O REAJUSTAMENTO DOS PREÇOS CONTRATUAIS EM FACE DO DECRETO-LEI Nº 2.300, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1986, E LEGISLAÇÃO ULTERIOR

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

1. Contrato administrativo: natureza e características. 2. Álea econômica ordinária e álea econômica extraordinária. 3. Revisão de preços. 4. Efeitos do Plano Cruzado. 5. O Decreto-lei nº 2.300/86 e o Decreto nº 94.042/87.

O Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, sistematizou, à semelhança do que já haviam feito legislações de estados-membros, a disciplina jurídica das licitações e contratos da administração federal.

Em matéria de *contratos administrativos* — isto é, de direito administrativo —, tema fundamental é o do *reajustamento dos preços contratuais,* do qual o diploma normativo em referência tratou expressamente, conforme passamos a analisar.

O *contrato administrativo* é classificado como *comutativo,* caracterizando-se pela equivalência entre o conjunto de direitos e de deveres jurídicos de cada parte: não é, pois, um *contrato aleatório.*

Outrossim, se se trata de espécie do gênero *contrato,* também no *contrato administrativo, ato jurídico perfeito,* há direitos subjetivos, direitos adquiridos, deveres jurídicos, pretensões, obrigações, ações de direito material.

Mas o *contrato administrativo* tem uma *função,* que é o atendimento do *interesse público,* dizendo-se celebrado *publicae utilitatis causa*: há, portanto, uma vinculação, um comprometimento finalístico, no exercício de poderes, direitos e pretensões e no cumprimento de deveres e obrigações, ao fim coletivo.

Isso faz com que o contratante — órgão, pessoa administrativa ou paradministrativa — detenha uma posição, no pólo ativo da relação contratual, plena

* Professor titular de direito administrativo no Rio de Janeiro.

de prerrogativas, enquanto o co-contratante ou contratado, no pólo passivo, se submeta a sujeições e limitações que identificam sua posição de colaborador da administração ou da paradministração públicas.

Chega-se a afirmar que o contrato administrativo se caracteriza por conter *cláusulas exorbitantes de direito comum.*[1] Em verdade, porém, cláusulas dessas estão presentes, muitas vezes, também, nos contratos de outros ramos jurídicos, como os do direito do trabalho (contrato individual de trabalho), civil (empreitada, mandato), comercial (contrato de fornecimento), etc., especialmente nos chamados *contratos de colaboração.*

O contratante administrativo e paradministrativo concentra, efetivamente, uma gama sugestiva dessas prerrogativas, como as correspondentes ao *ius variandi,* poder de modificação unilateral, caracterizador do *fato do príncipe,* e instrumento de permanente adequação do conteúdo do contrato à sua função pública: cf. art. 55, I, do Decreto-lei nº 2.300/86.

Igualmente, os poderes de resolução, resilição e denúncia, como formas de autotutela — atos unilaterais —, beneficiam o contratante.[2]

Em contrapartida, o contrato somente pode agir judicialmente para a obtenção da rescisão por inadimplemento da outra parte, não lhe sendo reconhecido o direito de retenção e a *exceptio non adimpleti contractus,* em nome dos princípios básicos do direito administrativo, como o da continuidade e o da adaptação da atividade administrativa.

Em compensação, à situação jurídico-contratual do adjuticatário correspondem certas garantias, que não eliminam a natureza subjetiva, pelo menos em parte, dessa mesma situação, nem retiram o atributo da cumutatividade do vínculo estabelecido.

Assim, o *ius variandi* diz respeito, tão-somente, à porção dita *estatutária* ou *objetiva* do relacionamento jurídico da espécie, às *cláusulas de serviço,* que são aqueles aspectos que têm pertinência com o interesse público, em função do qual o contrato foi celebrado, sendo que os atos regulamentares e especiais que veiculam o exercício desse poder de mutação integram a categoria dos chamados *fatos do príncipe* ou *atos de autoridade.*

O art. 55, I, *a* e *b,* e §§ 1º e 4º do Decreto-lei nº 2.300/86 explicitam esse poder unilateral de mutação, de ordem qualitativa ou quantitativa, "desde que não haja alteração do objeto do contrato".

O exercício do poder de modificação unilateral é oneroso para a administração pública. O exercício de seu poder modificativo, de seu *ius variandi,* acar-

[1] Ver exposição de motivos do consultor-geral da República acerca da minuta do Decreto-lei nº 2.300, in *Diário Oficial da União,* de 25 de novembro de 1986, p. 17.686.
[2] Ver o art. 68 do referido diploma normativo (cf. incisos I a VIII e XIII) e seus arts. 69, I, e 70.

reta-lhe a obrigação de indenizar o co-contratante por novos ônus ou pelos prejuízos que a esse forem impostos. Diz Laubadère: "A teoria das modificações unilaterais é um compromisso entre o interesse do serviço público e o interesse privado do co-contratante; esse último interesse é legítimo; ademais, se ele fosse sacrificado pura e simplesmente, a Administração não encontraria particulares que aceitassem contratos com ela; eis por que tal interesse é protegido pela regra essencial do *direito do co-contratante a uma indenização* pelas obrigações novas que lhe são impostas."

Na decisão do Conselho de Estado de 21 de março de 1910 (Compagnie Générale Française des Tramways), conclui-se que, se era certo que a concessionária estava obrigada às alterações unilaterais impostas pela administração pública, tinha ela direito a reclamar uma "indenização como reparo do prejuízo que demonstre lhe ter sido causado pela oneração assim acarretada aos encargos da exploração". Foi salientado pelo Comissário do Governo Léon Blum "que, se a economia financeira do contrato se acha destruída; se, pelo uso que a autoridade concedente faz de seu poder de intervenção, algo se encontra violado nesse equilíbrio de vantagens e de encargos, de obrigações e de direitos que tentamos definir, nada impedirá o concessionário de postular perante o Juiz do contrato. Demonstrará que a intervenção, embora regular em si mesma, apesar de obrigatória para ele, concessionário, lhe causou um dano cuja reparação lhe é devida". Há, em favor do concessionário, "um direito a indenização, ou, mais exatamente, o direito de reclamar um suplemento de remuneração".

"Assim se formulou o princípio que a doutrina", seguindo o Comissário do Governo Léon Blum, "designa pelo nome de *equação financeira,* e que constitui o complemento do princípio da *mutabilidade do contrato.* É da essência mesma de todo contrato de concessão buscar e realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que são concedidas ao concessionário e os encargos que lhe são impostos (...) As vantagens e os encargos devem equilibrar-se de modo a formar a contrapartida dos lucros prováveis e das perdas previstas. Em todo contrato de concessão está implícito, como um cálculo, a *equivalência honesta* entre o que é concedido ao concessionário e o que é dele exigido (...) É o que se chama de *equivalência financeira e comercial, a equação financeira* do contrato de concessão."

Péquinot assim explicou a matéria: "O equilíbrio do contrato de direito privado é estático e do tipo $a = b$. Se uma das partes, em um contrato de direito privado, descumpre suas obrigações, cometeu uma falta, e o sistema contratual está irremediavelmente rompido. O equilíbrio do contrato administrativo é dinâmico e do tipo $\frac{a}{b} = \frac{a'}{b'}$. Se a Administração substitui a' à obrigação originária, a remuneração de seu co-contratante, que era, originariamente, b, tornar-se-á b', e o sistema contratual, assim reequilibrado, será mantido."

Por seu turno, ensinam Duez & Debeyre: "As obrigações recíprocas que figuram no ato de concessão não têm um valor absoluto, têm um valor de relação; entre elas se estabelece uma certa relação e é essa relação que deve ser mantida. Não são as prestações *(A, B, C)* do concedente que são imutáveis, nem aquelas *(a, b, c)* do concessionário, mas a relação que se estabeleceu entre *A, B, C* e *a, b, c.*"

Caio Tácito expõe que "o equilíbrio financeiro do contrato é, na expressão de Waline, um 'direito fundamental' de quantos pactuam com o Estado, ou uma 'norma fundamental' da teoria dos contratos administrativos, segundo De Soto. Constitui o 'primeiro direito original do co-contratante da Administração', esclarece Péquignot, e deve ser respeitado como elemento determinante do contrato', conforme Laubadère. Este conclui que, 'em todo contrato administrativo, existe, expresso ou implícito, um direito do co-contratante a um certo equilíbrio financeiro do contrato (...) Essa regra de equilíbrio é, por vezes, considerada como resultante da intenção comum das partes, ela se aplica em todos os casos, ainda quando não figure expressamente no contrato".

Trata-se, pois, de verdadeiro *direito público subjetivo,* aliás dessa forma consagrada na Constituição Federal, no que se relaciona, expressamente, com as concessões de serviço público: o art. 167, II, *in fine,* estatui que devem ser estabelecidas, nas concessões de serviços públicos federais, estaduais e municipais, "tarifas que permitam a justa remuneração do capital, os melhoramentos e a expansão dos serviços e que assegurem o equilíbrio econômico e financeiro". Sustenta Caio Tácito que "a noção de equilíbrio financeiro da concessão repousa, no direito brasileiro, em dois postulados constitucionais: a garantia da justa remuneração do capital do concessionário (art. 151, parágrafo único, da Constituição Federal de 1946; e art. 167, II, da Constituição Federal de 1967; Emenda Constitucional nº 1/69); e a proibição do confisco da propriedade (art. 141, § 16, da Constituição Federal de 1946, e art. 153, § 22, da Constituição Federal de 1967 — Emenda Constitucional nº 1/69).

Trata-se de hipótese de *indenização,* e não de *ressarcimento,* eis que o ato de alteração contratual dentro dos limites estudados, é lícito, correspondendo ao exercício de um poder da administração pública.

Se houver excesso, por parte dessa, cair-se-á, neste caso, no campo do ilícito, e as conseqüências serão outras. Já na célebre questão de 1910, se apontava que o juiz "poderá, se as modificações causadas ao contrato subvertem completamente a economia (...) declarar sua extinção em proveito da concessionária".

É encontradiço o emprego da expressão *álea administrativa,* para designar as conseqüências que a alteração unilateral, pela administração pública, produz em relação ao co-contratante: "sempre que a autoridade pública, mediante ato lícito e visando ao interesse público, modifica as condições de um contrato administrativo, já concluído, responde objetivamente, pela *álea administrativa* assim criada"; "não se confunde a *álea administrativa* — em princípio impu-

tável à administração — com a *álea financeira normal,* que integra o risco da exploração do serviço, atribuível ao co-contratante; tal como na construção da jurisprudência francesa, a *mutabilidade* do contrato conduz à imputação da *álea administrativa* ao poder público que lhe deu causa, perturbando unilateralmente a equação financeira do contrato".

Parece-nos que, em verdade, não há, juridicamente, em tal hipótese, *álea*: o que existe, exatamente, é a ausência absoluta dela, porquanto o *princípio da equação financeira* neutraliza os efeitos onerosos do *princípio da mutabilidade* dos deveres do co-contratante. Esse não traz nem pode trazer prejuízos ao co-contratante, o que é a negação da aleatoriedade. O co-contratante não corre risco de prejuízo, por ser o conteúdo de sua situação jurídica modificável.

O princípio da intangibilidade da equação ônus-ganhos do co-contratante, faz com que o contrato administrativo mantenha o seu caráter de comutatividade, isto é, aquele não experimenta prejuízos. Não há, pois, nada de aleatório, porquanto aleatório é o contrato em que, necessariamente (*contratos aleatórios típicos,* como o jogo, a aposta, o seguro), ou não (*contratos aleatórios atípicos,* como o de compra-e-venda, que passará a ser aleatório se tiver por objeto coisa futura), uma das partes assume o risco de um prejuízo, em certo caso ou em certos casos.

Há, é certo, *álea legal,* correspondente à responsabilidade pelos *riscos,* perigos a que a coisa objeto do contrato está sujeita, de perecer ou de deteriorar-se, por caso fortuito ou força maior (cf. art. 1.127 do Código Civil). "Quando o empreiteiro fornece os materiais, correm por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber. Estando, correrão os riscos por igual contra as duas partes"; "se o empreiteiro só forneceu a mão-de-obra, todos os riscos, em que não tiver culpa, correrão por conta do dono"; "sendo a empreitada unicamente de lavor (art. 1.239), se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono, nem culpa do empreiteiro, este perderá também o salário, se não provar que a perda resultou de defeito dos materiais, e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade" (arts. 1.238 a 1.240 do Código Civil).

O § 7º do art. 55 do Decreto-lei nº 2.300/86 é expresso na adoção dos princípios fixados quanto à assim denominada *álea administrativa:*

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

A indenização, o reajustamento de preços, deve conduzir a uma cobertura integral da oneração ulteriormente aduzida, o que é inerente à *teoria do fato do príncipe.*

Embora o protótipo de adoção dessa teoria seja, exatamente, o do exercício do poder de modificação unilateral do contrato administrativo, há um entendi-

mento mais elástico, segundo o qual atos da autoridade, quer seja, ou não, a contratante, legais ou administrativos, que venham a influir diretamente na economia contratual, também se enquadrariam nessa teoria.

Os §§ 5º e 6º do art. 55 do Decreto-lei nº 2.300/86 adotaram tal orientação, ao estabelecerem:

"§ 5º Quaisquer novos tributos ou novos encargos legais que venham a ser criados, alterados ou extintos, após a assinatura do contrato e, comprovadamente, reflitam-se nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º O acréscimo ou redução de tributos e novas obrigações legais que se reflitam, comprovadamente, nos preços contratados, implicará a sua revisão, para mais ou para menos conforme o caso."

Os *contratos administrativos* sofrem, é certo, ademais, os reflexos da conjuntura econômica, inclusive pelos atos governamentais interventivos, de direito econômico.

Neste campo, há que distinguir entre a *álea econômica ordinária* e a *álea econômica extraordinária.*

É que corre por conta do co-contratante aquilo que é o risco normal de qualquer negócio comercial. Em qualquer contrato, existe o que se pode denominar de *álea ordinária,* isto é, o risco do lucro maior ou menor, ou, até mesmo, do prejuízo, que corre por conta de quem exerce a atividade comercial ou industrial.

É de caráter estritamente econômico, não interferindo com a situação contratual: "A álea ordinária, o encargo previsível ou suportável, cabe, por força da lei e do contrato, a quem se obrigou a construir. É o ônus usual do negócio, o risco comercial comum, que não pode recair sobre o outro contratante."

A *álea extraordinária econômica* decorre das alterações da conjuntura econômica, basicamente da inflação, que rompe o equilíbrio financeiro do contrato, equilíbrio esse que precisa ser restabelecido.

O direito francês, na linha de evolução romano-germânico-cristã, consagrou, através do disposto no art. 1.134, que *pacta sunt servanda,* que o contrato "faz entre as partes": "As convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que as fizeram. Só podem elas ser revogadas pelo seu consentimento mútuo, ou pelas causas que a lei admite. Devem ser executadas de boa-fé." O *princípio da força obrigatória dos contratos,* que se traduz pela imperatividade do cumprimento do que foi pactuado, foi mantido nas legislações que seguiram o direito francês. Não se concebia, em conseqüência, que a superveniência de acontecimentos causadores da ruptura do equilíbrio das prestações das partes contratantes pudesse ensejar a intervenção do poder público, para restabelecer aquela equação ou liberar a parte onerada: cada um deveria arcar com os riscos e prejuízos das convenções que tivesse celebrado.

O final do século XIX e as duas primeiras décadas do atual trouxeram, em razão das radicais transformações de ordem política, econômica e social, uma nítida alteração da mentalidade jurídica. As guerras do fim da centúria passada e a I Guerra Mundial causaram profundo abalo na economia européia e a inflação, tornando insustentáveis, por onerosidade excessiva, muitas situações contratuais.

É certo que tribunais eclesiásticos da Idade Média sustentaram, com base em texto de Neratius, a prevalência do que se chamou a cláusula *rebus sic stantibus* no contrato comutativo de execução diferida, segundo a seguinte formulação: "Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelleguntur." Consiste em presumir, nos contratos em apreço, uma cláusula, que não se lê expressa, mas que figuraria implícita segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração.

Abandonada, posteriormente, essa cláusula resolutória implícita só veio a ser ressuscitada, modernamente, com a evolução para a *teoria da imprevisão,* na época antes referida. A denominação denota que, "na justificação moderna da relatividade do poder vinculante do contrato, a idéia de *imprevisão* predomina. Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem, que a excessiva oneração da prestação não tenha podido ser prevista".

Evidentemente, as novas condições sociais trouxeram desequilíbrio não só para o contrato de direito privado, como para os contratos de direito público. Quanto a esses últimos, a teoria da imprevisão é produto da construção da jurisprudência do Conselho de Estado, deflagrada no célebre caso da *Compagnie Générale D'Éclairage de Bordeaux,* cuja decisão data de 30 de março de 1916. No processo em tela, a concessionária postulava a majoração do preço do gás que fornecia, fixado pelo contrato de concessão; e uma indenização para reparar o prejuízo que sofrera em razão da alta do preço do carvão, cuja tonelada passara de 35 francos, em janeiro de 1915, para 117 francos, em março de 1916, como conseqüência das circunstâncias de guerra. A decisão recordou que, em princípio, o contrato de concessão regula, de maneira definitiva, as obrigações das partes até seu término, sendo a variação de preço das matérias-primas um dos riscos dos contratos. Confrontando-se, contudo, a alta previsível do carvão, matéria-prima, à época, da fabricação do gás, no momento da assinatura do contrato (23-28 francos) com a alta real (23-116 francos), o Conselho de Estado concluiu que o aumento superou as previsões das partes e seria inviável aplicar-se, pura e simplesmente, o contrato, como se tratasse da *álea ordinária.* A solução levou em consideração que a co-contratante deveria assegurar a prestação do serviço, mas deveria suportar, apenas, o prejuízo que a interpretação razoável do contrato permitia deixar a seu cargo, cabendo ao poder público arcar com uma indenização, cobrindo o restante.

Embora a concessão, por sua natureza e longa duração, fosse, por excelência, o campo de aplicação da teoria da imprevisão, teve ela um alcance geral, tendo sido aplicada, desde logo, em casos relativos a contratos de transportes (21 de julho de 1917), de obras públicas (30 de outubro de 1925) e, até mesmo, de fornecimento (8 de fevereiro de 1918). Cabe salientar, outrossim, que o legislador francês criou etapa decisiva nessa evolução, ao votar a Lei Failliot, de 21 de janeiro de 1918, sobre os contratos de fornecimento de carvão, concluídos antes da guerra e pela mesma afetados.

A teoria em apreço e outros fundamentos teóricos e expedientes contratuais e legais para a revalorização dos créditos foram sendo paulatinamente adotados em todo o mundo.

É de assinalar-se, outrossim, que, nos países de menor estabilidade econômica, os capitais estrangeiros, investidos, inclusive, em serviços públicos, foram protegidos, no século passado e no começo do atual, por várias espécies de *garantias.*

Esses expedientes, essas fórmulas, essas garantias, calcados nos mencionados fundamentos teóricos, são chamados de *cláusulas de defesa* ou de *reação contra a instabilidade econômica.*

Uma primeira categoria reúne as denominadas *cláusulas monetárias,* que são as que dizem respeito ao próprio instrumento ou modo de pagamento. Dentre elas, destacam-se a conhecida *cláusula-ouro* e suas equivalentes, como a *cláusula-divisa estrangeira.* Por elas, estipula-se o pagamento em certa quantidade de ouro ou em determinada moeda. Já se adotavam, também, as *cláusulas valor-ouro e valor-divisa estrangeira,* pelas quais, o pagamento é em moeda corrente, tomando por base, no entanto, o valor do ouro ou de moeda estrangeira. Foram processos de garantia de investimentos de capitais estrangeiros, inclusive em matéria de concessões de serviços públicos, contra as variações cambiais. Os respectivos contratos, celebrados no século passado, ou, mesmo, na primeira década do atual, contêm-nas, "determinando, total ou parcialmente, o pagamento das tarifas em moeda ouro, ou ao câmbio par". Após a crise econômica de 1930-31, com a quebra do padrão monetário e a desvalorização das moedas nacionais, a legislação dos vários países, fundando-se no *curso forçado para todos os pagamentos da moeda nacional,* veio a proibir tais cláusulas, sendo de citar, como lei brasileira básica na matéria, o Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933.

Há de registrar-se, por outro lado, a proteção dos investimentos pioneiros em serviços públicos, em nosso país, como os de estradas de ferro, portos, transportes urbanos e iluminação a gás, contra a insuficiência de rentabilidade. Os expedientes empregados, com tal finalidade, foram a *garantia de juros* e as *subvenções.* A primeira veio a ser vedada pelo art. 142 da Constituição Federal de 1934.

A outra categoria é a das chamadas *cláusulas de valor,* que se referem à substância dos débitos. São de duas espécies: as *estáticas* ou *implícitas* e as *dinâmicas* ou *expressas.*

As primeiras resultam da *teoria da imprevisão,* já considerada, da *teoria das dívidas de valor* e da *teoria da base do negócio.* São denominadas *estáticas* ou *implícitas,* porque podem não estar previstas e, mesmo que o estejam, exigem, para a revisão do contrato, a verificação da ocorrência de determinados pressupostos, não operando automaticamente. A aplicação de uma das teorias ao caso concreto depende da constatação, *a posteriori,* do preenchimento dos referidos pressupostos, que dizem respeito à mutação das condições econômicas que se apresentam aos contratantes, por ocasião da celebração do contrato, de modo a tornar excessivamente oneroso o cumprimento das obrigações pactuadas. Assim, a *base do negócio* é o conjunto de circunstâncias, cuja existência ou persistência a manutenção do próprio contrato pressupõe, pois, do contrário, é rompida a base objetiva da *relação de equivalência* entre a prestação e a contraprestação, a ausência de prejuízo característica da comutatividade.

A *teoria das dívidas de valor* é das mais férteis e tem tido larga aplicação no direito brasileiro, como no caso das dívidas de natureza alimentar, nas indenizações em razão de responsabilidade civil, etc. As *dívidas de valor,* por oposição às consistentes em quantia certa de dinheiro, são aquelas que, apesar de expressas em moeda, têm por objeto proporcionar a obtenção ou recuperação de bens, objetos ou valores. A moeda, em tais hipóteses, não constitui o objetivo da dívida, mas sua medida de valor, e sua expressão numérica deverá alterar-se, na medida da mudança do respectivo poder aquisitivo.

Para o nosso presente estudo, interessa-nos, sobremodo, a *teoria da imprevisão,* calcada na célebre *cláusula rebus sic stantibus,* segundo a qual fica autorizada a revisão, pelo poder público, das prestações contratuais, "se a superveniência de circunstâncias, não-previsíveis à época da convenção e que subvertam fundamentalmente o equilíbrio e a economia do contrato, vier acarretar prejuízo extraordinário e essencial a uma das partes na realização das prestações a que se obrigou". Foi essa teoria que a doutrina e a jurisprudência, administrativa e judicial, e a própria legislação brasileira vieram a adotar em matéria de contratos administrativos. É de acentuar-se que, no direito administrativo, a aplicação da teoria em apreço foi favorecida pela necessidade da preservação da *continuidade dos serviços públicos* e pela necessidade de atrair a empresa particular a colaborar com a administração pública. Afastou-se a incidência, no caso, em matéria de contrato de empreitada, do art. 1.246 do Código Civil, pois que o reajustamento dos preços contratuais é cabível, quando "não se trata de aumento normal e previsível de salário e de mão-de-obra", "mas de inopinada subversão de valores que influiria não apenas para diminuir ou suprimir os lucros esperados no negócio, mas para ameaçar à ruína o contratante".

A *teoria da imprevisão*, no entanto, conforme já se pôde assinalar, exige o preenchimento de requisitos marcantes e rigorosos para a sua aplicação: "1º) um acontecimento imprevisível, objetivo, de caráter anormal, que, se previsto, impediria a celebração do contrato; 2º) uma alteração profunda do equilíbrio das prestações decorrentes do fato novo e levando uma das partes à insolvência ou fazendo-a arcar com um prejuízo sobremaneira gravoso; 3º) o enriquecimento injusto e o lucro desmedido para o outro contratante; 4º) a ausência de mora ou de culpa por parte daquele que pede a revisão."

Dentro dessa orientação, o art. 77 do Código de Contabilidade Pública do antigo Distrito Federal (aprovado pela Lei nº 899, de 28 de novembro de 1957) dispôs: "A revisão do contrato é admissível, quando caracterizadas circunstâncias imprevisíveis que alterem, substancialmente, suas primitivas condições, em termos de onerosidade capaz de pôr em risco o estado de solvência do adjudicatário." O § 1º aduzia que, "em nenhuma hipótese, a revisão excluirá do contrato o reconhecimento de que os riscos da execução correm por conta do adjudicatário".

O § 2º enumera fatores que teriam de ser considerados na revisão, entre os quais a boa-fé do adjudicatário, a exclusão de culpa sua, inclusive quanto aos fatos que tivessem determinado o desequilíbrio econômico, causado esse pela superveniência de eventos graves, e prazo não-inferior a 20 meses a partir da assinatura do contrato. O art. 65 da Lei nº 926, de 8 de maio de 1959, do Distrito Federal, restringiu a abrangência desse regime aos contratos cuja duração fosse superior a cinco anos.

A revisão dos contratos administrativos, calcada na teoria da imprevisão, exigia, portanto, o preenchimento de requisitos rigorosos. Ora, a própria inflação, os aumentos de tributos, as majorações periódicas do salário mínimo deixaram de ser fatos imprevistos e anormais. Caio Tácito, como consultor-geral da República, em parecer de 26 de julho de 1957, sobre pedido de revisão de contrato de empreiteira, citava Themístocles Cavalcanti, que, considerando a periódica ascensão do salário mínimo, qualificava, em princípio, injustificável o reajustamento de preços sob tal fundamento. "A prudência elementar nos negócios de construção não pode abstrair, de outra parte, o efeito da oscilação de custo dos materiais." Salientava, ademais, o eminente administrativista que era "mister, ainda, não olvidar, no caso das obras públicas, o resguardo da eficácia da concorrência pública, porque a aceitação de reforço 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". Opinou pelo indeferimento do pedido, além de tudo, porque "a revisão do preço da empreitada somente é admissível, quando o prejuízo, pelo vulto, é intolerável e ruinoso, o que não ficara evidenciado".

Evoluiu-se, então, para a adoção de *cláusulas de valor* da segunda espécie referida: as *cláusulas dinâmicas,* previstas *a priori,* no contexto contratual ou nos textos normativos. São as chamadas *cláusulas de escala móvel,* ou de *números-índice,* e consistem na indexação do valor das prestações contratuais, com base em fatores, números ou índices de revisão automáticos, correspondentes a determinados parâmetros ou valores de referência. Não exigem o preenchimento dos pressupostos necessários à aplicação da teoria da imprevisão, nos termos já vistos. O que pode ocorrer — e, efetivamente, essa foi a orientação da legislação brasileira — é a adoção da denominada *cláusula de tolerância,* limite dentro do qual o reajustamento não se fará, ou a cuja superação fica o mesmo condicionado.

Consoante esse novo enfoque, o já citado Código de Contabilidade Pública dos antigos Distrito Federal e Guanabara (art. 77, § 1º) e o art. 65, § 1º, da Lei nº 926/59, do Distrito Federal, admitiram a revisão contratual, desde que os preços (unitários ou itens dos globais) positivassem variações mínimas de 10%, inclusive pela criação e aumento de impostos, taxas e encargos sociais, ou de alteração dos índices do salário mínimo. Adotou-se, destarte, a *cláusula de tolerância* de 10%, que corresponde à prefixação da *álea ordinária,* que é ônus do co-contratante. Outrossim, adotou-se o critério de se incluírem na chamada *álea econômica,* e não na abrangência da *teoria do fato do príncipe,* as implicações das majorações de encargos fiscais e sociais. Não obstante opiniões em contrário, abandonavam-se as exigências da impossibilidade, anormalidade, excessiva onerosidade.

Na área federal, Decreto nº 309, de 6 de dezembro de 1961, contemplou a revisão de preços de contratos de obras ou serviços por empreitada, tendo sido, porém, considerado inconstitucional, tendo o Tribunal de Contas recusado o registro dos contratos com cláusulas de revisão redigidas na forma prescrita pelo mencionado diploma.

Ulteriormente, regeu a matéria, na administração federal, o Decreto-lei nº 185, de 23 de fevereiro de 1967, cujo art. 5º previu que "os contratos de obras ou serviços de órgãos do Governo federal poderão conter cláusulas de revisão de preços, desde que estipuladas, previamente, condições de revisão nos atos convocatórios das concorrências respectivas". "Na hipótese de dispensa de concorrência, os instrumentos formais correspondentes à adjudicação direta conseqüente poderão conter igualmente cláusula de revisão de preços, desde que previamente estabelecidos na instrução que servirá de base à dispensa de concorrência" (§ 2º).

As revisões de preços unitários ou em parte do valor global contratual seriam calculadas segundo a seguinte fórmula:

$$R = 0{,}90 \times \frac{Ii - Io}{Io} \times V$$

em que *R* é o valor do reajustamento; *Io,* o índice de preços do mês de apresentação da proposta do co-contratante e que serviu de base ao contrato; *Ii,* a média aritmética dos índices mensais do período a que corresponde o reajustamento; e *V* é o valor contratual a ser reajustado.

Verifica-se que 10% das alterações de preços sempre corriam por conta do co-contratante, e daí o coeficiente de 90%.

Em princípio, contratos de fornecimento, trabalhos técnicos, como projetos, e materiais depositados na obra anteriormente à variação de preços no mercado não eram passíveis de reajustamento. Excetuaram-se os contratos de fabricação nacional de equipamentos (cf. art. 5º, § 1º, do Decreto-lei nº 185/67).

Continuaram a ser abrangidos os aumentos decorrentes de *atos do Estado,* como diz o § 4º do art. 6º do Decreto-lei nº 185/67.[3]

O advento do Decreto-lei nº 2.283, de 28 de fevereiro de 1986, e de suas sucessivas modificações, alteraram esse quadro, na medida em que desindexaram a economia brasileira, só permitindo cláusulas contratuais de reajuste em certas hipóteses.

Daí, a celebração de muitos contratos com preço firme, irreajustável.

Mas a estabilização econômica que o chamado Plano Cruzado almejou não se realizou e, quando da edição do Decreto-lei nº 2.300, em 21 de novembro de 1986, em meio às reformas do Cruzado II, já o processo inflacionário havia sido retomado e o controle de preços, jurídica e faticamente, sido frustrado.

Daí, certamente, ter previsto (art. 55, II, *d*) de forma expressa, que os *contratos administrativos* podem ser alterados, por acordo, "para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato".

É cláusula estática ou *implícita,* sem os rigores, contudo, da *teoria da imprevisão.*

É certo, porém, que permanece o princípio de que a *álea econômica ordinária* é arcada pelo contratado, sendo que cabe a este a comprovação da oneração excessiva com suas causas e quantificações, que, embora sem os já mencionados rigores, deve ser expressiva.

A exposição de motivos da Consultoria-Geral da República, referente à minuta do Decreto-lei nº 2.300/86,[4] assinala, citando Caio Tácito, que a equação econômico-financeira do contrato corresponde à "equivalência razoável entre as obrigações, atendida a álea ordinária do contrato".

[3] Ver, ainda, Decretos nºs 60.407, de 11 de março de 1967; 60.706, de 9 de maio de 1967; 74.220, de 27 de junho de 1974; Decretos-leis nºs 1.070, de 3 de dezembro de 1969; 1.237, de 12 de setembro de 1972; 1.708, de 30 de outubro de 1979; 2.022, de 18 de maio de 1983.

[4] *Diário Oficial da União,* de 25 de novembro de 1986, p. 17.687.

É de gizar-se, ainda, que o reajustamento é feito por "acordo entre as partes" pelo que o contratante e o contratado deverão acertar-se quanto a seus vários aspectos.

Se o acordo não se der, o contratado — conforme o próprio escorço histórico apresentado evidencia — poderá recorrer ao Judiciário para obtenção do reajustamento que julgue devido, ou, se se caracterizar a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, da rescisão contratual (art. 69, III).

Por seu turno, se houver inadimplência do contratado, inadmitido o reajustamento, poderá o contratante partir para a rescisão administrativa unilateral.

Sublinhe-se, a propósito, que, diante do disposto no art. 2º do Decreto-lei nº 2.290, de 29 de novembro de 1986, e tendo em vista que o art. 90 do Decreto-lei nº 2.300/86, apenas revogou o art. 1º do Decreto-lei nº 185/67, já citado, quando coubesse o reajuste dos preços contratuais, seria adotada, como explícita ou dinâmica, a fórmula nele prevista (cf. arts. 5º e segs.).

Ocorre que, ulteriormente, o Decreto-lei nº 2.322, de 26 de fevereiro de 1987, revogou (art. 4º) integralmente o Decreto-lei nº 185/67 e atribuiu (art. 4º) ao Poder Executivo a competência para estabelecer os critérios de reajuste da administração federal direta ou indireta, tornando dinâmica a cláusula estática do art. 55, I, *d*, do Decreto-lei nº 2.300/86.

Aliás, do elemento de convocação da licitação (art. 32, IV) deverão constar as "condições de pagamento, e, quando for o caso, de reajustamento de preço".

É de sublinhar-se que, tal como os diplomas normativos que ab-rogou ou derrotou (art. 90), o Decreto-lei nº 2.300/86, dirige-se, de modo específico, à administração direta e autárquica (art. 1º), mas seu art. 86 determina que as empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União — entes administrativos e paradministrativos, portanto — fiquem sujeitos às suas disposições e ditem regulamentos próprios sobre a matéria licitatória e a contratual — intimamente correlacionadas, conforme visto — no respectivo âmbito de atuação.

Com relação aos contratos em vigor por ocasião do início da vigência do Decreto-lei nº 2.300/86, podemos concluir que o estatuído no seu art. 88 ("o disposto neste decreto-lei não se aplica às licitações e aos contratos, instauradas e assinados anteriormente à sua vigência") não constitui óbice à aplicação, aos mencionados contratos que não previssem cláusula de reajustamento, das *cláusulas de valor* mencionadas, e cuja adoção era válida no período de desindexação, ainda que parcial, do Plano Cruzado, sempre que preenchidos os pressupostos pertinentes dessa adoção.

Consoante o anteriormente exposto, o que o art. 55, II, *d*, do Decreto-lei n.º 2.300 fez foi, tão-somente, tornar explícita tal realidade, em caráter declaratório, cristalizando-se em texto escrito.

O estatuído, genericamente, pelo citado art. 88 não impede tal aplicação, que tem como respaldo princípios gerais de direito administrativo, vigorantes mesmo em períodos de desindexação (aliás, parcial, repetimos, na vigência do Plano Cruzado inicial).

Foi exatamente esse entendimento que presidiu à edição do Decreto nº 94.042, de 10 de fevereiro de 1987, que, igualmente com sentido declaratório, reconheceu a legitimidade dessa orientação, regulamentando a matéria e estabelecendo procedimentos, fundado, confessadamente, no referido art. 55, II, *d*, do Decreto-lei nº 2.300/86.

Para a hipótese de contratos sem cláusula de reajustamento, prevalece o mesmo critério do Decreto-lei nº 2.300/86, de solução do problema por acordo entre as partes, conforme o prescrito pelos §§ 3º e 4º do art. 1º do Decreto nº 94.042/87.

É de ver-se que o Decreto nº 94.042/87 tratou, também, de contratos com cláusulas de reajustamento, fixando critérios de aplicação das mesmas (art. 1º, e §§ 1º, 2º, 4º e 5º).

Foram expedidas, mais recentemente, as Instruções Normativas nºs 188 e 189, ambas de 5 de março de 1987, pelo ministro-chefe da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República.

Mais recentemente, o art. 1º do Decreto nº 94.233, de 15 de abril de 1987, invocando, ainda, uma vez, o disposto no art. 55, II, *d*, do Decreto-lei nº 2.300/86, alterou o termo inicial de eficácia dos reajustamentos de que trata o art. 1º do Decreto nº 94.042/87, passando a fixá-lo em 24 de novembro de 1986, por ter sido a data de entrada em vigor do Decreto-lei nº 2.290/86.

É norma retrooperante, cabendo, inclusive, complementação de reajustamentos já efetivados.