar. 1983, p. 4; Moura da Silva, Adroaldo. Agora, o ônus da insolvência externa é de fato do governo. *Gazeta Mercantil*. 9 mar. 198, p. 4.
[64] Cf. entrevista do secretário de Indústria, Comércio e Tecnologia do estado do Rio de Janeiro, Dr. Carlos Augusto Rodrigues de Carvalho, publicada em *O Globo* (27 mar. 1983, p. 34), sob o título Secretário: governo federal deve assumir as conseqüências da maxi.
[65] Lilla, Fábio de Campos. Prejudicados pela "maxi" podem recorrer à lei. *Gazeta Mercantil*. 9 mar. 1983, p. 4.

78. Ora, se a maxidesvalorização do cruzeiro, como autêntico "fato do príncipe" pode ensejar, genericamente, a responsabilidade do Estado, tal responsabilidade resulta, claramente, muito mais evidente, quando referida aos prejuízos causados aos particulares contratados pela administração para a prestação de determinados serviços de interesse público. Nesse caso, tendo ocorrido prejuízo, é necessária a revisão do contrato administrativo, tendo em vista a manutenção da equação econômica e financeira. Pouco importa que a contratante não seja culpada ou responsável pela maxi, pois esta envolveu maiores custos para a contratada, que deve poder repassá-los aos clientes.

79. Ademais, é princípio consagrado no direito administrativo que a administração deve atuar sempre com boa fé e eqüidade na execução dos contratos administrativos, não se devendo valer, por definição, de situações legais ou fáticas que a favoreçam, em detrimento do particular contratado,[66] violando-se, assim, o equilíbrio contratual inicialmente fixado.

80. Da análise um pouco mais acurada de contratos de prestação de serviços de engenharia consultiva, na modalidade *cost-plus*, que realizaremos em seguida, é possível verificarmos a aplicação dos princípios referidos, pois trata-se de instrumento contratual no qual se presume a transferência de todos os custos ao cliente.

81. Os contratos firmados entre as empresas de consultoria e a administração têm por objeto a prestação de serviços.

82. São, conforme já analisados, tipicamente contratos administrativos de colaboração com a estrutura financeira do tipo *cost-plus*. Na sua execução, o financiamento da prestação dos serviços realizados pelo contratado, durante a vigência do contrato, é remunerado mediante a inclusão de uma parcela no coeficiente multiplicador dos salários, sendo tal parcela destinada a cobrir os custos estimados desse financiamento. É o sistema denominado *cost-plus*, ou administração contratada.

83. O sistema de *cost-plus* (administração contratada, para os juristas, e engenharia por administração, para os engenheiros) é considerado econômica e financeiramente mais adequado na medida em que menos conhecidos *ex ante* sejam os elementos referentes aos custos nos quais incorrerá o contratado. O contratado, assim, terá a sua taxa de retorno associada a um coeficiente multiplicador dos salários, acertado no contrato, incidindo sobre os serviços efetivamente prestados. Trata-se, conforme referem os estudos especializados em enge-

[66] Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo, RT, 1980. p. 162.

nharia consultiva, por definição, de um "contrato sem risco para a parte contratada.".[67]

84. Ladi Biezus, tratando de distinguir o contrato de *cost-plus* "contrato a preços unitários" (contrato de empreitada por preço unitário), em sua execução, explica que:

"*Ora, o contrato sendo a* cost-plus — *isto é, por administração, por definição, pelo seu próprio conceito pois, é um contrato sem risco para a parte contratada.* A definição da taxa de produtividade é sempre um fato novo, aleatório no seu valor, mandatório por lei e que independe da vontade das partes. É, portanto, um item do custo; ele deve ser arcado pela parte contratante porque por hipótese o valor *K,* isto é, a taxa de administração, não pode incluir margem para este *imprevisto.* Poderíamos ilustrar logicamente este ponto de vista, de outra maneira. Por hipótese, a *taxa de produtividade significa a distribuição de uma parcela do benefício, oriundo da melhoria do rendimento do trabalho, para o agente desta melhoria, isto é, o técnico ou trabalhador que prestou o serviço.* Ora, diz o bom senso, que *deve distribuir uma parte desse benefício aquele que auferiu o todo.* Quem auferiu o benefício? Vejamos. Admitamos que, durante o primeiro ano de atuação num empreendimento, o projetista consiga desenvolver um desenho de formato Al com 100 horas de trabalho. No segundo ano, pela familiarização com o problema, com o seu empenho pessoal, com a reiteração das soluções, o mesmo projetista consegue desenvolver um desenho de formato AL com apenas 50 horas de trabalho. Se a empresa projetista cobrar *X* cruzeiros por desenho, no primeiro ano ela receberá *X* cruzeiros pelas 100 horas do projetista e no segundo ano 2*X* pelas mesmas horas. Significa, pois, que a empresa projetista se beneficiou do aumento da produtividade. É evidente, neste caso, que ela deve repartir este benefício com o seu projetista e não o cliente que adquiriu os desenhos. Suponhamos agora que, *ao invés de cobrar ao cliente os desenhos, ela debitasse as horas realmente trabalhadas ao custo exato do salário-hora do mesmo, afetado da sua taxa de administração.* No primeiro ano, a empresa projetista receberia pelo desenho 100. Y.K., sendo y o salário-hora. No ano seguinte, pelo mesmo desenho, ela receberia apenas 50. Y.K., isto é, a metade. *Nesta segunda hipótese, o beneficiário do acréscimo da produtividade é o cliente, isto é, o destinatário do trabalho do projetista.* É justo que ele reparta este benefício e não a empresa projetista que repassou integralmente ao cliente esse benefício.

Pois bem, o primeiro tratava-se tipicamente de um contrato a preços unitários e o segundo, de um contrato *cost-plus,* isto é, um *contrato por administração.*

[67] Biezus, Ladi. *A gestão de contratos em crise.* Palestra proferida no I Seminário da Associação Brasileira de Empreitada de Fundações. São Paulo, 25 maio 1982. p. 11.

A conclusão é evidente e simples: *num contrato a preços unitários o custo adicional da produtividade cabe à contratada. Num contrato por administração o custo adicional da produtividade cabe à contratante.*"[68]

85. Financeiramente, a utilidade do contrato de consultoria no regime de *cost-plus* é evidente. Isto porque, com muita freqüência, notadamente em projetos de alta complexidade, não é possível prever com exatidão as dimensões do trabalho ou os custos em que a empresa de engenharia prestadora de serviços irá incorrer. Para tais casos, conforme estudo da Sociedade Norte-Americana de Engenheiros Civis, o contrato mais adequado é o do *cost-plus*:

"*Salary cost times a multiplier, plus direct non-salary expense.*

For many projects it is not possible to state accurately the scope of work at the time the engineer is retained for the project. The preliminary engineering services, such as surveys, investigations, preparation of budgest estimates, process studies, development of alternate layout plans, and other services needed to establish the final design, are usually so indeterminate in scope that neither a lump-sum nor a fixed percentage of construction cost would be an equitable basis of compensation. Furthermore, on many projects, during the design phase, it becomes necessary to undertake additional experimental or investigative work, the results of which may further alter the scope of the project. *Compensation for services on the salary cost of the work, times an agreed multiplier, is a satisfactory and equitable method for such assignments, when the time required is unduly difficult to predetermine.* Directed non-salary expenses are ordinarily considered as a separate item for reimbursement, usually with a nominal surcharge."[69]

86. O contrato de *cost-plus,* ou de administração contratada, é expressamente reconhecido pelo direito administrativo brasileiro. Com efeito, o Decreto-lei n.º 200/67, em seu art. 132, III, prevê a figura da "administração contratada" como um dos regimes para a execução de obras ou serviços públicos. Também o Decreto n.º 73.140/73, em seu art. 50, § 2.º, prevê a contratação sob o regime de "administração contratada" para a execução de obra ou serviço de engenharia.

87. Fundamentalmente, é um contrato administrativo em que os riscos ficam a cargo do Estado, comprometendo-se o contratado a executar a obra ou serviço, mediante o recebimento de um percentual de seu custo real.[70]

[68] Biezus, Ladi. op. cit. p. 11-2.

[69] American Society of Civil Engineers. *Consulting engineering*; a guide for the engagement of engineering services. New York, 1975.

[70] Mó, Fernando. *Régimen legal de las obras públicas*. Buenos Aires, 1966. p. 92.

88. Entre nós, Hely Lopes Meirelles entende como perfeitamente legal e viável a execução de obra pública sob o sistema de *cost-plus*. Considera que as características essenciais do sistema de *cost-plus* ou "administração contratada" são as seguintes:

"(...) a ausência de um preço fixo para o objeto do contrato, que é apenas estimado dentro dos limites orçados, sendo o custo real resultante das despesas comprovadas pelo contratado, as quais abrangem os 'custos diretos' e os 'custos indiretos' ou 'reembolsáveis'. Os 'custos diretos' provêem dos gastos com o pessoal técnico a serviço do contrato, conforme especificações da proposta. Comprovado esse custo — já agora real e não mais estimado —, sobre ele são calculadas as percentagens destinadas a atender às despesas realizadas pelo contratado, sem necessidade de prestação de contas à administração contratante. Tais despesas referem-se aos encargos sociais e previdenciários incidentes sobre a folha de pagamento, bem como as do rateio do custo da organização administrativa da empresa contratada, a que se denomina *overhead* e, finalmente, as despesas de 'remuneração do contrato', na base de percentual ajustado, incidente sobre o custo de mão-de-obra, acrescido dos respectivos encargos e dos gastos administrativos. Os 'custos reembolsáveis' ou 'indiretos' são constituídos por despesas necessárias à realização do contrato, conforme a sua especificação, as quais devem ser previamente autorizadas pela administração contratante, ficando sujeitas à prestação de contas para o seu pagamento."[71]

89. A "administração contratada", ou *cost-plus,* é, então, tipicamente, um contrato administrativo de colaboração, incluído na categoria dos contratos de obra pública. Por definição, portanto, a ele devem ser aplicados os princípios referentes à manutenção da equação econômica e financeira, cabendo assim a sua revisão e recomposição de preços na hipótese de ocorrer "fato do príncipe" que cause prejuízos ao contratado.

90. A aplicação de tais princípios ao contrato de engenharia de consultoria sob o sistema *cost-plus* torna-se *imperativa,* uma vez que tal regime visa, fundamentalmente, *eliminar os riscos para o contratado pela administração para a execução de determinado serviço de interesse público,* garantindo-lhe uma remuneração que é um percentual sobre o valor faturado.

91. Ocorrendo, assim, "fato do príncipe", como é tipicamente o caso da maxidesvalorização do cruzeiro, que afete o equilíbrio econômico e financeiro de contrato administrativo no sistema *cost-plus,* a entidade administrativa contratante deve operar a revisão do contrato, indenizando os prejuízos sofridos pelo particular contratado.

[71] Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. op. cit. p. 250-1.

92. Quando o credor que não recebe, antecipadamente, os seus pagamentos, é obrigado a recorrer ao mercado financeiro para levantar recursos, o único modo de recompor integralmente o seu patrimônio consiste no ressarcimento dos seus encargos financeiros que, algumas vezes, ultrapassam, em muito, o simples valor da correção monetária, para abranger outras despesas financeiras e no presente caso a própria correção cambial.

93. Efetivamente, a *restitutio in integrum* ou a *recomposição plena* do patrimônio do credor só ocorre se por ele for recebido o mesmo valor por ele despendido, com a sua devida atualização. Trata-se de trazer para o direito o conceito econômico do *custo alternativo* ou *custo de substituição* que, segundo os economistas, "permite combinar o custo e a utilidade na explicação do valor, sendo representado o custo do bem assim considerado pela utilidade do bem alternativo ao qual se renunciou, para obter o que foi efetivamente produzido".

94. No caso de levantamento de recursos pela sociedade de consultoria antes da maxidesvalorização, o custo alternativo foi um custo real, devidamente comprovado pelos financiamentos que teve que levantar no mercado com taxas que a opinião pública e o próprio governo reconhecem como sendo proibitivas.

95. Após examinar o exato critério da avaliação dos prejuízos decorrentes do diferimento no pagamento de obras públicas e os seus efeitos sobre o fluxo de caixa das empresas, o Prof. Julian Chacel assim resume a sua posição:

"À guisa de conclusão pode-se afirmar que a extensão da noção de custo alternativo ao caso vertente tem para a economia das empresas cujos recebimentos foram postergados dois efeitos negativos:

a) na hipótese de ter sido criado um problema de liquidez, incorrer em pagamento de juros ao sistema bancário;

b) na hipótese de mobilização de capital próprio, renunciar à percepção de rendimentos derivados de possíveis aplicações financeiras.

Especialmente no caso da hipótese *a,* por ser explícita, sempre e quando a parte contratada tenha comprovado que, em virtude da mora do cliente, utilizou recursos financeiros tomados por empréstimo a terceiros, *o equilíbrio econômico-financeiro do contrato requer, para ser restabelecido, que se faça o ressarcimento dos custos financeiros incorridos pelo empreiteiro.*

Com efeito, na atual sistemática, a correção monetária de acordo com as ORTNs corresponde ao prejuízo ou lucro cessante do credor que não recebe pagamento tempestivo do cliente, *devendo, todavia, ser pago o valor efetivo de seu prejuízo ou lucro cessante, quando esses puderem ser objetivamente apura-*

dos. Ora, este é o caso dos custos financeiros que podem ser comprovados pelos contratos de empréstimos bancários.

Destarte, *no caso de atraso nos pagamentos por parte de entidades da administração direta ou indireta, o pagamento dos custos financeiros incorridos pelo contrato, em virtude do diferimento, deve ser assimilado a uma justa indenização visando a restabelecer o equilíbrio econômico do contrato.*"

96. A propósito, cabe mencionar que o Tribunal Federal de Recursos, na Apelação Cível n.º 67.714-RJ, julgada em 4 de maio de 1981, ao confirmar a sentença de primeira instância, teve a ocasião de decidir que a entidade administrativa é objetivamente responsável pelos prejuízos causados a particular contratado que, por força dos atrasos constantes nos pagamentos dos serviços prestados, chega à situação falimentar. A decisão se fundamentou no art. 107 da Constituição Federal, de acordo com o qual:

"As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo."

A ementa do acórdão assim dispõe:

"Indenização. Ação ordinária proposta por firma falida contra o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem por inadimplemento contratual. Agravo retido renunciado, nulidade da sentença rejeitada e prejudicial de prescrição repelida. Procedência do feito e recurso improvido."

E, no seu voto, o Dr. Relator Ministro Peçanha Martins salienta que:

"Além da responsabilidade objetiva, a sentença deixou claro o inadimplemento do réu e sua conseqüente responsabilidade com base no laudo do perito de fls. 215-48, que examinou, pormenorizadamente, tudo que se passou, respondeu aos quesitos e terminou com estas palavras incisivas:

'A falência da autora se deu, ademais, em razão do não pagamento de título de valor inferior ao correspondente aos créditos que contratualmente à época deveria ser pago pelo DNER'."

97. Na realidade, verifica-se que o cálculo inicialmente realizado em relação aos custos financeiros tornou-se obsoleto em virtude de modificações no mercado não imputáveis ao consultor. Diante desses fatos, é poder-dever da empresa mista fazer a substituição do índice obsoleto ou modificar o critério que não mais atende ao princípio da comutatividade do contrato.

98. A sociedade de economia mista tem sido considerada pela doutrina um instrumento de intervenção do Estado na vida econômica, que se reveste de uma forma de direito privado, embora envolvendo um interesse público. Nas suas relações com terceiros, essa empresa tem a mais ampla liberdade de contratar e,

conseqüentemente, de rever os seus contratos, regendo-se pelas leis de direito civil e comercial, de acordo com o que determina o art. 170, § 2.º, da Constituição Fderal.

99. Por outro lado, como a empresa mista é considerada, pela lei, integrando a administração indireta (art. 5.º, III, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967), ela deve respeitar, nos seus contratos, os princípios constitucionais que garantem a manutenção do equilíbrio financeiro e econômico.

100. Tendo o contrato assegurado à empresa de consultoria um reajustamento de acordo com uma fórmula previamente estabelecida, a posterior inadequação dessa fórmula, em virtude de fatos supervenientes, cria, para a empresa mista, um "poder-dever" de proceder ao reajustamento. O "poder-dever" significa, em direito, uma competência atribuída a uma pessoa para praticar um ato que lhe incumbe, não se podendo recusar a realizá-lo, abrangendo, pois, uma competência vinculada. Distingue-se, assim, da faculdade, na qual o titular tem um poder arbitrário de adotar ou não um certo comportamento. Ao contrário, no "poder-dever", existe uma competência (*poder*) que deve ser utilizada, para uma finalidade determinada, que deverá ser atendida (*dever*).[72]

101. Acresce que o poder não é exercido, no caso, no interesse exclusivo ou predominante do seu titular, mas no interesse social e público de manter em vigor o contrato firmado pelas partes, cabendo a ambos os contratantes o dever de tomar as medidas necessárias para garantir a sua execução. Assim sendo, nessas condições, o reajustamento não é um ato arbitrário, nem discriminatório do contratante, mas um verdadeiro dever que lhe incumbe, nos precisos termos da Constituição Federal.

102. A obrigação do cliente não consiste tão-somente em efetivar o reajustamento, mas em realizá-lo de modo adequado, reformulando os critérios e mudando os índices, sempre que necessário for, a fim de alcançar as finalidades do contrato, ou seja, garantir o equilíbrio contratual e a boa execução das obras.

103. Essa obrigação decorre do fato de importar a limitação do reajustamento em desapropriação parcial dos direitos do consultor. Se este tem direito a um reajustamento pleno, que lhe garanta a manutenção da equação financeira, a incidência de um reajustamento, que, em virtude de desadequação do índice, enseja uma recomposição parcial dos preços, significa que, dentro dos limites em que tal recomposição não é plena, há, de fato, uma desapropriação sem indenização, ou seja, um ilegal confisco de direitos do empreiteiro que viola o disposto na Constituição Federal.

[72] França Sobrinho, Manoel de Oliveira. *Atos administrativos*. São Paulo, Saraiva, 1980. p. 113, n.º 122.

104. Como vimos, a jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, tem admitido e consagrado a teoria da imprevisão e é evidente que o reajustamento que viria a ser concedido judicialmente pode e deve ser reconhecido e atribuído por acordo entre as partes, justificando-se o pagamento do reajustamento amigavelmente, sem a incidência de maiores encargos decorrentes da sucumbência na ação judicial e sem os prejuízos eventualmente decorrentes da paralisação dos serviços.

105. Tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem que a administração em geral e as sociedades de economia mista, em particular, podem e devem reajustar amigavelmente os valores contratuais quando ocorre justo motivo para tanto. Neste sentido tivemos o ensejo de referir as lições da doutrina e os ensinamentos de administrativistas, como André de Laubadère, e de civilistas, como Jean Carbonnier, reconhecendo até que a ausência de reajustamento implica abuso de poder por parte da entidade que integra a administração, quando existentes os requisitos legais para a aplicação das teorias da equivalência e da imprevisão.

106. Como o dever da administração não é, tão-somente, de reajustar o contrato, mas de reajustá-lo de modo adequado, como bem salienta Celso Antonio Bandeira de Mello, a obrigação de rever os contratos abrange a de mudar os critérios de reajustamento, sempre que deixam de atender à sua função, não mais garantindo o equilíbrio financeiro da operação. Assim, existe um poder-dever da sociedade de economia mista de modificar os índices ou os critérios de reajustamento quando estes se revelam ineficazes ou obsoletos ou de indenizar o contratado pelos prejuízos decorrentes da inadequação do índice.

107. Concluímos, assim, que:

a) *os contratos* ajustados com a administração, direta ou indireta, *devem ser revistos em função de fatos que alterem o seu equilíbrio econômico e financeiro.* Trata-se de princípio constitucional firmemente estabelecido no direito administrativo brasileiro, visando possibilitar a continuidade de obras ou serviços de interesse público e impedir que os contratados pela administração sofram prejuízos indevidos;

b) o "equilíbrio econômico-financeiro" dos contratos de prestação de serviços de engenharia consultiva é fundamentalmente a manutenção da equação econômica e financeira traçada no contrato, ou seja, a preservação da integridade das prestações (no seu sentido real e não meramente da nominal) pactuadas entre as partes;

c) o "equilíbrio econômico" significa a manutenção da taxa de retorno real assegurada ao particular no contrato; já o "equilíbrio financeiro" significa a manutenção do *cash flow* assegurado ao contratado no ajuste com a administração;

d) a maxidesvalorização do cruzeiro pode ser entendida como um "fato do príncipe", dada a sua imprevisibilidade, ficando, portanto, a entidade administrativa contratante obrigada a proceder à revisão do contrato, com vistas ao restabelecimento da equação econômica originalmente pactuada. Cabe notar, ademais, que a eventual existência de cláusula de reajuste para pagamento das faturas com atraso não elide a possibilidade de ser invocada a maxidesvalorização como fundamento para revisão do contrato e ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo contratado nos limites em que o custo financeiro real foi superior ao contratualmente previsto;

e) a mora ou atraso no pagamento das faturas cria a obrigação, para a entidade administrativa, de ressarcir as despesas nas quais teve de incorrer o contratado para a continuidade dos serviços. Tal obrigação decorre não somente do dever de manter o equilíbrio econômico e financeiro e da determinação constitucional, que garante o direito do contratado contra a desapropriação, mas também do princípio estabelecido no direito civil referente à responsabilidade do devedor pelos prejuízos que sua mora causar ao credor (art. 956 do Código Civil).