EMPREITADA — TEORIA DA IMPREVISÃO — CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS *— CONTRATO ADMINISTRATIVO*

— A simples imprevisão não basta para justificar a aplicação da doutrina da revisão dos contratos, especialmente da empreitada.

— E' preciso considerar, em primeiro plano, a boa-fé no contrato e, em segundo lugar, a superveniência de acontecimentos tão graves que hajam influído na própria estrutura econômica do contrato, ocasionando prejuízos ao empreiteiro.

— O art. 1.246 do Código Civil só se refere à álea ordinária aos aumentos e oscilações comuns do mercado de materiais de construção, e não a transformações tão radicais que envolvem a própria estabilidade econômica da emprêsa, provocando prejuízos tão grandes que ponham em risco a vida financeira do empreiteiro.

PARECER

I. A Emprêsa Técnica de Engenharia "S. Álvares" contratou, em 13 de janeiro de 1942, com o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários, de acôrdo com a proposta feita em concorrência, a construção de cinco prédios de apartamentos à rua Lucídio Lago, 217/233.

No aludido contrato, que se encontra a fls. 174, foi estipulado o pagamento total de Cr$ 2.384.000,00, em 102 prestações, de acôrdo com a discriminação e prazos fixados no mesmo contrato.

O contrato foi cumprido, salvo quanto ao prazo de entrega da obra, que foi excedido pelo empreiteiro, de oito meses, porquanto, sòmente em junho de 1943, foi entregue, quando o contrato estipulava que a entrega deveria realizar-se em outubro de 1942.

Apesar disto, não foi exigida a multa contratual de Cr$ 500,00 diários, o que somaria cêrca de Cr$ 100.000,00 no período acima referido.

Depois de terminada a obra, veio a firma Álvares, alegando as dificuldades decorrentes da guerra, pedir um reajustamento de preços, justificando o pedido com a elevação do custo do material e mais as seguintes, formuladas a fls. 6 e 7:

"1.º — O Departamento Federal de Estradas de Ferro está autorizando as diversas Estradas a conceder aos empreiteiros aumentos de 60% e de 70% sôbre as tabelas anteriormente organizadas; isso depois de bem estudado o assunto, *in loco*, por técnicos de inteira idoneidade, a fim de que essas possam fazer face ao encarecimento imprevisível e geral e prosseguir com os tra-

balhos; 2.º — O Govêrno autorizou as estradas de ferro a aumentar os seus fretes, por mais de uma vez; 3.º — O Govêrno autorizou a Cia. City a aumentar de 30% a tabela base de orçamento de esgotos (material e mão de obra), a partir de 30-10-42; 4.º — O Govêrno autorizou a Light a aumentar os preços unitários da tabela de orçamento para serviços de ligação externa de gás e de luz; 5.º — O Govêrno proibiu o funcionamento dos automóveis particulares e autorizou o aumento de 50% no preço das corridas de taxi, o que, apesar de necessário a bem da Pátria, veio prejudicar as providências rápidas e oportunas para a obtenção e aquisição econômica dos diversos materiais de construção; 6.º — O Ministério da Fazenda concedeu, agora, reajustamento superior a dois milhões de cruzeiros nas obras de construção da sua nova sede; 7.º — O D.A.S.P. (Departamento Administrativo do Serviço Público), que julga as concorrências com grande rigor, tem opinado favoràvelmente em diversos pedidos de revisão de preços ou reajustamentos, por causa das elevações de custo dos materiais, ocasionadas pelo estado de guerra do país. Ainda agora, no *Diário Oficial* de 7-5-43, está publicado um dêles: o serviço de reforma no edifício da Delegacia Fiscal do Tesouro em Pôrto Alegre, com orçamento no valor de Cr$ 671.843,50, aprovado em 11 de agôsto de 1942, foi revisto e aumentado para Cr$ 749.526,00, por *continuar a haver ascensão nos preços dos materiais de construção* (reza o parecer); essa concorrência foi realizada em 1942, já no estado de guerra, com preços altos e oscilantes; entretanto, conforme alega o parecer, *foram eliminados diversos serviços* que constavam do primeiro preço e êsse ainda atingiu, com a revisão, a importância de Cr$ 749.526,00, com um aumento superior a 11,5% sôbre o primeiro. O parecer favorável do D.A.S.P. foi aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República em despacho de 22-4-43; 8.º — O Coordenador, de ordem do Govêrno, determinou o aumento dos salários mínimos, dos serventes e mais auxiliares de serviços, de 25%, a partir de 1-11-943."

Pedem, por eqüidade, um acréscimo de Cr$ 833.552,00, diferença entre a proposta e o orçamento, acrescido de 10% de administração, previsto no contrato.

Junta um parecer do Dr. Francisco Campos e numerosos documentos comprobatórios das suas alegações.

A fls. 142 opinou o engenheiro fiscal da obra. São, em resumo, as seguintes as suas observações:

a) alguns materiais apresentados como tendo sofrido grande elevação de preço, como "tubos de ferro galvanizado, eletrodutos, vagalhões de ferro, cimento, brita, areia, madeira, sòmente em 1943, isto é, depois de esgotado o prazo para terminação da obra, sofreram aquêle aumento de preço; *b*) os trabalhos onde houve influência dos materiais particularmente afetados pela crise ficaram pràticamente concluídos e pagos dentro dos 6 meses imediatos ao contrato; c) em setembro de 1942, o Instituto já havia pago cêrca de 50% do valor total da empreitada; *d*) a alta só poderia, assim, afetar 50% do orçamento; *e*) a alta verificada em setembro só elevou de 8,48% o orçamento; *f*) que, pagos cêrca de 57% das principais tarefas, faltaram 40%, devendo-se calcular em 11,5% o acréscimo no orçamento original; *g*) em atenção às dificuldades reinantes, a fiscalização concordou com a empreitada em diversas modificações que facilitariam a execução da obra, como a colocação de 50% dos tacos de madeiras mais baratos, modificação no teor da argamassa e outras alterações que importaram em economia para o empreiteiro; *h*) finalmente, considerando o acréscimo razoável de Cr$ 109.664,00 e indenização devida pela demora

do empreiteiro, conclui por uma complicação que importa no indeferimento do pedido de reajustamento solicitado.

O chefe de engenharia do Instituto, por diversos motivos, justifica, entretanto, um reajustamento razoável, atendendo, não só ao salário-mínimo fixado pelo Govêrno e não previsto nos orçamentos originais, mas também à elevação dos preços dos materiais que não puderam ser adquiridos no princípio da obra (ferro, cimento, pedra, areia, etc.).

No mesmo sentido, e com novos argumentos, admite o engenheiro do Departamento de Previdência Social, o pagamento de Cr$ 110.000,00 como reajustamento razoável.

Ouvido o Assistente Jurídico do Gabinete, êste, depois de um longo estudo doutrinário, opina pelo deferimento do pedido na base de Cr$..... 103.785,00, proveniente do aumento de salários conseqüente à elevação da base de salário-mínimo decretada pelo Govêrno.

O Dr. Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho deixou de examinar mais detidamente a hipótese, porque, segundo declara, fôra vencido no seu ponto de vista, favorável, em tese, ao reajustamento dos contratos, prevalecendo o parecer em contrário do meu douto antecessor, Dr. Hahnemann Guimarães.

II. Isto pôsto, passo a examinar os fundamentos do pedido e a sua procedência.

A pretensão da firma requerente foi naturalmente sugerida por circunstâncias de fato que modificaram, de todo em todo, as previsões feitas por ocasião de ser elaborado o orçamento da obra em concorrência, e de ser lavrado o respectivo contrato.

Estava naturalmente prevista uma certa margem de lucro, que certamente não pôde ser atingida. A causa dessa redução poderia ter sido ocasionada ou por um êrro no orçamento, ou por um êrro na execução da obra ou, finalmente, na apresentação de um orçamento de baixo preço para ganhar a concorrência.

Não raro êste subterfúgio é usado e um reajustamento posterior, devidamente simulado com obras novas, equilibra um orçamento abaixo do valor real da obra.

Em princípio, porém, e dentro dos sãos preceitos da moralidade administrativa, o preço contratado não pode sofrer alteração, respondendo o empreiteiro por tôdas as conseqüências decorrentes da má execução da obra e pelo êrro ou falta nela verificada.

E' o que dispõe de modo muito claro o art. 1.246 do Código Civil, segundo, aliás, a doutrina que prevalece na generalidade dos países [1].

III. Segundo me parece, entretanto, o art. 1.246 do Código Civil só se refere à álea ordinária, aos aumentos e oscilações comuns do mercado de materiais de construção, e não a transformações tão radicais que envolvam a própria estabilidade econômica da emprêsa, provocando prejuízos tão grandes que ponham em risco a vida financeira do empreiteiro.

E' preciso, ainda mais, que os fatos sejam posteriores ao contrato e que haja uma relação de causa e efeito entre os acontecimentos que ocasionaram a alta e as suas conseqüências.

Por mais, porém, que se procure encontrar na lei brasileira um fundamento para atribuir um direito às vítimas das depressões econômicas ocasio-

1 Ver JOÃO LUIS ALVES, *Código Civil Anotado*, vol. II, pág. 311; CLÓVIS BEVILÁQUA, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XVII, pág. 382; CARVALHO DE MENDONÇA, *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, vol. II, n.º 213.

nados por fatos sociais imprevisíveis, não é possível consegui-lo, porquanto a nossa legislação tem resistido a tôdas as tentativas neste sentido feitas.

Os exemplos citados, da lei do inquilinato, da cláusula ouro, da lei contra a usura, são aplicações do princípio, mas consagrados por normas legais atinentes a casos peculiares, o que vem precisamente confirmar a regra da inaplicabilidade do princípio no silêncio da lei.

Mas, a falta de uma norma geral, que regule o assunto, entre nós, não importa em negar-se a existência de uma obrigação moral por parte de quem enriqueceu com a modificação das condições econômicas em aceitar a revisão das condições básicas do contrato, a fim de restabelecer o equilíbrio quebrado pela superveniência de fatos imprevisíveis, na ocasião em que o mesmo foi celebrado.

Mas, se existe uma obrigação moral, em certos casos, entre particulares o que não se dirá em relação aos contratos administrativos, em que o Estado é parte e muitas vêzes é o responsável por medidas que acarretam a alta dos preços e a agravação dos ônus que recaem sôbre as atividades mercantis?

E' preciso, entretanto, distinguir nos contratos administrativos aquêles que se equiparam às convenções de direito privado com outros cuja finalidade específica é a execução de serviços públicos, cuja manutenção constitui dever do Estado, mesmo quando delega a terceiros a sua execução.

No primeiro caso, aplicam-se os princípios gerais relativos aos contratos; no segundo, a tese tem compreensão mais ampla, tôdas as vêzes que a execução de um serviço público fica comprometido em virtude de condições novas, imprevisíveis, que atingem o serviço em sua finalidade.

A própria Constituição, aliás, em seu art. 145, traçou uma orientação geral em relação ao preço do serviço e que bem define o caráter instável, flexível, das tarifas de serviço público.

IV. Resta, portanto, examinar não sòmente as bases doutrinárias em que se assenta o princípio da revisão dos contratos, como, ainda, em espécie, verificar se cabe a aplicação da doutrina favorável àquela revisão e, mais, em que condições seria possível atender ao pedido da firma requerente.

V. A possibilidade da modificação dos contratos em suas bases atingidas por aumentos imprevisíveis, ao tempo que foram concluídas, tem sido objeto de numerosos estudos, que a guerra e o desequilíbrio econômico por ela ocasionado tornaram atuais e de aplicação imediata.

O meu ilustre antecessor, o professor Hahnemann Guimarães, sôbre o assunto proferiu brilhante parecer [2]; o digno Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Dr. Oscar Saraiva, escreveu interessante trabalho: "Os contratos de empreitada e a aplicação da cláusula *"rebus sic stantibus* no direitto administrativo" [3]; o Dr. Caio Tácito, do Instituto dos Comerciários, igualmente proferiu excelente parecer [4] sôbre o mesmo tema [4].

Já anteriormente, fôra o assunto objeto de estudos, entre nós[5].

---

2 *Diário Oficial* de 7-8-1944.

3 *In Revista de Direito Administrativo*, vol. I, fasc. I, pág. 32.

4 *Diário Oficial* de 7-7-1945, pág. 11.874.

5 JAIR LINS, *A cláusula "rebus sic stantibus"*, *in Revista Forense*, vol. XL, pág. 512; ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, *Caso fortuito e Teoria da imprevisão*, em duas edições, 1932 e 1944; ARTUR ROCHA, *Da intervenção do Estado nos contratos concluídos (a revisão dos negócios privados e o Código Civil)*, 1932; OROZIMBO NONATO, *Aspectos do modernismo jurídico*, no *Boletim do Instituto dos Advogados Brasileiros*, vol. VII, pág. 107; EDUARDO ESPÍNOLA, *A cláusula "rebus sic stantibus" no direito contemporâneo*, em *Direito*, vol. I, págs. 7 e seguintes; JORGE AMERICANO, *A cláusula "rebus sic stantibus"*, em *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. XXIX.

No estrangeiro, é abundante a produção doutrinária em tôrno dêle, quer em obras gerais, quer de direito civil, quer de direito administrativo [6].

A formação jurisprudencial da doutrina não é abundante entre nós, mas encontram-se alguns julgados importantes, especialmente o acórdão de 28 de agôsto de 1944, *in Revista Forense*, vol. 97, pág. 111, ac. do Supremo Tribunal Federal de 5 de janeiro de 1938, *Revista Forense*, vol. 77, pág. 97; *Arquivo Judiciário*, vol. 49, pág. 23.

VI. Nestas ricas fontes doutrinárias é que vamos encontrar o material para o exame do tema.

O conceito de que os contratos podem ser revistos para atender a modificação das condições econômicas no curso de sua execução pressupõe, antes de tudo, a flexibilidade dos contratos, a possibilidade de modificar-se o seu contexto, os seus elementos básicos, como o preço, o prazo, etc., em conseqüência da modificação também das condições econômicas.

Por mais laborioso, porém, que haja sido o esfôrço dos doutrinadores e dos tribunais contra a inércia e o princípio da imutabilidade dos contratos, fatos graves, como a guerra e as suas tremendas conseqüências, forçaram a aceitação das idéias novas como um imperativo para a própria sobrevidência das convenções.

Voltou-se, assim, às velhas fórmulas canônicas e dos glosadores que já admitiam a flexibilidade dos contratos quando a sua execução dependia de fatos futuros. *"Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiuns de futuro rebus sic stantibus intelliguntur"*.

O espírito da sua aplicação no direito moderno é sempre o mesmo, e atende não só a um princípio de justiça social mas a razões de ordem econômica e à proteção mesma dos contratos, cujo prestígio depende em grande parte da fôrça que se lhes atribui.

Não obstante, porém, predominar a tendência para admitir a flexibilidade dos contratos, não tem havido acôrdo nos fundamentos doutrinários dessa teoria, a não ser na necessidade de adaptar-se a noção do contrato com o equilíbrio econômico dos que dêle participam.

Será a pressuposição de Windscheid, a base moral de Ripert ou de Voirin, da vontade marginal de Osti, a do abuso do direito com Josserand, etc. Mas todos, dentro de certos limites doutrinários, admitem a legitimidade da revisão no momento que a subversão das bases econômicas do contrato tenha sido motivada exclusivamente por fatos extraordinários, imprevisíveis, excluída a culpa do devedor.

A constante, porém, de tôdas as doutrinas, mais subjetivas algumas, objetivas outras, é a imprevisão, isto é, a anormalidade do evento e o seu caráter extraordinário, fora dos limites comuns, e que extraordinárias sejam também as suas conseqüências.

Nunca, porém, é demais advertir que, apesar de a tendência do direito moderno ser favorável à revisão, diante da realidade a que assistimos, de transformações radicais na técnica, em todos os ramos de atividade humana,

---

6. E. LEHR, *Droit Civil Anglais*, vol. II, ns. 802 e 813; WINDSCHEID, *Pandette*, trad. Fadda e Benza, Bonfante, 1930, vol. IV, pág. 560, nota yy; GASTON JÈZE, *Les contrats administratifs*, vol. III; RIPERT, *De la règle morale dans les obligations civiles*; DÉMOGUE, *Traité des obligations en génerale*, vol. VI; OSTI, em numerosos trabalhos sôbre a cláusula *rebus sic stantibus*, *na Rivista di Dir. Civ.*, 1912-1913, págs. 471 e 647, 1918, págs. 209, 313, 417, *Riv. di Dir. Com*, 1916, I, pág. 356; G. SCADUTO, *I deliti pecuniarii e il depezzamento monetario*, n. 69; EUGÊNIO O. CARDINI, *La teoria de la imprevision*.

* NOTA DA REDAÇÃO: O parecer do dr. CAIO TÁCITO está publicado no vol. II, pág. 814, desta Revista.

subsiste a reação favorável à estabilidade dos contratos sob a velha fórmula *pacta sunt servanda*.

Parece-me, entretanto, que os dois princípios não se repelem e que nada impede o respeito à fé dos contratos, cujas bases morais foram tão bem defendidas por Ripert, e a sua revisão em casos excepcionais, de crises inesperadas, que atingem no mais íntimo os seus fundamentos econômicos [7].

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

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

Assim, a jurisprudência suíça, notadamente, conseguiu conciliar os dois princípios: de *pacta sunt servanda*, na base do contrato, da cláusula *rebus sic stantibus*, como medida aplicável pelo juiz por provocação de uma das partes.

E para isso considerou necessárias as seguintes condições, que devem inspirar o juiz: *a*) a boa-fé; *b*) impossibilidade da prestação não imputável ao devedor; c) aplicação analógica de outras disposições legais que justificam a revisão ou reforma dos contratos por motivos excepcionais; *d*) aplicação sòmente aos contratos a prazo longo; *e*) circunstâncias imprevistas, imprevisíveis e extraordinárias; *f*) verificação de circunstâncias novas que alteram as condições primitivas do contrato; onerosidade tão grande para o devedor que o leve à ruína; *g*) o juiz deve atender à vontade presumível das partes, caso houvessem previsto o verdadeiro rumo dos acontecimentos; *h*) o caráter aleatório do contrato exclui o benefício da cláusula [8].

Contra essa flexibilidade das cláusulas sujeitas à influência dos acontecimentos, só se pode antepor a rigidez absoluta do contrato, quaisquer que sejam as conseqüências de sua execução.

Não me parece, entretanto, justa esta solução. O contrato deve sempre ser cumprido, mas verificada a impossibilidade de sua execução por motivos supervenientes e comprovada a boa-fé dos contratantes, é dever de justiça social, boa compreensão do preceito do *sum cuique*, o seu reajustamento às novas condições ocorridas por motivo estranho à vontade das partes.

Parece-me ser esta a boa doutrina, mesmo no silêncio da lei e apesar dos fortes contraditos à tese revisionista que, a meu ver, só tem dois graves perigos a enfrentar: o abuso na sua aplicação, a deformação também de seus princípios básicos.

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

VII. No direito administrativo, tem tido a doutrina uma aplicação mais larga, atribuindo-se a causa ao desequilíbrio econômico ou a fatôres puramente econômicos ou a fatos da administração (álea econômica e álea administrativa).

No primeiro caso, as causas independem inteiramente da vontade das partes, que nenhum ato praticaram que pudesse influir nas condições de execução do contrato; no segundo caso, é o que se chama o *fato do príncipe*, e o desequilíbrio é ocasionado por uma medida tomada pela administração, e que se reflete diretamente sôbre o contrato e as condições em que é executado.

Sòmente na primeira hipótese tem aplicação a teoria da imprevisão, porque esta pressupõe o concurso de três elementos essenciais: *a*) que as partes não

7 *Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, Paris, 1937, pág. 207.

8 Ver *rapport* de M. THILO, *in Travaux de la Semaine*, já citados, pág. 128.

tenham tido intervenção nenhuma nos fatos que determinaram o desequilíbrio econômico; *b*) que êsses fatos não tenham sido previstos; c) que os fatos tenham como conseqüência a subversão da economia do contrato, provocando prejuízos que excedam tôdas as previsões que deveriam ter sido feitas no momento do contrato.

Nestes três itens, resume Gaston Jèze as condições que devem concorrer para a aplicação da teoria da imprevisão de acôrdo com a jurisprudência do Conselho de Estado [9].

E êstes princípios bem definem a orientação geral da doutrina no direito administrativo, que tem merecido ainda aplicação mais ampla nos casos de execução de serviços públicos, cuja manutenção impõe ainda maior flexibilidade na fixação das tarifas.

Em certos países, porém, a necessidade de atender-se também às condições econômicas do consumidor e dos usuários, levou o Estado a assumir até os encargos do reajustamento dos preços das tarifas, pagando a diferença.

VIII. A revisão dos contratos deve constituir medida de exceção, porque nada se opõe mais à própria noção do contrato do que a sua revisão. Daí o afirmar Ripert que a cláusula *rebus sic stantibus* é a própria negação do contrato naquilo que êle tem de intrínseco, a estabilidade, a permanência, a garantia contra o imprevisto [10].

Por isso mesmo, sòmente o fato de todo imprevisto, em seu evento e nas suas conseqüências, é que poderá justificar o reexame.

Mas, imprevisto é aquilo que escapa à previsão humana, normal, nada permite antever o evento, ou pelo menos as suas conseqüências extraordinárias e especialmente em relação ao ato ou fato objeto da relação jurídica.

Assim, a guerra pode muitas vêzes ser prevista *in abstracto*, mas os seus efeitos em relação aos preços dos mercados, às condições de transportes etc. nem sempre podem ser previstos e determinados *in concreto* [11].

Por outro lado, fatos extraordinários mas de repetição periódica, ou peculiares a certas e determinadas zonas (inundações, tempestades, geadas etc.), podem ser excluídos da imprevisão, por mais nefastas que sejam as suas conseqüências.

A observação dos acontecimentos pode também sugerir aos menos perspicazes conseqüências a que a prudência manda atender na elaboração do contrato.

Deve-se, portanto, considerar a imprevisão *in concreto*, de acôrdo com os casos individuais [12].

Não basta, portanto, a simples imprevisão para justificar o reajustamento, outras condições devem ser exigidas, que apreciaremos no curso dêste parecer.

IX. Na hipótese aqui examinada, será que a guerra e suas conseqüências podiam ser previstas na época em que foi lavrado o contrato?

A reconstituição dos acontecimentos permite afirmar que sim. Desde 1939 que já se desencadeara a guerra na Europa e a guerra submarina já produzia os seus efeitos. Os acontecimentos já se precipitavam e o Brasil assumia uma atitude mais definida no conflito. Já havíamos mesmo perdido, pelo menos, o "Taubaté", circunstância que impressionava como uma advertência do que poderia suceder ao comércio internacional.

---

9 *Les contrats administratifs*, 1934, vol. III, pág. 37 e seguintes.

10 *La règle morale dans les obligations civiles*, ns. 79 e seguintes.

11 Ver SÍLVIO GIONANOLI, *Force Majeure et cas fortuit*, Génève, 1933, pág. 113.

12 Ver CLAUDE ALBERT COLLIARD, *Le prejudice dans la responsabilité administrative.*

A guerra, portanto, já constituía uma realidade e a previsão de suas conseqüências não poderia escapar aos mais cautelosos.

A *medida* dessas conseqüências é que talvez excedesse do normal e deve ser por isso examinada, de maneira concreta, objetiva.

Ninguém poderia seguramente prever a quanto se elevariam os preços do mercado e ainda menos como e em que época se produziriam essas elevações.

Além do mais, a inclusão no contrato de aumentos previsíveis mais incertos, e que na época não representam a realidade, constitui prática de todo condenável e até desonesta. O empreiteiro só poderia assim proceder se a álea extraordinária recaísse também sôbre os riscos da empreitada, por uma compreensão, a meu ver, errônea do art. 1.246 do Código Civil.

Para isso, teríamos de estabelecer como base uma oscilação normal nos preços, e sujeitar o empreiteiro à álea, aos riscos dessas oscilações, e admitir como imprevisto, como álea extraordinária, o que excedesse dêsse limite.

Seria efetivamente desonesto, por parte do empreiteiro, elevar os seus orçamentos a tal ponto que incluísse também os aumentos futuros e *incertos* decorrentes de acontecimentos extraordinários.

Não é possível, por êsse motivo, exigir a previsão, nos orçamentos, de aumentos extraordinários dos preços dos materiais.

Parece-me, por isso, justa a fórmula de Stamler, em sua *Filosofia do Direito,* que admite "um contrato tècnicamente inatacável, intrìnsecamente justo no momento de sua conclusão, e que, depois de modificadas as circunstâncias, se tenha tornado objetivamente injusto".

Esta fórmula, que exclui a aplicação rígida da imprevisão como base da teoria da revisão dos contratos, admite, entretanto, um fundamento objetivo para essa revisão baseado na superveniência de fatos novos que atingem a própria estrutura econômica do contrato [13].

São precisos, entretanto, para a boa aplicação da doutrina, a meu ver, três elementos essenciais: *a*) a prova de que o contrato foi feito de boa-fé e que as suas bases econômicas correspondiam à situação na época em que foi efetuado; *b*) que o aumento dos preços dos materiais e mão de obra tenha sido tão grande que haja produzido prejuízo ao empreiteiro; c) que o dono da obra se tenha beneficiado com a sua valorização.

São elementos essenciais para evitar a elasticidade na aplicação da doutrina e a prática desonesta da apresentação de propostas abaixo do custo nas concorrências, prevendo uma futura revisão e acréscimo nos orçamentos.

Não basta, portanto, a simples imprevisão, mas a boa-fé no contrato[14], de acôrdo com a situação existénte na época em que foi lavrado e a ruína na sua execução por fato estranho à vontade do empreiteiro, e superveniente, para que se admita a revisão, o encarecimento dos preços, nem a diminuição dos lucros do empreiteiro, é preciso também que tenha havido uma subversão das condições econômicas e o prejuízo grave do empreiteiro, atingindo, assim, as próprias bases econômicas do contrato.

A superveniência de novas condições é que justificam a revisão.

X. Outras questões ainda merecem exame.

Será que a elevação do salário-mínimo, o reajustamento das tarifas, as medidas tomadas em virtude do estado de guerra, podem ser considerados *fato do príncipe?*

---

13 Ver SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario,* n. 69.

14 Ver ROBERT VOUIN, *La bonne foi.*

No caso afirmativo, tendo o Instituto personalidade jurídica própria, embora de direito público, deverá responder pelos atos da administração pública federal?

Quanto à primeira questão, não há como atribuir-se ao Estado uma responsabilidade por uma medida geral, que, na expressão de Tessier [15], atinge a todos os cidadãos e não sòmente o empreiteiro.

Seria, na observação de Tardieu, referindo-se à lei de acidente de trabalho, criar um privilégio, uma situação que só beneficiaria os empreiteiros do Estado, quando, na realidade, os mesmos ônus vêm gravar tôdas as empreitadas.

Porque estas leis, como ensina ainda Gaston Jèze [16], visam o interêsse social e não sòmente os que contratam com o Estado.

O mesmo pode-se dizer da lei de salários mínimos.

Trata-se de uma medida de interêsse geral, tomada pelo Govêrno, conseqüência de uma situação econômica que não foi criada pelo Estado, mas que, embora "um pouco rude", não exclui a responsabilidade do empreiteiro [17].

Tem-se admitido, entretanto, na jurisprudência francesa, a revisão dos preços, quando o aumento de salário excede de certa percentagem sôbre o preço total da obra [18].

Não havendo, porém, estipulação expressa, não parece se justificar a modificação dos preços sòmente em relação às empreitadas com o Estado, porquanto isto importaria em um privilégio para certos e determinados contratos. Os empreiteiros de obras particulares nenhuma compensação teriam com a medida [19].

No caso especial dêste processo, verifica-se que o aumento de salário, em 1943, atingiu a execução da obra quando já esgotadas tôdas as prorrogações. Seria inadmissível, a meu ver, que fôsse beneficiar o contratante em mora.

XI. Não me parece, também que aqui se devam aplicar as normas especiais inerentes aos contratos administrativos, agravando a posição do Estado no contrato e fazendo-o assumir a responsabilidade por fatos geralmente estranhos à influência dos particulares.

E assim penso por diversos motivos:

a) porque, quando se trata de autarquia, é preciso distinguir as suas atividades como entidades estatais, delegados na execução de um serviço público, daquelas outras que executa como particulares; ora, o contrato de empreitada em foco é da sua economia interna e não se confunde, em sua essência, com as atividades estatais; *b*) porque, em seu sentido formal, se trata de um contrato privado, sem os elementos peculiares aos contratos administrativos, especialmente quanto ao regime de contrôle peculiar aos contratos do Estado.

Não vejo, por isso, como fugir à norma comum a todos os contratos de empreitada, para não comprometer o Estado, como o quer a requerente, na

---

15 *Responsabilité de la puissance publique*, pág. 22.

16 *Op. cit.*, pág. 247.

17 Ver o caso levado ao Conselho de Estado da França, Fromassol, em 3 de dezembro de 1920, *in Rec.*, pág. 1.036. *apud* M. A. Bosc, *Conséquence juridiques des mesures législatives ou reglementaires de caractère général tendant à modifier les conditions des executions des contrats administratifs*, em *Revue de Droit Public et de la science politique*, vol. XLIV, n.º 2, 1927, págs. 177 e seguintes.

18 Ver Gaston Jèze, *Les contrats administratifs*, vol. III, pág. 278. Do mesmo autor, *La revision des prix des marchés, in Revue de Droit Public et de science politique*, 1920, pág. 64 e seguintes.

19 Ver Tessier, *Responsabilité de la puissance publique*, pág. 21.

responsabilidade por atos e fatos que teriam influído na aprovação das condições de sua execução, responsabilidade que, em tese, só se justificaria se o Estado fôsse parte no contrato e com êstes atos se houvesse locupletado.

Mas, em se tratando de um contrato de natureza tìpicamente privada, realizado para fins que excluem a noção de serviço público, concluído com um Instituto de Previdência Social, autárquico, é verdade, mas cujo patrimônio não se confunde com o do Estado, não vejo como deixar de aplicar ao caso os preceitos relativos aos contratos de direito privado.

Assim, os fatos atribuídos ao Estado não podem comprometer o Instituto, cujo patrimônio será o único a responder pela onerosidade de qualquer revisão contratual.

XII. Quanto aos fundamentos do reajustamento, é preciso também considerar o seguinte:

A admitir-se, simplesmente, a teoria da imprevisão, não seria de acolher, em princípio, a reclamação, porque foi o contrato concluído quando já se começavam a fazer sentir os efeitos graves da guerra.

Dentro dêste quadro, as observações feitas pelos engenheiros que, nas diversas fases, informaram o processo, têm, ao que parece, procedência, mas não se conciliam com as conclusões apresentadas pelo empreiteiro. A prevalecer o critério das informações aludidas, ou o empreiteiro não teve o prejuízo que alega ou, se teve, deve ser o mesmo atribuído à má execução do contrato ou à apresentação de preço inferior ao seu valor real.

Assim, como critério geral para os pedidos de revisão, seria de direito apurar:

1.º) Se a obra poderia ser executada na ocasião da concorrência pelo preço fixado no contrato, o que demonstraria a boa-fé do empreiteiro;

2.º) Se a obra foi executada por preço muito superior;

3.º) Se a diferença entre o preço contratual e o seu preço real, de custo, pode e dever ser atribuída à guerra, isto é, à alta extraordinária e não às oscilações normais do mercado, *e à culpa do empreiteiro;*

4.º) Se os aumentos verificados atingiram a economia do empreiteiro, produzindo-lhe um desequilíbrio atribuível às conjunturas da situação anormal no mercado de materiais de construção;

5.º) Se o aumento dos preços trouxe como conseqüência a valorização do imóvel.

Na apuração dessas modificações, devem ser excluídas as parcelas relativas ao salário mínimo, pelas razões já apresentadas e principalmente porque o aumento se verificou depois de esgotados os prazos contratuais.

E cheguei a essas conclusões porque dois princípios de ordem moral orientam a doutrina da imprevisão, ou, melhor, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* nos contratos, o princípio da boa-fé, que impõe ao empreiteiro a obrigação de pedir um justo preço pela sua obra, na ocasião do contrato, e o da proibição do enriquecimento, que condena o locupletamento do proprietário da obra com eventos incertos e extraordinários, cuja *medida* exceda de tôda previsão.

Por isso mesmo, penso que se deve levar em conta sòmente o preço dos materiais, porquanto o aumento de salário se verificou quando já em mora o empreiteiro.

Em resumo:

1 — A simples imprevisão não basta para servir à aplicação da doutrina da revisão dos contratos, especialmente de empreitada.

2 — A inclusão no preço da obra de aumentos futuros e incertos constitui prática de todo condenável.

3 — E' preciso considerar em primeiro plano a boa-fé no contrato, e, em segundo lugar, a superveniência de acontecimentos tão graves que hajam influído na própria estrutura econômica do contrato, ocasionando prejuízos ao empreiteiro.

4 — E' preciso que o reajustamento de preços ou a sua indenização posterior não traga prejuízo ao proprietário, dada a valorização do imóvel.

5 — E' preciso, também, que se exclua a culpa do empreiteiro, sua inércia ou incompetência.

Sendo assim, sou de parecer que se verifique na espécie: *a*) se a obra poderia ter sido executada na época do contrato pelo preço estipulado; *b*) qual o valor real da obra, isto é, quanto gastou efetivamente o empreiteiro na sua execução; c) qual a influência do aumento do preço dos materiais no *deficit* porventura verificado; *d*) qual a valorização do imóvel em conseqüência do aumento dos preços.

Ainda mais, diante das informações prestadas pelos engenheiros que opinaram no processo: *e*) se o empreiteiro não usou da necessária diligência para aquisição dos materiais de construção, na época e nas condições existentes, de acôrdo com o contrato e os adiantamentos recebidos.

Feita esta verificação e, portanto, apurada a influência e os efeitos da guerra sôbre o contrato e a sua execução, cabe ao contratante da obra, isto é, ao Instituto dos Comerciários ou ao Ministério do Trabalho, julgar da conveniência e da justiça do pedido, porque, como disse acima, não há direito a ser reconhecido e amparado, mas apenas interêsses a proteger, não está em causa a lei, mas preceitos de justiça social, cuja pertinência só pode ser apurada com os elementos a que acima me referi.

E' o meu parecer.

Rio de Janeiro, em 14 de agôsto de 1945. — *Temístocles Cavalcânti*, Consultor Geral da República.