

Alteração dos contratos administrativos. Revisão contratual. Teoria da Imprevisão

Leon Frejda Szklarowsky *

Os contratos administrativos poderão ser alterados unilateral ou bilateralmente.

I. alteração unilateral: por força da prerrogativa da administração pública, que atua com supremacia, excepcionando a norma fundamental da imutabilidade dos contratos. Essa primazia vem disciplinada no artigo 58.

Duas são as hipóteses que autorizam a alteração unilateral, promovida pela Administração Pública:

1. Quando houver modificação do projeto ou da especificação para melhor adequação técnica aos seus objetivos .

Esta alteração é possível, durante a execução do contrato, em virtude da permissão dada pelo artigo 58, I, c/c o inciso I do artigo 65. Neste caso, poderá fazer-se a prorrogação do prazo de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega, calcada no inciso I do § 1º artigo 57. Sempre que isso ocorrer, deverá a Administração rever a cláusula econômico - financeira, para que se mantenha o equilíbrio econômico - financeiro, ex vi do § 2º do artigo 58. A alteração das cláusulas econômico - financeiras depende da aquiescência de ambas as partes, pois a regra, no direito contratual, é, exatamente, a bilateralidade.

Entretanto, o parágrafo 6º., do artigo 65, traça a exceção a esse princípio. Não se trata de reajuste ou atualização monetária, nem se lhes aplicam normas menores restritivas, de sorte que a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico - financeiro inicial.

Essa modificação qualitativa, que difere da alteração quantitativa estudada no item 2 infra, não tem um limite prefixado e pode calcar-se em fatos imprevistos ou inevitáveis, como novidades tecnológicas ou imposições do Estado (fato do príncipe). Atente-se, porém, que, sem embargo de a lei não fixar uma limitação incisiva, como o faz, na alínea b (inciso I, artigo 65), o contratante deverá balizar essa alteração, dentro dos limites razoáveis e imprescindíveis, de modo a atender o interesse público. Deve haver demonstração cabal de que a modificação é necessária, sem o que prejudicados estariam o projeto ou as especificações, porque em conflito com os objetivos pretendidos. A motivação é essencial. Este também é o pensamento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, alicerçado em erudito parecer de Carlos Pinto Coelho Motta (1), Caio Tácito (2), Antonio Marcello da Silva (3), Lucas Azevedo Moreira dos Santos e Marçal Justen, conquanto Toshio Mukai não admite se ultrapasse o limite de 50% fixado na alínea b, para os acréscimos em razão de reforma de edifício ou construção. Alice Maria Gonzalez Borges somente permite os limites prefixados na citada alínea b, mas apoiada em Hely Lopes Meireles, concorda com alteração maior que o limite legal (4), se necessário.

Entretanto, a lei não impõe qualquer limitação quantitativa. Trata-se de alteração qualitativa, ditada por razão diversa, em homenagem ao interesse público. O intérprete não pode restringir, onde a lei não restringe. São duas normas, com endereçamento distinto e natureza profundamente desigual. Basta lerem-se atentamente os dois dispositivos.

Imagine-se uma obra em andamento. A Administração - contratante verifica que a modificação do projeto melhor se comungará com os seus objetivos, quanto à necessidade de aperfeiçoamento, por motivos supervenientes, que tornam impraticável e inexequível o projeto original, não por culpa dela, nem por erro técnico ou negligência de quem quer que seja. Para economia de tempo e recursos, melhor se apresenta a adequação do projeto a essa

nova situação. É razoável e justo que se tome por parâmetro um limite que lhe não é destinado e tem endereço certo?

A resposta é não. Dever-se-á considerar o que é melhor, para a sociedade e para o súdito, porque, determina a Lei de Introdução ao Código Civil, o juiz, na aplicação da lei (leia-se também o administrador que não pode ficar alheio ao mundo em que vive), atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum ou, como ilustra Carlos Maximiliano, com o apoio de Aubry & Rau, Savigny e Bozi, o hermeneuta, deve preocupar-se com a consequência provável de cada interpretação e evitar um resultado incompatível com o bem geral e que corresponda às necessidades da prática e seja mais humano, benigno (5). Impõe-se seja razoável, evite um resultado nefasto e não se afaste do princípio da economicidade.

Nesta linha de pensamento, Adilson de Abreu Dallari, assentado na melhor doutrina e citando, especialmente, Antônio Carlos Cintra do Amaral e Allan Randolph Brewecarias, ensina que a alteração do projeto pode acontecer, em virtude da necessidade de se reduzir ou eliminar o ônus excessivo, em face de dificuldades maiores do que as previstas ou, então, para adaptar o projeto a uma realidade já existente, contudo inesperada, ou ainda a uma situação que se alterou após o projeto. É necessário então alterar-se o projeto, para tornar a obra menos onerosa, viabilizando-a, porque, do contrário, seria inconveniente prosseguir, segundo o projeto originalmente concebido. (6)

Acrescentamos, não será apenas conveniente, mas necessária a modificação do projeto ou da especificação, nesses casos. Se o administrador assim não agir, estará cometendo um ilícito, causando prejuízos incalculáveis à Administração. Nova licitação mostrar-se-ia, sem dúvida, sumamente, ruinosa. Esta tese encontrou ampla acolhida no TCU.

Não se há de eleger uma solução afastada da realidade e da sociologia.

O Colendo Tribunal de Contas da União, tendo em vista obra realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sessão plenária presidida pelo Ministro Homero Santos, designado Relator, o Ministro Carlos Átila, vencido o Ministro Fernando Gonçalves, decidiu, calçado em primoroso exame, que: "em razão da complexidade e do vulto da edificação, devem ser considerados os aspectos e as situações peculiares que se não encontram em uma obra comum." Este voto mereceu do Ministro Adhemar Ghisi inequívoca expressão de solidariedade, mercê da ponderação precisa e elegante, congratulando-se com o Plenário, pelo seu pronunciamento, quanto à legalidade e economicidade dos atos praticados. O insigne Procurador Dr. Lucas Rocha Furtado, também se manifestou no mesmo sentido (7).

Se, porém, a Administração ultrapassar a margem razoável, certamente receberá o devido corretivo.

2. Quando for necessária a modificação do valor contratual, em razão do acréscimo ou diminuição quantitativa do seu objeto, nos limites permitidos pela lei, em harmonia com a ordem do inciso I, do artigo 58 , respeitados os direitos do contratado.

O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, esses acréscimos ou supressões. Estes limites estão especificados no § 1º do artigo 65. Em se tratando de compras, obras ou serviços, o acréscimo ou a diminuição poderá atingir até 25% do valor inicial atualizado do contrato. No caso de reforma de edifício ou de equipamento, o acréscimo poderá chegar até o limite de 50%. A lei é clara, ao dispor que, em caso de alteração unilateral, com aumento de encargos para o contratado, a Administração deverá restabelecer o equilíbrio econômico - financeiro, através de aditamento. (8)

A supressão, por parte da Administração, acarretando modificação do valor inicial, do contrato, além do limite previsto no § 1º, autoriza o contratado pedir a rescisão

contratual, via judicial (§ 1º do artigo 65, c/c o inciso XIII do artigo 78), desde que os contratantes não entrem em acordo.

O § 2º desse artigo proíbe, teminadamente, que esse acréscimo ou supressão exceda os limites insertos no já referido §1º.

Não obstante, a Medida Provisória 1531-15, de 5.2.98, renovada pela MP 1531-16, de 5.3.98, e 1531-17, de 2.4.98, sucessivamente, ao modificar o 2º do artigo 65, introduziu uma novidade, ao facultar a supressão, além dos limites nele estabelecidos, mediante acordo entre os contratantes.

Não se há de olvidar que, no caso de supressão de obra, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido o material e posto no local de trabalho, este deverá ser pago, pela Administração, pelo custo de aquisição e monetariamente corrigido, além de outras indenizações, pelos danos, se comprovados, efetivamente.

Os limites desse acréscimo têm em vista a unidade e não o valor global, lembra Carlos Pinto Motta, calcado em jurisprudência do TCU, todavia Caio Tácito advoga que não há revisão de preços unitários a considerar, além dos reajustes essencialmente admitidos pelo contrato, segundo índices preestabelecidos, de sorte que se deve entender o valor inicial atualizado globalmente. (9)

As modalidades de licitação não se alteram, com a modificação do valor contratual, em vista do acréscimo ou da redução quantitativa do seu objeto, porque aquele ou esta ocorre, no decurso da execução do contrato, quando a fase de licitação já se exauriu.

Ao comentarmos o caput do artigo 21 do revogado Decreto - lei 2300, de 1986, com idêntica redação do atual caput do artigo 23, defendemos, em situação semelhante, a tese de que a tomada de preços que se estava realizando, sob a égide de determinados limites, corrigidos, na época, pelo Decreto 98248//89, em nada prejudicaria o procedimento

realizado, nem se alteraria a modalidade de licitação eleita, porque se tratava de mera atualização, em vista da espiral inflacionária, e, assim, o valor estimado passaria a ser, ipso facto, o enunciado pelo citado decreto, sem macular absolutamente os princípios cardiais que norteiam a licitação e os contratos administrativos. (10)

In casu, repita-se, a modificação do valor inicial atualizado do contrato dá-se por imposição legal, posto que o contratado é obrigado a aceitar o acréscimo ou a supressão que se fizerem nos contratos.

O Tribunal de Contas do DF decidiu que os acréscimos e supressões, que se fizerem nas obras e nos serviços, devem obedecer rigorosamente o limite de 25% sobre o valor originário, de sorte que se houver ultrapassagem, haverá que fazer-se nova licitação ou contratação direta, nos casos que a lei permite, devidamente justificado e comprovado, nos termos do § 1º. do artigo 65. (11)

II. Alteração bilateral: esta alteração far-se-á, se houver acordo entre as partes, nas seguintes hipóteses:

1. Quando houver conveniência (vantagem, interesse, proveito) em substituir a garantia da execução, prevista no artigo 56. A autoridade competente poderá, em cada caso, a seu critério, desde que conste do edital e do contrato, exigir prestação de garantia, nos contratos de obras, serviços e compras. Por outro lado, o contratado, poderá optar por uma das modalidades inscritas, no citado artigo.

2. Quando for necessária (indispensável, essencial, inevitável, fatal) modificação no regime de execução da obra ou do serviço ou da forma de fornecimento, em virtude de verificação técnica da inaplicabilidade do convencionado, na forma originária. O regime de execução ou a forma de fornecimento deve constar obrigatoriamente do contrato, por ser cláusula essencial e, se for tecnicamente impossível o prosseguimento do contrato, na forma prevista, as partes farão o necessário ajuste. Não se trata de mera faculdade, em que

as partes anuirão ou não, na alteração, pois, se esta é necessária, porque tecnicamente é impossível o prosseguimento do contrato na forma ajustada, certamente essa modificação terá que fazer-se. Assemelha-se na verdade à imposição, por força das circunstâncias. A mesma ponderação vale para as hipóteses seguintes. Na hipótese I, há mera conveniência. Nas hipóteses 2, 3 e 5, ao contrário, a situação é inelutável, inexorável, indispensável, fatal.,

3. Quando for necessária a alteração na forma do pagamento, em vista de circunstâncias supervenientes. O valor inicial atualizado, entretanto, deve ser mantido. Acrescente-se que a lei veda expressamente o pagamento antecipado com referência ao cronograma financeiro fixado, sem que haja a correspondente execução da obra ou do serviço ou a contraprestação de fornecimento de bens. Lembre-se, não obstante, que a doutrina e a jurisprudência têm permitido o pagamento antecipado, sob determinadas situações e condições. (12)

4. Para restabelecer a relação inicial entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração, a fim de manter-se a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento. A lei não diz, expressamente, mas compreende-se que esta norma se ajusta a qualquer tipo de contrato, dados os princípios que ela encerra. Para que essa revisão se opere, necessário se faz que sobrevenham:

a) fatos imprevisíveis,

b) fatos previsíveis de consequências incalculáveis (novidade desta lei), que retardem ou impeçam a execução do contrato;

c) força maior (fato previsto ou previsível, mas superior às forças humanas (13), ou acontecimento que não pode ser previsto nem evitado) (14), caso fortuito (fato natural, imprevisível ou inevitável, provém das forças naturais) ou fato do príncipe (ato geral do Poder Público, que reflexamente produz o desequilíbrio econômico do contrato ou obsta sua execução), que configure álea econômica extraordinária ou extra - contratual. Hely Lopes Meirelles menciona o fato da Administração como toda ação ou omissão do Poder

Público, que, incidindo, diretamente sobre o contrato, impede sua execução. O autor distingue-o do fato do príncipe, mas equipara-o à força maior, asseverando que produz os mesmos efeitos excludentes da responsabilidade do particular pela inexecução do contrato. (15)

5. A instituição, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, se ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão, nos preços, implicarão a revisão do contrato, para mais ou para menos, conforme o caso.

Não se trata de mera faculdade, como poderia parecer, em singela análise. O legislador, certamente, posicionou esta hipótese, isoladamente, para chamar a atenção, em virtude de sua importância e, tal qual, no caso de alteração unilateral do contrato (§ 6º do artigo 65), o legislador impõe (usa o verbo implicar, que significa importar, trazer como consequência, provocar, originar, causar - Dicionário AURÉLIO), a revisão, para mais ou para menos, conforme o caso. (16)

Em consequência, a Administração é obrigada a fazer a revisão, se houver, por exemplo, a extinção ou alteração, para menos, de encargos ou de tributos, já que, omitindo-se, estará causando prejuízos para o Erário ou para a entidade respectiva. Deverá, então, por meio dessa alteração, diminuir o valor do contrato. É uma ordem -- um poder - dever, não uma faculdade. O artigo 82 é cristalino, quando dispõe que os agentes que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei, sob estudo, sujeitam-se às sanções previstas na referida lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das sanções civis e criminais. A norma não trata da omissão, mas esta não pode ser excluída e o artigo 113 autoriza não só o contratado, mas também o licitante, pessoa física ou jurídica, representar ao Tribunal de Contas e aos órgãos de controle interno contra irregularidade, na aplicação da lei.

A revisão contratual, já dissemos alhures, não se confunde com o reajuste ou com a atualização financeira ou monetária, porque de natureza distinta, e não se submete às restrições da legislação excepcional do Plano Real nem de normas inferiores ilegais.

Naquele caso (alínea d do inciso II do artigo 65), entre os pressupostos, distinguem-se os fatos, que são imprevisíveis ou previsíveis, mas as consequências são imprevisíveis, e ocorrem, a qualquer tempo, durante a execução do contrato. Comprovadas a ocorrência do evento e a repercussão nos preços, impõe-se a revisão do contrato, porque efetivamente previsíveis eram os acontecimentos, mas incalculáveis são as consequências, capazes de retardar ou mesmo impedir a execução do convencionado.

Essa disposição não pode ser menosprezada. Não existia no Decreto-lei 2300, nem na versão originária da lei. Surgiu, com a Lei 8883, de 1994, com fonte no Projeto de Lei de Conversão 10/94, fruto da Medida Provisória 472/94 (Parecer 6/94, do Deputado Walter Nori) (17), que alterou várias disposições da lei e acrescentou outras, mercê do esforço do Deputado Luiz Roberto Ponte, com a emenda 495, de 22.9.93.

O Colendo Tribunal de Contas da União, contudo, em Consulta, relatada pelo Ministro Carlos Átila, decidiu, pelo Pleno, que "os preços contratados não poderão sofrer reajustes por incremento dos custos de mão - de - obra decorrentes da data - base de cada categoria, ou de qualquer outra razão, por força do disposto no artigo 28 e seus parágrafos da Lei 9069/95, antes de decorrido o prazo de um ano, contado na forma expressa na própria legislação;" e " poderá ser aceita a alegação de desequilíbrio econômico - financeiro do contrato com base no reajuste salarial dos trabalhadores ocorrido durante a vigência do instrumento contratual, desde que a revisão pleiteada somente aconteça após decorrido um ano da última ocorrência verificada (a assinatura, a repactuação, a revisão ou o reajuste do contrato) contado na forma da legislação pertinente." (18) O Tribunal de Contas do Distrito Federal decidiu que o aumento salarial, concedido aos servidores da empresa contratada, na data - base, não constitui fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis (19).

Não se faz necessário aguardar o prazo de um ano ou qualquer outro prazo, para que a Administração conceda a revisão contratual, porque atenta contra a realidade e a vontade da lei. A revisão é imediata, se os pressupostos de fato ocorrerem, e não se concilia com

qualquer outra condicionante. Esta deve ser admitida, a qualquer tempo, como sabiamente discursa Jessé Torres Pereira Júnior, "porque, a qualquer tempo, pode ocorrer o fato do príncipe, o caso fortuito ou força maior, o fato imprevisível, ou previsível de consequências incalculáveis (20), com o que concorda Ivan Barbosa Rigolin, ao tecer lúcidas considerações, em robusto parecer, concluindo que esta posição contraria o mundo dos fatos. (21)

A melhor doutrina já se cristalizou neste sentido, com nomes do porte de Maria Aparecida Osório de Almeida, Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini, Caio Tácito e Carlos Ari Sunfeld (22). Celso Antônio Bandeira de Mello enfatiza, com absoluta razão, que, se o particular visa sempre o lucro, a Administração deve sempre agir com a maior lisura e não se locupletar à custa do contratado (23).

EM SÍNTESE:

a) A ALTERAÇÃO CONTRATUAL PODERÁ OCORRER POR IMPOSIÇÃO DE UMA DAS PARTES - A ADMINISTRAÇÃO, EX VI DE SUA PRERROGATIVA, E POR VONTADE DAS DUAS PARTES.

b) A REVISÃO DO CONTRATO, QUE SE NÃO CONFUNDE COM O REAJUSTAMENTO DE PREÇOS, NEM COM A ATUALIZAÇÃO OU A CORREÇÃO MONETÁRIA, VISA MANTER O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO, PARA RESTABELECER A RELAÇÃO INICIAL ENTRE OS ENCARGOS DO CONTRATADO E A JUSTA REMUNERAÇÃO.

c) FEITA A ALTERAÇÃO DO CONTRATO, ADMITIR-SE-Á A PRORROGAÇÃO CONTRATUAL, NAS HIPÓTESES LEGAIS (ARTIGO 57, §1º).

d) A REVISÃO DE PREÇOS SOMENTE SE FARÁ DESDE QUE HAJA COMPROVAÇÃO DOS FATOS, PERANTE A ADMINISTRAÇÃO, POR

INTERMÉDIO DOS ÓRGÃOS COMPETENTES - ÓRGÃO TÉCNICO - FINANCEIRO E JURÍDICO, E REPERCUSSÃO EFETIVA NOS PREÇOS. NÃO ESTÁ VEDADA PELO PLANO REAL, NEM ESTÁ PROIBIDA DE FAZER-SE, ANTES DE DECORRIDO UM ANO DO CONTRATO, EM FACE DA SUA NATUREZA DISTINTA DO REAJUSTE OU DA ATUALIZAÇÃO.

DISPOSIÇÕES LEGAIS QUE TÊM RELAÇÃO COM A REVISÃO DO CONTRATO, EM VISTA DA TEORIA DA IMPREVISÃO, COM FUNDAMENTO NOS FATOS ACIMA RELACIONADOS:

Artigos Parágrafos Incisos

57 1º I

58 1º e 2º -

65 5º e 6º II, c; II, d

NOTAS

(1) Processo 00425888, de novembro de 1996.

(2) Cf. BLC 3/97 e Revista de Dir. Administrativo 205/369.

(3) Cf. Revista de Direito Administrativo 198/62.

(4) Cf. BLC 2/95.

(5) Cf. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Freitas Bastos, 6ª. edição, 1957, pág. 209.

(6) Cf. Parecer nos autos. vide Decisão 753/96, Pleno.

(7) Cf. decisão 753 cit., publicado no DOU de 9.12.96, Sessão Ordinária de 20.11.96. Ata 46/96.

(8) Vide a observação anterior, quanto à reposição do equilíbrio econômico - financeiro.

(9) Cf. Parecer, in BLC 3/97, Pág. 117.

(10) Cf. nosso Modalidade de Licitação, in Revista Trimestral de Jurisprudência 80/55.

Esse entendimento foi sufragado pela Procuradoria - Geral da Fazenda Nacional.

(11) Cf. decisão 56/94.

(12) Na doutrina, Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 1995; . cit., Diógenes Gasparini, *Revista de Direito Público* 97/239; Marçal Jusaten Filho, in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, AIDE Editora, 1993, pp. 324/5; Marcos Juruena Villela Souto, *Licitações e Contratos Administrativos*, ADCOAS, ESPLANADA, 2ª. Edição, 1º. volume, § 205. Na jurisprudência: entre outras decisões, TC 1821/93-8, Pleno, Relator, Ministro Olavo Drummond, Ata 9/93, decisão 67/93, de 17 de março de 1993, in BLC Junho/93; TC 8839/86-7, DOU 5.8.87. Outros precedentes: TC 55143/86 (Anexo IX, Ata 93/86, e TC 4509/84-6(Anexo XIII, Ata 58/87, com declaração de voto, respectivamente, dos Ministros Ivan Luz e Carlos Átila. Consultem-se também os julgados prolatados nos processos TC 41020/73, de 3.9.74, Anexo VII à Ata 66/74, e no TC 18476/85-6, de 16.9.86, Anexo V, Ata 66/86. Também, a decisão relatada pelo Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, in Ata 55, de 29.11.89, Anexo VII.

(13) Cf. Cunha Gonçalves, apud *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*, de José Naufel, José Konfino, Editor, 1959.

(14) Cf.. Cf. o artigo 1058 do Código Civil.

(15) Cf. *Direito Administrativo cit.*, p.223 .

(16) Cf. § 5º. do artigo 65.

(17) Sobre o histórico desta Lei, consulte-se nosso *Licitações e Contratos Administrativos*, *Revista de Informação Legislativa* 125/103, remissão 1.

(18) Cf. decisão 475/95, Ata 41/95, in BLC 6/96 cit., pp. 292/9.

(19) Cf. decisão 1925/96. <hr size=1 color="red">

*O Professor Leon Frejda Szklarowsky é Conselheiro da OAB-DF, Subprocurador – Geral da Fazenda Nacional aposentado, escritor, diretor do Instituto Histórico e Geográfico do Distrito Federal, membro da American Arbitration Association, presidente do Conselho de Ética e Gestão e juiz arbitral do Superior Tribunal de Justiça Arbitral do Brasil, acadêmico e ex-presidente da Academia Maçônica de Letras do Distrito Federal, da Academia Brasileira de Direito Tributário, da Academia de Letras do Distrito Federal, da Academia

de Letras e Música do Brasil, vice-presidente do Instituto Jurídico Consulex e da Associação Brasileira de Advogados, membro da International Fiscal Association, dos Institutos dos Advogados Brasileiros, de São Paulo e do DF, da Associação Nacional dos Escritores e de diversas entidades jurídicas e literárias. Autor de inúmeras obras e ensaios, destacando-se: Hebreus, História de um povo, Orquestra das Cigarras, Crimes de Racismo, Arbitragem, Penhora Administrativa, Execução Fiscal e Medidas Provisórias – Instrumento de Governabilidade.

Disponível em:< http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/874>

Acesso em.: 04 dez 2007.