

## ***Inflação e Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos***

*Antônio Carlos Cintra do Amaral*

**Parecer publicado no livro “Licitação e Contrato Administrativo – Estudos, Pareceres e Comentários” (Belo Horizonte, Editora Fórum, 2006, pp. 185/203).**

### **CONSULTA**

A **Empresa X** está realizando empreendimento de grande porte, para o qual apresentou proposta em fevereiro de 2001. O contrato foi celebrado em fevereiro de 2002. Foi pactuado reajuste anual com base na variação do IGPM.

Na data da formação do preço (fevereiro de 2001), a variação de IGPM projetada pelo Banco Central era de 6,75% para 2002 e de 4,56% para 2003. Durante o ano de 2002 (principalmente no segundo semestre) a inflação atingiu índices muito superiores aos esperados quando da formação do preço. O IGPM de out/02 subiu 3,87% e o de nov/02 atingiu 5,19%. O reajuste anual em fev/03 foi o de 30,6%, contra uma expectativa de inflação anual de 6,75% ao ano para 2002. Esta situação voltou a normalizar-se a partir de março/2002.

Com base no exposto, a Consultante solicita-me emitir opinião sobre o direito de obter a recomposição econômico-financeira do contrato, com ênfase para:

1. Avaliação sobre o impacto da **disparada** da inflação em um contrato de empreitada por preço global, com periodicidade de reajuste anual e a sua caracterização como um fator de desequilíbrio econômico e financeiro de um contrato.
2. Demonstração de que a perda ocorrida por uma **aceleração** da inflação, em um período prévio ao reajuste anual, não é recuperada pela aplicação futura do reajuste no preço contratual.

3. Demonstração de que este comportamento imprevisível da inflação em 2002/início 2003 gerou perdas **principalmente** para os contratos com reajuste anual no mês de fevereiro/2003.

Passarei a emitir a opinião solicitada.

## **PARECER**

### **1. Introdução**

Para focar adequadamente a Consulta formulada, é necessário efetuar breves considerações preliminares sobre as noções jurídicas que fundamentam a **revisão** dos contratos administrativos.

Em primeiro lugar, deve ser mencionada a **teoria da imprevisão**. A seguir – e também brevemente – cabe uma alusão ao **princípio do equivalente econômico** nos contratos administrativos.

### **2. A teoria da imprevisão**

A revisão dos contratos administrativos pode decorrer de:

- a) Fatos da Administração**, tais como alterações, complementações ou adaptações do projeto, bem como não liberação de áreas nos prazos contratuais;
- b) Fatos do Príncipe**, que constituem atuações estatais que interferem indiretamente na execução do contrato, tais como aumentos de tributos e exigências referentes à proteção do meio-ambiente; e
- c) fatos supervenientes** (ou de conhecimento superveniente) e imprevisíveis (ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis), que ensejem a aplicação da **teoria da imprevisão**, que compreende os motivos de força maior (em sentido lato), caso fortuito, sujeições imprevistas e outros.

No direito romano prevalecia o princípio “*pacta sunt servanda*”, que levava ao respeito integral e imodificável da vontade das partes, tal como declarada no contrato. No direito canônico, passou a prevalecer o reconhecimento da existência implícita, nos contratos, da cláusula “*rebus sic stantibus*”, que conduzia à adaptação da vontade das partes a novas condições subjacentes ao contrato.

Durante muito tempo se resistiu à codificação da cláusula “*rebus sic stantibus*”. Não só, como acentua **Oreste Cagnasso**, em monografia sobre a superveniência no contrato de empreitada (“*Appalto e Sopravvenienza Contrattuale*”, Milano, Giuffrè, 1979, p. 2), pelo respeito ao princípio da imutabilidade da vontade (“*pacta sunt servanda*”), como também em consequência de exigências práticas, como a necessidade de certeza nas relações jurídicas.

Mesmo com a edição, na França, do Código Napoleão, o que prevaleceu foi a imutabilidade da vontade das partes (art. 1.793). A realidade sócio-econômica, porém, levou o Conselho de Estado francês a consagrar a teoria da imprevisão.

Como diz **Cagnasso** (ob. cit., p. 17):

*“Mediante interpretação do contrato e a reconstrução da vontade das partes, o Conselho de Estado sustentava que, no caso de onerosidade ou dificuldade na execução, imprevista e imprevisível, fosse admissível a revisão do preço tratando-se de álea extracontratual e como tal **estranha à vontade das partes**.”*<sup>1</sup> (grifos no original)

Os numerosos estudos dedicados à teoria da imprevisão buscavam resolver o problema do reequilíbrio econômico ou financeiro do contrato, segundo **Cagnasso** (ob. cit., p. 18), de várias maneiras. Ora fazendo referência à força maior (em acepção lata), ou erro sobre a substância, ou enriquecimento sem causa, ora recorrendo a princípios gerais, como o abuso de direito, a boa-fé ou a cláusula “*rebus sic stantibus*”.

Resumindo: rompida a equação econômica ou financeira inicial do contrato, no caso de onerosidade ou dificuldade na execução, imprevista e imprevisível, há-de se restabelecê-la “*mediante interpretação do contrato e a reconstrução da vontade das partes*”, como diz **Cagnasso**.

A aplicação da teoria da imprevisão pressupõe:

- a)** um fato superveniente ao contrato (ou de conhecimento superveniente) e imprevisível (ou previsível porém de consequências incalculáveis);
- b)** um fato superveniente ao contrato (ou de conhecimento superveniente) e imprevisível (ou previsível porém de consequências incalculáveis);
- c)** que esse fato se inclua na **álea extracontratual**, ou **extraordinária**, e como tal estranha à vontade das partes, ou seja, **caracterize-se como um fato que as partes não tenham podido evitar**<sup>2</sup>; e

---

<sup>1</sup> É minha a tradução dos textos de autores estrangeiros, citados neste parecer.

<sup>2</sup> Nesse sentido a doutrina costuma distinguir entre **álea ordinária** e **álea extraordinária**. A primeira corresponde ao risco normal do negócio. Não basta que o fato seja superveniente e imprevisível. É necessário que a parte afetada não tenha podido evitá-lo, como empresário diligente que se espera que seja.

- d)** que ele provoque o desequilíbrio econômico ou financeiro da equação inicial do contrato.

Parte da doutrina menciona um quarto pressuposto, qual seja, a **onerosidade excessiva**. Parece-me, porém, que esse pressuposto não é contemplado pelo direito administrativo positivo brasileiro. Anteriormente ao Decreto-lei 2.300, de 21 de novembro de 1986, era possível, no Brasil, sustentar-se a tese de que a onerosidade excessiva era condição necessária para aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos. Com a edição desse decreto-lei, porém, essa tese passou a ser, a meu ver, insustentável. Dispôs esse diploma legal, em seu art. 55, inciso II, “**d**”:

*“Art. 55. Os contratos regidos por este Decreto-lei poderão ser alterados nos seguintes casos:*

.....

*II - por acordo das partes:*

.....

*d) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.”*

Dever-se-ia restabelecer a relação pactuada a fim de manter o “*inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato*”. Não se condicionava a que houvesse **ônus excessivo**. O restabelecimento do equilíbrio inicial do contrato devia ser, portanto, integral.

No mesmo sentido, dispõe atualmente a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei 8.883, de 8 de junho de 1994:

*“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*

.....

*II - por acordo das partes:*

.....

*d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento,*

*objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”<sup>3</sup>*

Note-se, entre parênteses, que a expressão “*por acordo das partes*”, contida tanto no Decreto-lei 2.300/86, quanto na Lei 8.666/93, pode ensejar, à primeira vista, o entendimento de que o restabelecimento do equilíbrio econômico ou financeiro do contrato seria um **poder**, atribuído à Administração, e não um **dever**. Tal entendimento, porém, não é sustentável. Tivesse a Administração o poder - e não o dever - de restabelecer a equação econômica ou financeira inicial do contrato, e não exercesse ela esse poder, caracterizar-se-ia uma situação de **enriquecimento sem causa**, ou **ilícito**.<sup>4</sup>

Sobre essa noção, escreve **Orlando Gomes** (“*Obrigações*”, Rio, Forense, 7ª ed., 1984, pp. 302/303):

*“Não há, em nosso Direito, preceito geral a respeito do **enriquecimento sem causa**, como em outros.*

*A lacuna não deve, entretanto, ser interpretada como rejeição do princípio segundo o qual deve restituir a vantagem patrimonial quem obteve injustificadamente.*

.....

*Há **enriquecimento ilícito** quando alguém, a expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem **causa**, isto é, sem que tal vantagem se funde em dispositivo de lei ou em negócio jurídico anterior. São necessários os seguintes elementos: **a)** o **enriquecimento** de alguém; **b)** o **empobrecimento** de outrem; **c)** o **nexo de causalidade** entre o enriquecimento e o empobrecimento; **d)** a **falta de causa** ou **causa injusta**.”*

---

<sup>3</sup> A Lei 8.666/93 acolheu a doutrina prevalente ao condicionar o restabelecimento da equação econômico-financeira inicial do contrato à superveniência de um fato, imprevisível ou previsível mas de conseqüências incalculáveis, ou ainda em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que configure álea econômica extraordinária e extracontratual, tal como acima exposto. Duas observações: **a)** dispense-me de distinguir força maior (ato humano) e caso fortuito (fato da natureza) porque seus efeitos jurídicos sobre os contratos são idênticos; **b)** **álea econômica extraordinária e extracontratual** não é sinônimo de **onerosidade excessiva**.

<sup>4</sup> Esse dever de restabelecer a equação econômico-financeira do contrato está contemplado ainda, na mesma Lei 8.666/93, no § 1º do art. 57, nos §§ 1º e 2º do art. 58 e nos §§ 5º e 6º do art. 65.

Note-se que o enriquecimento sem causa está previsto hoje, expressamente, nos arts. 884 a 886 do novo Código Civil brasileiro, que, de acordo com o art. 54 da Lei 8.666/93, se aplica, supletivamente, aos contratos administrativos.

Voltando à tese da **onerosidade excessiva**, seria suficiente, para contestá-la, mencionar o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que determina a manutenção das “*condições efetivas da proposta*”, manutenção essa que se deve, obviamente, fazer **em sua integralidade**.

Penso que a tese da **onerosidade excessiva** decorria da repetição acrítica de doutrina civilista estrangeira, que tomava por base o Direito vigente em seus respectivos países. É o caso, por exemplo, do Direito italiano, cujo código civil a ela se refere, em seu art. 1.467, ao distinguir a onerosidade **normal** da **anormal**. O atual Código Civil brasileiro acolheu a noção nos seus arts. 478 a 480, mas nesse ponto não se pode falar em aplicação supletiva de suas disposições aos contratos administrativos porque isso se chocaria não só com a Lei 8.666/93 como também – e sobretudo – com o inciso XXI do art. 37 da Constituição.

Saliente-se que a Lei 8.666/93, nos §§ 5º e 6º do mesmo art. 65, também não contempla a onerosidade excessiva, ao referir-se, respectivamente, à **revisão** dos preços contratuais decorrente de “*fato do príncipe*” (criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos legais, assim como superveniência de disposições legais) e à alteração unilateral pela Administração.

Uma última observação sobre a noção de **onerosidade excessiva** é no sentido de que ela tem suscitado problemas nos países cuja legislação já a estabelecia como condição necessária para revisão dos contratos, em face de sua elevada carga de subjetividade e indeterminação.

Na Argentina, por exemplo, cujo código civil a prevê, **Lily R. Flah** e **Miriam Smayevsky** (“*Teoría de la Imprevisión*”, Buenos Aires, Depalma, 1989) indagam (p. 25):

“*Que pautas podem ser utilizadas para medir essa ‘excessiva onerosidade’?*”

E respondem dizendo que **López de Zavalía** (“*Teoría de los Contratos. Parte General*”, Buenos Aires, Editorial Víctor de Zavalía, 1975, p. 410) propõe três possibilidades:

- a) que haja aumentado o valor do sacrifício, permanecendo inalterado o da vantagem;
- b) que permaneça idêntico o valor do sacrifício e diminua o da vantagem; ou
- c) que ambos valores se alterem em sentido inverso.

Vale dizer: segundo **Zavalía**, caracteriza-se a onerosidade excessiva sempre que haja desequilíbrio da equação econômica ou financeira inicial do contrato, **qualquer que seja ele**.

Disse, acima, que a **revisão** dos contratos administrativos pode decorrer de Fato da Administração, Fato do Príncipe ou fato superveniente (ou de conhecimento superveniente) e imprevisível (ou previsível porém de conseqüências incalculáveis), que enseje a aplicação da teoria da imprevisão.

Cabe fazer duas observações sobre o instituto da força maior nos contratos administrativos.

A primeira, no sentido de que a força maior nos contratos administrativos, diferentemente dos contratos de direito privado, não se caracteriza necessariamente pela **impossibilidade de execução** do que foi contratado. Pode caracterizar-se, também, pela **onerosidade**, ou pela **maior dificuldade de execução**. Em uma monografia preciosa, intitulada “*Les Contrats Administratifs*” (Paris, Dalloz, 1991), **Laurent Richer** escreve que (p. 103):

*“... a jurisprudência tem admitido, a título de complemento da teoria da imprevisão, uma noção diferente da força maior, **específica do direito administrativo.**”* (grifei)

Isso ocorreu, segundo ele, a partir do “*arrêt Tramways de Cherbourg*”, de dezembro de 1932, que considerou que a força maior também se caracteriza nos casos em que:

*“as novas condições econômicas criaram uma situação definitiva que não permite mais ao concessionário equilibrar suas despesas com as receitas de que dispõe.”*<sup>5</sup>

Remontando aos primeiros comentários desse “*arrêt*” (**Hauriou, Duguit, Jèze**), **Cagnasso** diz que deles resultou (ob. cit., p. 50):

*“uma noção ‘administrativa’ de força maior mais ampla que a ‘civil’: a segunda ancorada no conceito de impossibilidade (absoluta), a primeira compreensiva também daqueles acontecimentos imprevistos que tornam a obrigação mais onerosa que o previsível.”*

No mesmo sentido, **Gaspar Ariño Ortiz** (“*Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*”, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968 , pp. 299/300) diz que as situações que podem dar lugar, em uma relação contratual, a motivo de força maior são: impossibilidade absoluta de cumprimento do contrato, impossibilidade relativa desse cumprimento e:

---

<sup>5</sup> O “*arrêt*” versou sobre um caso de concessão de serviço público, mas **Richer** chama a atenção para o fato de que a orientação nele expressa não está adstrita a esse tipo de contrato administrativo (ob. cit., p. 104).

*“Possibilidade de cumprir a prestação, se bem que em condições que alteram totalmente a economia do contrato, fazendo-o gravemente oneroso ou, inclusive, ruinoso, para o devedor ou, em geral, para uma das partes.”*<sup>6</sup>

Tanto **Richer** quanto **Ariño Ortiz** acentuam que nesses casos a **rescisão**, alternativa à **revisão**, é inadequada aos contratos administrativos. **Richer** diz que ela “*raramente se aplica na prática*” (ob. cit., p. 104). **Ariño Ortiz** (ob. cit., p. 285), por sua vez, escreve:

*“... nos contratos privados propugna-se a rescisão; nos contratos administrativos, em troca, a imprevisão terá como primeiro objetivo a manutenção da relação, pois o que com isso se busca é, antes de tudo, a **realização contínua** da obra ou do serviço. Por isso, o contrato não se rescinde, **revê-se**.”*

A segunda observação é a de que os caracteres intrínsecos da força maior são tradicionalmente três (**Ariño Ortiz**, ob. cit., p. 299): **imprevisibilidade**, **exterioridade** e **inevitabilidade**. Assim, não se caracteriza força maior quando o fato ensejador do desequilíbrio contratual seja imputável ao contratado (dolo, culpa ou relação de causalidade). Voltarei a esta noção ao tratar especificamente do caso concreto.<sup>7</sup>

### **3. O princípio do equivalente econômico nos contratos administrativos**

Os contratos administrativos, entre os quais se inclui a empreitada de obras públicas, regem-se por normas e princípios, estes contidos explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico. De acordo com **Gaspar Ariño Ortiz** (ob. cit.), esses princípios são:

- a)** o da continuidade e regularidade;

---

<sup>6</sup> Vimos acima que, no Direito brasileiro, para ensejar a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos basta que as novas condições econômicas sejam onerosas, não sendo necessário que essa onerosidade se caracterize como **excessiva, grave** ou **ruinosa**.

<sup>7</sup> A jurisprudência de nossos tribunais tem aceito pacificamente a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos. Vale citar recente Acórdão da 1ª Turma do STJ, datado de 19/11/2002, no ROMS nº 15.154-PE (2002/0089807-4), publicado no DJ de 02/12/2002, sendo Relator o **Ministro Luiz Fux**. Esse Acórdão apóia-se exatamente nos dispositivos da Constituição e da Lei 8.666/93 aqui citados: “1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico- financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, §§ 5º e 6º, da Lei 8.666/93). Deveras, a Constituição Federal ao inculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula **mater** da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as ‘condições efetivas da proposta’”.



- b) o da mutabilidade;
- c) o da colaboração; e
- d) o do equivalente econômico.

Decorrem eles de um princípio mais amplo, qual seja, o da **supremacia do interesse público sobre o das partes contratantes**.

**Renato Alessi** (*“Principi di Diritto Amministrativo”*, Milano, Giuffrè, vol. I, 1974, pp. 226 e ss.) distingue o **interesse coletivo primário** e o **interesse público secundário**, o primeiro, da sociedade, o segundo, do aparelho estatal. Adotada esta distinção, pode afirmar-se que o interesse preponderante é o **coletivo primário**, que, nos contratos administrativos, está acima dos interesses das partes contratantes, quer o da Administração, **interesse público secundário**, quer o da contratada, **interesse privado**. Ambos secundários em face do **interesse coletivo primário**.

Quando se diz, porém, que os interesses da Administração e da contratada são **secundários** em face do **interesse coletivo primário**, não se quer dizer que eles sejam irrelevantes. O desafio constitui-se exatamente na busca de uma **harmonia** entre esses diversos interesses, já que mesmo os interesses **secundários** integram o **primário**, dele fazendo parte.<sup>8</sup>

Daí o chamado **princípio da colaboração**.

**Waline** (*“Évolution récente des rapports de l’État avec ses cocontractans”*, in *“Revue de Droit Public”*, 1951, pp. 5 e ss., **apud Ariño Ortiz**, ob. cit., pp. 230/231) escreveu:

*“Uma profunda evolução se tem produzido nas relações do Estado com seus contratantes nos últimos vinte e cinco anos. Evolução que não se tem traduzido certamente em importantes modificações nos textos legais, porém se tem manifestado no que podemos chamar ‘clima’ dessas relações. Antes, o contratado era considerado como o titular de interesses antagônicos aos do Estado. Era um adversário, a parte contrária num conflito sempre latente e prestes a degenerar em processo. Hoje, a Administração considera-o um colaborador voluntário - senão desinteressado -, cujos interesses, inclusive pecuniários, não são necessariamente opostos ao interesse do Estado e, portanto, da Administração, e os tribunais administrativos os tratam, cada dia mais, como tal.”*

Ainda segundo **Ariño Ortiz** (ob. cit., pp. 231/232), **Hauriou**, em comentário ao *“arrêt Gaz de Bordeaux”*, exatamente o criador da teoria da imprevisão, diz que:

---

<sup>8</sup> Escreve **Jesús González Pérez** (*“El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo”*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 40) que *“Os interesses públicos e privados estão implicados entre si até o ponto que qualquer interesse público é, também, interesse privado”*. E vice-versa, acrescento eu.

*“Não se podem considerar os empresários e contratados, com os quais a Administração celebrou seus contratos, como se fossem completamente estranhos. Esse pessoal constitui uma espécie de clientela, que a Administração tem interesse em cuidar, já que está habitualmente a seu serviço.”*

A par da preocupação de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, a fim de atender ao **interesse coletivo primário**, deve a Administração levar em conta também esse **princípio da colaboração**, que embora esteja diretamente referido a um **interesse secundário**, mais especificamente **privado**, está indiretamente relacionado com o próprio **interesse coletivo primário**.

Um outro aspecto é o relativo ao **princípio do equivalente econômico**, que diz respeito, diretamente, ao caso sob exame.

**Ariño Ortiz** acentua que o **princípio do equivalente econômico** está intimamente ligado aos princípios anteriormente por ele elencados (**continuidade e regularidade, mutabilidade e colaboração**) e escreve (ob. cit., p. 242):

*“O princípio do equivalente econômico vem a ser assim o contraponto necessário, na ordem financeira, a uma situação de flexibilidade contratual no objeto e conteúdo das prestações. **Com ele se afirma a imutabilidade, ao longo da vida do contrato, do equilíbrio econômico inicial, o que se conseguirá precisamente mediante o pagamento do equivalente econômico necessário para restabelecê-lo quando aquele se haja alterado.**”* (grifos meus)

Salienta **Ariño Ortiz** (ob. cit., p. XI) que esse princípio, aplicável aos contratos em geral, assume especial relevância nos contratos administrativos. Diz ele:

*“Em toda atividade contratual, a relação equilibrada das prestações - **o quid pro quo** - constitui seu nervo central; com maior razão no campo administrativo, pois aqui o equivalente econômico exerce o papel essencial de mecanismo corretor - o contrapeso necessário - de uma patente situação de desigualdade posicional e funcional das partes na relação.”*

É nesse contexto que se coloca a questão referente à manutenção da equação econômico-financeira inicial dos contratos administrativos, que deve ser assegurada pelas partes e, na hipótese de vir a ser desbalanceada por fato superveniente e imprevisível, deve ser recomposta.

Essa equação econômico-financeira inicial é estabelecida na etapa de **planejamento** da contratação e resulta do edital da licitação e da proposta da licitante vencedora. Nos contratos de **duração** (como obras e serviços contínuos), bem como de **execução diferida** (como fabricação de equipamentos sob encomenda), podem surgir durante a

etapa de **execução** – e freqüentemente surgem – fatos supervenientes e imprevisíveis que desequilibram econômica ou financeiramente o contrato, em prejuízo de uma das partes contratantes. Fatos esses dos quais decorre o **dever** da parte beneficiada de recompor a equação desbalanceada e o correspondente **direito** da parte afetada de obter essa recomposição.

Note-se, por último, que mesmo em direitos não codificados, como nos Estados Unidos, criou-se uma “teoria do preenchimento da lacuna”. **Smith**, em “Frustration of Contract”, 1958, citado por **W. Friedmann** (“El Derecho en una Sociedad en Transformación”, Mexico, Fondo de Cultura Económica, trad. para o espanhol, 1966, p. 131), diz que:

*“Quando se apresentam circunstâncias não previstas nem razoavelmente previsíveis no momento da promessa, da aplicação da norma adequada de interpretação segue-se que não se pode interpretar razoavelmente que a promessa manifeste uma intenção que haja de encontrar-se também na situação imprevista. Os termos amplos não cobrem contingências imprevistas. Assim, pois, se em relação com as circunstâncias imprevistas o contrato mostra uma lacuna, é necessária sua complementação com providências deduzidas razoavelmente.”*

Acrescenta **Friedmann** (ob. cit., p. 131):

*“Apesar da insistência judicial sobre o **pacta sunt servanda** e outros aspectos tradicionais do contrato, o caráter deste como instrumento legal da sociedade contemporânea experimenta mudanças profundas, em que se mesclam elementos velhos com elementos novos.”*

Este é, sinteticamente exposto, o quadro referencial jurídico dentro do qual abordarei o caso que me é submetido a exame.

#### 4. Análise do caso concreto

Em 15 de fevereiro de 2003, divulguei no site [www.celc.com.br](http://www.celc.com.br) Comentário sob o título “O Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos”. Nele escrevi:

*“Obviamente, os contratos de **duração**, assim como os de **execução diferida**, estão mais sujeitos ao impacto de fatores externos sobre sua equação econômico-financeira inicial do que os de **execução imediata**. Daí a questão do reequilíbrio econômico-financeiro assumir maior relevância nos contratos de obras, serviços contínuos e compra e venda de bens para entrega futura, do que nos contratos de*

*prestação de serviços de pronta execução, ou de compra e venda de 'bens de prateleira'.*

*Os gestores desses contratos, especialmente daqueles celebrados pela Administração Pública, devem estar atentos a esses fatores externos, como, por exemplo, a brusca e inesperada elevação do ritmo inflacionário que ocorreu no último semestre de 2002, com o correspondente aumento imprevisível nos preços dos insumos. Diante de fatos desse tipo, cabe-lhes buscar compatibilizar, de um lado, a necessidade de dar continuidade ao contrato, evitando a indesejada rescisão, e, do outro, o respeito à ordem legal e constitucional. É nesse quadro que deve ser analisada a questão do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ressalte-se que um inesperado e imprevisível aumento nos preços dos insumos, tal como ocorreu agora, tinha um impacto muito menor nos tempos de inflação alta, quando a periodicidade do reajuste de preços contratuais era **mensal**. Com o Plano Real, o reajuste passou a ser **anual**, o que torna atualmente o desequilíbrio quase inevitável.”*

Não pretendi dizer com isso que **todos** os contratos em execução no último semestre de 2002 deveriam ter seus preços revistos para cima, em decorrência dessa disparada da inflação. Cada caso deve ser examinado em sua especificidade. Não se pode ignorar que à brusca e inesperada elevação do ritmo inflacionário seguiu-se, a partir do começo de 2003, uma também brusca e inesperada volta da inflação ao ritmo anterior. O adequado enfoque do problema exige que se verifique, em cada caso, qual foi a data da formação do preço contratual.

Suponhamos um **contrato de duração** com prazo de execução de dois ou três anos, decorrente de uma proposta apresentada em outubro ou novembro de 2002. Quer o preço proposto tenha sido referido à data da apresentação da proposta, quer à de um orçamento anterior, a expectativa era de uma inflação em disparada, sem indícios concretos de **se** voltaria – ou **quando** voltaria – ao ritmo “normal”. O preço proposto quase certamente – ou certamente – embutiria essa expectativa de alta. Aproximadamente a partir de abril de 2003, com a queda do ritmo inflacionário, esse preço estaria superdimensionado, **pelo que caberia revê-lo em favor da Administração contratante.**

Vale referir a este passo uma importante observação de **Oreste Cagnasso** (ob. cit., p. 71):

*“Conseqüentemente a legitimação ativa para a ação de revisão do preço cabe, como melhor veremos a seguir, tanto ao empreiteiro quanto ao dono da obra. Análoga disciplina é contida na legislação especial sobre as empreitadas públicas, onde é prevista também a revisão dos preços em diminuição.*

*Vem assim superado um dos argumentos que tradicionalmente, até o fim dos trabalhos preparatórios do Código civil francês, eram opostos à admissibilidade da revisão do preço na empreitada, a impossibilidade para o dono da obra de obter uma redução do preço em caso de diminuição dos custos. A revisão do preço em diminuição, é apenas o caso de observá-lo, **assume assim, em tal perspectiva, sobretudo uma função de justificação da revisão em aumento**, achando bem poucas ocasiões para uma concreta aplicação.” (grifei)*

Ou seja: **a teoria da imprevisão é uma via de duas mãos**. O dever de reequilibrar o contrato administrativo impõe-se tanto para aumentar quanto para diminuir o preço contratual.

No caso concreto, a base econômico-tributária, como informa o Consultante e consta do item 4 de sua Proposta Comercial, foi a de fevereiro de 2001. O preço sofreu seu primeiro reajuste em fevereiro de 2002. Nesse período de um ano, a base permaneceu íntegra. Em fevereiro de 2001, porém, era totalmente imprevisível a elevação do ritmo inflacionário ocorrida em 2002 e começo de 2003. Caracterizou-se, assim, uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro em prejuízo do contratado. Situação essa que deve ser corrigida mediante aplicação da teoria da imprevisão, tal como acima exposto.<sup>9</sup>

Saliente-se que essa situação não decorreu simplesmente do fato de a inflação real ter sido, nesse período, superior à prevista. Se a inflação real é superior ou inferior à projetada pelo proponente, isso não é suficiente para caracterizar o desequilíbrio econômico-financeiro de um contrato. É um fato que se inclui na **álea ordinária** do negócio. O que caracterizou, no caso, a **álea extraordinária** e ensejou a aplicação da teoria da imprevisão foi a brusca e inesperada elevação do **ritmo inflacionário** verificada naquele período, o que levou a inflação real a mais de quatro vezes a projetada pelo Banco Central.

**Orlando Gomes** escreveu, em estudo incluído no seu “*Transformações Gerais do Direito das Obrigações*” (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, pp. 142/143), estudo esse sob o título “*Influência da Inflação nos Contratos*”:

*“Enquanto o processo inflacionário se mantém em ritmo lento e moderado, os princípios básicos do direito contratual resistem a seus efeitos. No momento, porém, em que se acelera, esses princípios vacilam, transformando-se, alguns deles, em obstáculos a que muitos contratos continuem a ser instrumentos de aplicação da justiça comutativa.”*

---

<sup>9</sup> Os documentos anexados à Consulta demonstram que a inflação real, medida por índices gerais como o IGPM - que de acordo com a cláusula 13, item 13.2, do contrato serve como base para o reajuste do preço -, correspondeu, **grosso modo**, à evolução dos custos da construção, medidos por índices setoriais calculados também pela FGV, tais como os índices referentes a obras hidrelétricas e rodoviárias.

Parece-me claro que a aceleração do processo inflacionário, que se mantinha, até meados de 2002, em ritmo lento e moderado, foi inesperada, o que, como diria **Orlando Gomes**, provocou a vacilação dos princípios básicos do direito contratual, criando-se obstáculos a que muitos contratos continuassem a ser instrumentos de aplicação da justiça comutativa. Efeito que ocorreu no sentido inverso quando, em 2003, houve a também inesperada desaceleração desse ritmo. Por isso, repito que cada caso deve ser analisado em sua especificidade, levando-se em conta a data da formação do preço contratual, podendo chegar-se, em muitos contratos de **duração**, ou de **execução diferida**, à conclusão de que o desequilíbrio ocorreu **em benefício do contratado**, tal como na hipótese contemplada no início deste item.

No caso sob exame, entendo que ocorreu o desequilíbrio **em prejuízo do contratado**, já que a brusca aceleração do ritmo inflacionário, ocorrida a partir de meados de 2002, não era previsível em fevereiro de 2001, data da base econômica do preço proposto. Reajustado o preço em fevereiro de 2003 – e voltando a inflação, a partir de então, ao ritmo anterior – a equação econômico-financeira do contrato retornou, **a partir daí**, à normalidade.

O fato ensejador do desequilíbrio era **imprevisível** pelo contratado na data da formação do preço proposto e foi **exterior** à relação contratual, além de **inevitável** quer para o contratado quer para a contratante. Caracterizou-se, portanto, a **imprevisibilidade**, a **exterioridade** e a **inevitabilidade** necessárias, como foi visto acima, para aplicação da teoria da imprevisão.

Note-se que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato nada tem a ver com o **reajuste** do preço, previsto para fevereiro de 2003. Trata-se de **revisão** ou **recomposição** do preço. Sobre o assunto, escrevi artigo publicado na Revista Trimestral de Direito Público nº 15 (pp. 163/166). Nele acentuei, com base na vasta doutrina jurídica sobre o assunto, que:

*“São conceitos juridicamente distintos:*

- a) reajuste;*
- b) revisão; e*
- c) correção monetária.*

*Ao celebrar um contrato de execução de obra, prestação de serviços ou compra e venda de bens para entrega futura, as partes podem estabelecer ou não cláusula de **reajuste de preços**. É óbvio que, em economias altamente inflacionárias, tal cláusula é indispensável, salvo se o prazo de execução for extremamente curto. Mesmo em uma economia com inflação baixa, porém, ela é necessária, embora a periodicidade de sua aplicação possa ser maior (atualmente é de um ano).*

*Qualquer que seja a modalidade adotada, a função da cláusula de reajuste é evitar que o contrato venha a ter, na fase de execução, sua equação econômica rompida, ruptura essa decorrente de elevação dos custos dos insumos utilizados.”*

E acrescentei:

*“Conceito distinto é o de **revisão de preços**. A função da revisão de preços é restabelecer o equilíbrio econômico ou financeiro do contrato, contenha este ou não cláusula de reajuste.”*

No caso concreto, o **reajuste** efetuado em fevereiro de 2003 não exerceu sua função relativamente ao desequilíbrio ocorrido no período de elevação súbita e imprevisível do ritmo inflacionário. Cabe, assim, proceder à **revisão** do preço, a fim de recompor a equação econômico-financeira desbalanceada.

Uma última observação cabe quanto à possibilidade de ser pago agora, ao contratado, um valor correspondente à diferença entre a inflação prevista quando da formação do preço contratual e a inflação real verificada por ocasião da elevação brusca e imprevisível do ritmo inflacionário naquela época. Sobre este ponto, é impecável a afirmação de **André De Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé** (*“Traité des Contrats Administratifs”*, tome second, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, p. 612):

*“Se o contratado entende efetivamente prosseguir a execução de seu contrato, importa pouco que sua demanda seja apresentada antes ou depois do período da imprevisão... Seria evidentemente uma penalização absurda do contratado que, tendo empenhado toda a diligência para cumprir suas obrigações, seria sancionado de alguma maneira por ter demandado demasiadamente tarde uma indenização.”*

Com base nesse raciocínio, os eminentes juristas franceses chegam a admitir que a demanda seja apresentada mesmo após a extinção do contrato. Dizem eles (ob. e p. cit.):

*“O que se vem a dizer a propósito da demanda de indenização posterior ao período de imprevisão mas anterior ao fim do contrato pode ser estendido à demanda de indenização posterior ao fim do contrato... Admitir esta solução constitui a garantia para o contratado de que seus esforços para assegurar a continuidade do serviço serão recompensados.”*

## CONCLUSÃO

À vista do exposto, entendo que a Consulente tem direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, rompido pela brusca e inesperada aceleração do ritmo inflacionário verificada no último semestre de 2002 e início de 2003.

Parece-me evidente que o reajuste aplicado em fevereiro de 2003 não importou na recuperação das perdas ocorridas naquele período, já que a Consulente incorreu em custos que não foram totalmente cobertos pelo preço contratado, cuja base econômica se reportava a fevereiro de 2001. O reajuste efetuado em fevereiro de 2003, **aliado ao retorno da inflação ao ritmo anterior**, restabeleceu a equação econômico-financeira do contrato, **mas apenas a partir daí**. Não teve o condão de corrigir as conseqüências do desequilíbrio já ocorrido. Vale dizer: não teve o condão de ressarcir o contratado pelas perdas verificadas no período da aceleração do ritmo inflacionário, perdas essas correspondentes à diferença entre a inflação projetada na proposta e os custos efetivamente incorridos naquele período por força da inflação imprevista e imprevisível.

(outubro/2004)

---

**(Comentário nº 146 – 01.08.2007, divulgado no site [www.celc.com.br](http://www.celc.com.br))**

*Esta página é renovada mensalmente, no dia 01 de cada mês*