

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO NA SEARA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Brenda Jordana Lobato Araújo Teixeira¹

Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra da Silva²

RESUMO

O contrato administrativo é um tipo de avença travada entre a administração e terceiros, tendo como instrumento a efetivação do interesse público, gerador de direitos e obrigações recíprocas para as partes que pactuam o feito. Mesmo tendo características próprias e peculiares, os contratos administrativos são regidos pelas normas de Direito Civil, onde são tidos como gênero da espécie contrato, seja de forma predominante ou subsidiária. Sendo assim, verifica-se que a execução deve visar à promoção do seio coletivo, buscando inclusive a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro durante o período que perdurar o acordo, com o objetivo de evitar uma quebra do que foi estabelecido na relação contratual, a fim de evitar prejuízos ao contratante e contratado. A metodologia utilizada se baseou no método dialético e lógico-dedutivo, consubstanciado à pesquisa doutrinária, em periódicos, jurisprudência e legislação, com objetivo de analisar e de consagrar a Teoria da Imprevisão com o intuito idôneo a preservação do equilíbrio contratual, podendo ser considerada como um balanceador de prejuízos incidentais.

Palavras-chave: Administração; Contratos; Princípios Contratuais; Teoria da Imprevisão; Equilíbrio econômico-financeiro.

THE APPLICABILITY OF THE THEORY OF UNPREDICTABILITY IN SEARA ADMINISTRATIVE CONTRACTS

ABSTRACT

The administrative contract is a type of retainer waged between the administration and third parties, having as an instrument effecting public interest, generator of reciprocal rights and obligations on the parties, who makes a pact the deed. Even having own or peculiar characteristics, administrative contracts are governed by the rules of civil law, which are considered as genre of the kind contract, is the predominant form or subsidiary. Thus, it is

¹Aluna de graduação do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: brendajordana_@hotmail.com

²Docente do curso de direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN das cátedras de Direito Constitucional, metodologia científica, trabalho de curso, direito empresarial, direito administrativo. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Especialista em Direito Constitucional pela UFRN. Professora de Pós-graduação na UNIRN da cadeira de Direito Societário. E-mail: jradvocacia@gmail.com

checked that the execution should be aimed at promoting the collective bosom, including seeking to maintain the economic and financial balance during the period that lasts the agreement, with the aim to avoid a breakdown of what was established in the contractual relationship, in order to avoid losses to the contractor and contractor. The methodology was based on the dialectical and logical-deductive methods, and embodied to doctrinary research, in periodicals, jurisprudence and legislation, in order to analyze and establish the theory of unpredictability with the reliable purpose to preserve the contractual equilibrium, being able to be considered as a balancer of incidental damages.

Keywords: Administration; Contracts; Contractual Principles; Unpredictability Theory; Economic and financial balance.

1 INTRODUÇÃO

O contrato administrativo é considerado como um instrumento de concretização do interesse público, sendo gerador de direitos e obrigações para as partes que estão contratando. Há uma busca pela efetivação do bem comum, sendo este consagrado como um mandamento constitucional, onde categoricamente prima-se pela função social que este desempenha. Deve-se prevalecer os seus pressupostos legais da mesma maneira que se busca a efetiva execução.

Os contratos, em regra, são regidos pelas normas de direito privado, partindo-se do pressuposto que este faz lei entre as partes e que aquilo que foi avençado terá que ser cumprido, não sendo permitido assim haver uma liberalidade entre as partes para que rescindam o contrato. Contudo, mister se faz ressaltar que no âmbito da Administração Pública há prerrogativas especiais que regem as relações contratuais.

Baseando-se nessa prerrogativa exclusiva da Administração é que existiu a necessidade da aplicação da Teoria da Imprevisão, instituto posto no Direito Civil, mas de aplicabilidade direta nos demais ramos em virtude da necessidade de um instrumento que pudesse estabelecer o equilíbrio econômico quando houver a possibilidade de alteração daquilo que foi contratado pelas partes, em razão de fatos extraordinários e imprevisíveis.

O surgimento da Teoria da Imprevisão veio a tona em decorrência das crises existentes na sociedade, que, em decorrência de grandes revoluções – 1º Guerra Mundial, Revolução Russa, entre outras – deixou-se de ter como manter a continuidade dos pactos estabelecidos, não havendo mais como atender aquilo que havia sido acordado entre as partes, gerando assim uma grande insegurança jurídica na sociedade, propagando pela necessidade de criação de medidas emergenciais para que pudesse haver uma estabilização nas situações decorrentes da época.

A Teoria da Imprevisão teve um marco histórico e de relevância fundamental no âmbito jurídico. Constituída desde o Código Civil de 1916, onde continha uma expressa disposição instituindo a aplicação dessa teoria no ordenamento jurídico vigente. Contudo, posteriormente ao ano de 1930 foi constatada uma nova tendência legislativa, tendo como pressuposto não propriamente a resolução do contrato oneroso, mas o objetivo principal era pautado na possibilidade de rever cláusula causadora de onerosidade excessiva.

Nos dias atuais, a necessidade pela busca desse equilíbrio nos contratos veio consagrada no Código de Defesa do Consumidor e posteriormente expresso no Código Civil de 2002.

No Código Civil parte-se da previsão que contrato faz lei entre as partes, sendo pautado no Princípio da Força Obrigatória dos Contratos – que também recebe o nome de *Pacta Sunt Servanda* – uma vez estabelecido o vínculo contratual a qual une as partes, estas ficam condicionados aos limites estabelecidos, ficando estas ligadas pelo vínculo que as une, onde as respectivas cláusulas contratuais passam a ter força obrigatória.

Assim, diante da relevância desta Teoria, busca-se uma análise da aplicação desta nos contratos administrativos, almejando evitar efeitos nefastos em decorrência de mudanças estabelecidas no objeto da avença, pautando-se na equação econômico-financeira daquilo que foi pactuada entre a Administração Pública e o particular.

Nos contratos pactuados pelos entes públicos, face sua importância acerca do bem coletivo de forma geral, torna-se essencial à aplicabilidade da Lei 8.666/93, assim como, os princípios que se encontram previstos nela.

A Lei das Licitações admitiu expressamente a possibilidade de uma alterabilidade nos pactos firmados pelo poder público, já que por haver um envolvimento do interesse e do uso de recursos públicos, a alteração dos contratos administrativos deve estar motivada pelo direito, não admitindo a possibilidade de alteração apenas pela vontade das partes, mas sim advindo de fatos extraordinários e imprevisíveis.

Desta maneira, é de extrema importância a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão nos Contratos Administrativos, entretanto, faz-se necessário salientar que a aplicação da cláusula *rebus sic standibus* baseia-se em algumas condições para sua utilidade, tendo em vista que não poderá haver uma alteração no contrato em virtude de qualquer oscilação econômica ou diminuição do lucro, havendo assim requisitos fundamentais, a depender da análise do caso concreto, para a aplicabilidade da aludida teoria.

O presente artigo analisará a possibilidade da aplicação da aludida Teoria nos contratos firmados pela Administração, assim como, demonstrará a relevância jurídica advinda de seu acolhimento pelo Direito Administrativo, especialmente abordado na espécie de Contratos Administrativos e especialmente sua importância e relevância acerca da garantia estabelecida pelo art. 37, XXX da Constituição Federal de 1988 e também sua aplicabilidade na Lei das Licitações (Lei 8.666/93), expressos nos arts. 57, §1º, II; e 65, II, “c” e “d”, e §§5º e 6º.

A metodologia utilizada será baseada na pesquisa doutrinária, em periódicos, jurisprudência e legislação, os quais passarão por uma reflexão jurídica sobre o tema, através do método dialético e lógico-dedutivo, em que será observada a sua aplicabilidade e relevância nos direitos, assim como, os argumentos conflitantes.

Delineados os aspectos relevantes acerca do tema, se mostra necessário determinar qual o percurso a ser traçado a fim de explanar acerca de tais questões propostas. Assim, preliminarmente, abordar-se-á a origem histórica da Teoria da Imprevisão, sendo de grande relevância o seu crescimento progressivo no âmbito jurídico. A seguir, serão expostas as hipóteses legais que permite a alteração dos contratos administrativos, ilustrando, de forma concisa, quais são as hipóteses previstas e os elementos necessários para o reajuste contratual. Desta feita, o objetivo geral é demonstrar a grande pertinência acerca de a aludida teoria ter sido assimilada pelo Direito Administrativo, tendo suas características peculiares, mas como anseio principal de atender e resguardar o interesse público.

2 ORIGEM HISTÓRICA DA TEORIA DA IMPREVISÃO

Grande parte da doutrina civilista situa o surgimento da Teoria da Imprevisão na Idade Média, em razão da adoção, nesta época, do princípio *conditio causa data non secuta*, que previa que o contrato deveria ser cumprido conforme as condições da época de sua execução. A Teoria ficou conhecida então como cláusula *rebus sic stantibus*, instituto cuja existência passou, desde então, presumida em qualquer contrato de trato sucessivo e dependente de evento futuro.

Intimamente ligada ao Princípio do *Pacta Sunt Servanda*, a Teoria da Imprevisão foi um marco e um avanço na evolução do direito. A presença dessa teoria encontra-se viva desde 2.700 anos antes de nossa era, como aduz os doutos civilistas, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona citando Othon Sidou, onde afirmam que o Código de Hammurabi, em sua Lei 48, já explanava a importante teoria nos seguintes termos:

Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar a sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano (STOLZE, 2014, p. 310).

Para analisar exatamente o surgimento da Teoria da Imprevisão é oportuno salientar que naquela época tudo era considerado como contrato, tendo estes poderes amplos em inúmeras áreas. Entretanto, não há como precisar exatamente a data e a origem da concebida teoria que versa sobre a imprevisão dos contratos de execução continuada, porém, reconhece a doutrina que a aludida teoria data dos fins do século XIX. Deve-se, inclusive, ressaltar que a mesma teve grande influência Germânica e ligada ao Cristianismo, onde a sua real influência foi no Direito Romano, que previam, desde a antiguidade, a possibilidade da revisão de cláusulas contratuais em virtude da alteração na situação de fato posterior a celebração dos contratos, ou seja, mesmo que o contrato fosse obrigatório entre as partes, sendo tratado como se lei fosse, já havia uma aceitação a mitigação e vulnerabilidade deste princípio, em virtude da cláusula *rebus sic stantibus*.

A teoria que se desenvolveu com o nome de *rebus sic stantibus* consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a

existência implícita (não expressa) de uma *cláusula*, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. (GONÇALVES, 2013, p. 194).

O Código Francês vigente a época trazia expresso que as convenções que eram estabelecidas tinham força de lei entre os contratantes, sendo mais especificamente expresso no artigo 1.134 do Código Francês, que aduz: “As convenções feitas nos contratos formarão para as partes uma regra à qual deve se submeter como própria lei”; Esse espírito individualista, contratualista e liberal do Código Francês se manteve nas legislações que o copiaram e acompanharam.

Mesmo levando em consideração o caráter solidarista que a *cláusula rebus sic standibus* procurava estabelecer, por um determinado período ela caiu no esquecimento, sendo este tempo considerado o auge do liberalismo, onde acabou por ser esquecido em virtude de terem passado a cultuar a vontade e a razão humana como o centro de um universo social. Esse período, em específico, data os séculos XVIII e XIX; Pois, levando-se em consideração a liberdade e igualdade dos homens, existia a possibilidade que estes exprimissem sua vontade em paridade, estabelecendo e criando “lei entre as partes”. Ressalta-se, inclusive, que em respeito as suas raízes liberais, o Código Napoleônico praticamente omitiu a cláusula canônica, retomando assim a concepção fria e literal do *pacta sunt servanda*.

A primeira metade do século XX foi alvo de inúmeras mudanças no cenário econômico e político. Houve uma expressa modificação ao sentido de liberdade que era estabelecido anteriormente, modificando-se totalmente essa liberalidade estabelecida entre as partes. Nessa época foi o marco da crise do direito de propriedade, do contrato e da responsabilidade civil, passando assim a não haver mais liberdade contratual, vindo a sofrer então importantes limitações.

Com o advento das mudanças estabelecidas na época, com o eclodir da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e inúmeros outros movimentos sociais surgindo na mesma época na Europa Ocidental, sendo seguido pela Revolução Russa (1919), houve uma alteração no cenário mundial de tal forma que afetou toda a economia global, desenvolvendo assim um grande choque nos contratos estabelecidos em longo prazo, mas que haviam sido celebrados antes do grande conflito. Diante dos acontecimentos, houve um ressurgimento da *cláusula rebus sic standibus*, porém com a evolução e uma nova roupagem da Teoria da Imprevisão. É o que estabelece o ilustre jurista Arnoldo Wald:

Foi, todavia, com as grandes modificações do valor da moeda que o problema da imprevisão passou a adquirir maior relevância, reconhecendo-se a existência da “ilusão da moeda estável” no direito contemporâneo, especialmente na chamada “Era da Incerteza” (Galbraith)”. (WALD, 2013, p. 329)

Com a alteração do cenário mundial na época das guerras, foi impossível não haver modificações após a deflagração do conflito. Os contratos que haviam sido pactuados não tinha mais como serem cumpridos em virtude da situação econômica que se encontrava os contratantes, pois, foram desenvolvidas grandes inflações em decorrência da alteração financeira de maneira globalizada. Em virtude dessas guerras, houve uma obrigatoriedade em relação aos legisladores para que pudessem estabelecer normas especiais sobre o curso forçado da moeda, impedindo cláusulas pelas quais as partes recorriam a outro padrão, que não fosse a moeda, para calcular seus débitos.

Refletindo essa instabilidade das relações sociais em meio ao conflito armado de proporções globais e reverberando as crises econômicas e produtivas que se seguiram, os julgadores e estudiosos do Direito daquela época tornaram a se socorrer da “máxima esquecida”, dando nova vida à antiga doutrina, modernamente chamada de imprevisão ou superveniência do risco imprevisível ou da lesão superveniente, ou, ainda, da prestação gravosa ou da força maior imprevisível. (COSTA, 2009, p. 06)

Dessa forma, parece que o fenômeno já era conhecido antes do direito romano, o qual, entretanto, não o sistematizou, mas plenamente o conheceu e aplicou. Ganha altura na Idade Média, passa um tempo esquecido, para ressurgir com força após a Primeira Guerra Mundial. Esta conflagração de 1914-1918 trouxe um desequilíbrio para os contratos a longo prazo. (VENOZA, 2011, p. 478).

Diante das circunstâncias, foi editada na França uma lei disciplinada a reanalisar e repensar o *pacta sunt servanda*, sendo desenvolvida a Teoria da Imprevisão, e, ainda sob o prisma do calor das batalhas, pode ser aplicada e desenvolvida pelo Conselho de Estado, ao proclamar que o Poder Público somente poderia exigir do concessionário o cumprimento do contrato que se tornou excessivamente oneroso em decorrência de novas circunstâncias, se no caso o revisse, adaptando-a as circunstâncias do momento. Entretanto, a referida corte mostrou-se relutante na sua aplicação, sendo nesse momento solucionado o caso através da famosa Lei Falliot, publicada em 21 de maio de 1918, que permitia a resolução dos contratos que, em consequência da guerra, tornaram-se prejudiciais aos contratantes, pois as prestações

que haviam sido estabelecidas excediam muito as variações que as partes poderiam ter previsto na alteração do contrato (MAGALHÃES, 2013, p. 05).

Deve-se levar em consideração o que aduz o renomado Arnaldo Wald a respeito dessa lei: “A Lei Faillot na França marca assim uma etapa na história da *cláusula rebus sic standibus* ou teoria da imprevisão, pois modificou as normas contratuais, que tornaram a prestação de uma das partes excessivamente onerosa em virtude da guerra.” (WALD, 2013, p. 329).

A 1ª guerra foi fundamental para que a teoria pudesse ressurgir, principalmente no âmbito jurisprudencial. Os doutrinadores apontam a dificuldade e o caos que se instalou em virtude da guerra, onde diante das mudanças decorrentes do período, fez com que houvesse a necessidade de um reaproveitamento da teoria da imprevisão em virtude dos fatores que alteraram os contratos, e em especial, as cláusulas estabelecidas.

Em decorrência da alteração do cenário mundial, a aludida Teoria rapidamente obteve aceitação jurisprudencial e doutrinária, inclusive no Brasil. Porém, deve-se lembrar que o Código de 1916 também era considerado um código amplo e liberal. Tendo surgido numa época com a sociedade com nível econômico pouco adiantado e que não levava em conta a questão social. Segundo alguns doutrinadores, o Código Civil de 1916 foi criado para atender os interesses da classe dominante.

Na história do Direito brasileiro, a teoria da imprevisão somente veio surgir no século XX, mais precisamente nos anos 30, motivado seu aparecimento pelos efeitos da Revolução ocorrida naquele ano. No plano internacional, deu-se em razão do primeiro conflito bélico mundial (1914/1918). (FURTADO, 2013, p. 31).

Entretanto, com a crise econômica de 1930 houve uma revolução a economia brasileira, sendo necessária uma nova legislação que pudesse atender as situações criadas em decorrência da crise. Sendo assim, surgiram algumas medidas de emergência. Entre elas, a primeira disposição legal que abordou a cláusula *rebus sic standibus* foi o Decreto n. 19.597, de 07/01/1931, que previa permitir a rescisão de locação de funcionário público ou militar, no caso de remoção ou redução dos seus vencimentos, em virtude das modificações decorrentes da Revolução de 1930. (WALD, 2013, p. 333).

Em nosso país, o primeiro julgado que acatou a Teoria da Imprevisão foi em 1930 com a Decisão de 1º grau de Nelson Hungria, sentença que julgou a pretensão de promissário comprador que pretendia compelir locadora - certa Ordem Terceira -, da qual havia locado pelo prazo de vinte e cinco anos, com opção de compra ao final do prazo contratual, pela quantia certa de vinte e cinco contos de réis, o imóvel objeto da locação. Com o arrasamento

do Morro do Castelo e a urbanização da atual esplanada do mesmo nome, os terrenos situados nessa área experimentaram extraordinária valorização, motivo pelo qual o valor convencionado ficou extremamente defasado e, em nova avaliação e atualização o prédio fora avaliado em oitocentos contos de réis. A Ordem Terceira recusou-se a cumprir a cláusula contratual, e o magistrado julgou improcedente a ação do promissário comprador, proferindo decisão nos seguintes termos:

É certo que quem assume uma obrigação a ser cumprida em tempo futuro sujeita-se à alta dos valores, que podem variar em seu proveito ou prejuízo; mas, no caso de uma profunda e inopinada mutação, subversiva do equilíbrio econômico das partes, a razão jurídica não pode ater-se ao rigor literal do contrato, e o juiz deve pronunciar a rescisão deste. A aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* tem sido mesmo admitida como um corolário da teoria do erro contratual. Considera-se como já viciada, ao tempo em que o vínculo se contrai, a representação mental que só um evento posterior vem a demonstrar ser falsa. Se o evento, não previsto e imprevisível, modificativo da situação de fato na qual ocorreu a convergência das vontades no contrato, é de molde a quebrar inteiramente a equivalência entre as prestações recíprocas, não padece dúvida que se a parte prejudicada tivesse o dom da pré-ciência, não se teria obrigado, ou ter-se-ia obrigado sob condições diferentes. (BITTAR FILHO, 1992, p. 13)

Sendo assim, a Teoria da Imprevisão tinha aplicação no Brasil somente em casos excepcionais e com bastante cautela, desde que fosse demonstrada a ocorrência de fato extraordinário e imprevisível e consequente onerosidade excessiva para uma das partes.

A recepção da Teoria da Imprevisão pelo direito positivo brasileiro deu-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), que, em seu artigo 6º, V, elevou o equilíbrio do contrato como princípio da relação consumerista, ressaltando ser direito do consumidor, como parte hipossuficiente, a postulação de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a revisão das mesmas, caso fatos supervenientes as tornem excessivamente onerosas (ALVES, 2010, p. 48). Vejamos:

O Código de Proteção e Defesa ao Consumidor (Lei n. 8.078/90) garantiu o direito à revisão contratual, nos seguintes termos do "Art.6º. São direitos básicos do consumidor: (...) V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua REVISÃO em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas." (WALD, 2013, p. 335)

Ressalta-se que o Código Civil de 2002 consolidou o direito de se alterar o contrato em situações pontuais, dentro de seu espírito social deu importância às exigências de justiça substancial na relação contratual quando estabeleceu a função social do contrato, em específico, da Teoria da Imprevisão.

3 CONCEITOS E ELEMENTOS DE APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO

Como dito alhures, ninguém é obrigado a realizar um contrato, porém, é concedido as partes à liberdade de firmá-los, existindo a prerrogativa de estabelecer as condições e o objeto estipulado no acordo. Sendo assim, quando pactuado um contrato, tornando-o válido e eficaz, devem as partes que acordaram cumpri-lo, não podendo se furtar daquilo que foi estabelecido, sob pena de quebra do contrato.

De acordo com o princípio da força vinculante, há uma irreversibilidade daquilo que foi contratado, ou seja, busca-se garantir a segurança jurídica nos negócios, onde não haverá uma liberalidade entre os contratantes para que não cumpra o que fora estabelecido, assim como, para que não haja descumprimento dos pressupostos e requisitos atinentes a validade da avença, pois, caso venha a acontecer, ocasionaria assim uma imutabilidade do contrato, devendo-se levar em consideração que o acordo faz lei entre as partes.

Sabe-se que alguns contratos preveem prestações e contraprestações a serem adimplidas em períodos longos. Isso ocasiona, então, influência de tempo e alguns acontecimentos que não são previsto pelas partes, algumas vezes em intensidades tão forte que é capaz de alterar a comutatividade, em virtude de não ter sido presumido a época que foi estabelecida na relação jurídica.

Contudo, há fatos que acarretam situações excepcionais, imprevistas e anormais, que não eram imaginadas pelos contratantes, mas que podem vir a desequilibrar aquilo que havia sido estabelecido e pactuado, tornando-se impossível de adimplir o que foi efetivado entre as partes ou tornando-o demasiadamente oneroso.

Assim sendo, a Teoria da Imprevisão baseia-se em acontecimentos inevitáveis e imprevisíveis na relação contratual, sendo capaz de modificar sensivelmente a situação de fato que foi apresentada ao tempo da sua formação, podendo assim ocasionar um prejuízo ou ameaçar o patrimônio dos sujeitos pactuantes do contrato. É o que aduz Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Para que se caracterize uma causa justificadora de inadimplemento contratual é necessário que ocorra, após a celebração do ajuste, um evento imprevisível e extraordinário, que impeça, retarde ou torne excessivamente

onerosa a execução do contrato como originalmente avençado. (ALEXANDRINO, 2013, p. 569)

Em decorrência da previsibilidade de mudanças na relação contratual, passou-se a aceitar, em casos de situações excepcionais, a possibilidade da intervenção do judiciário em virtude do pacto de certos contratos, para que se possa diminuir a rigidez ante o desequilíbrio das prestações. Sendo assim, surgiu a necessidade da intervenção estatal nas relações contratuais, seja na aplicabilidade das leis de caráter público ou mesmo na intervenção judicial na esfera econômica do contrato, podendo existir uma modificação ou até mesmo uma liberação ao contratante lesado para que seja evitado que a avença se transforme em fator de atentado a justiça.

O Código Civil de 2002 consolidou a prerrogativa de alteração do contrato em situações peculiares, compondo um Capítulo específico que trata da resolução do contrato e, mais específico, compôs uma Seção IV acerca da Resolução por Onerosidade Excessiva, composto por três artigos. Dispõe o primeiro deles:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

Como o referido tema é diretamente ligado ao Direito Civil, faz-se necessário buscar em doutrinadores as conceituações, nas essenciais palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a melhor conceituação seria a que vê a teoria da imprevisão como um “(...) substrato teórico que permite rediscutir preceitos contidos em uma relação contratual, em face da ocorrência de acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis” (STOLZE, 2011, p. 312).

Na conformidade do que foi exposto acima, a alteração do vínculo contratual em virtude de fatos supervenientes poderá findar em uma resolução deste vínculo quando o fato por insuportável para as partes em decorrência da mudança das circunstâncias. Contudo, para que possa ocorrer a resolução do contrato em virtude de uma onerosidade excessiva, deverá ser respeitado alguns elementos e pressupostos típicos do contrato.

O nobre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves faz uma abordagem acerca dos requisitos indispensáveis para a caracterização e resolução em virtude da alterabilidade do contrato. Vejamos:

Os requisitos para a resolução do contrato por onerosidade excessiva são os seguintes: a) vigência de um contrato comutativo de execução diferida ou de trato sucessivo; b) ocorrência de fato extraordinário e imprevisível; c) considerável alteração da situação de fato existente no momento da execução, em confronto com a que existia por ocasião da celebração; d) nexo causal entre o evento superveniente e a consequente excessiva onerosidade. (GONÇALVES, 2013, p. 199)

Como é evidente, o primeiro requisito dos elementos para que se possa invocar a onerosidade é que exista um contrato de execução continuada, ou seja, que haja um contrato de duração, uma relação estabelecida que se propague no tempo e que tenha um intervalo de tempo entre a celebração e a execução do que foi pactuado. O que não poderá ocorrer em nenhuma hipótese é a aplicação da Teoria da Imprevisão nos contratos instantâneos, pois, como o próprio nome aduz, deve sua execução ser imediata, não havendo a possibilidade de se prolongar no tempo.

O requisito seguinte baseia-se em um fato extraordinário e imprevisível, onde se verifica que houve uma mutação na relação de uma forma que o cumprimento do contrato alteraria a situação da avença, levando-se assim ao empobrecimento de uma parte e o enriquecimento de outra. Ressalte-se que não é o contrato em si a fonte do enriquecimento sem causa, mas sim a circunstância futura imprevisível e imprevisível. Contudo, saliente-se que o evento prejudicial deve ocorrer após a contratação e antes da sua execução, pois, caso as partes saibam do risco que poderá ocorrer, não se poderá falar desequilíbrio superveniente.

Quanto ao terceiro requisito, encontra-se ligado a condição subjetiva que é alteração da situação de fato existente no momento da efetivação do contrato, em confronto com a que existia na ocasião da celebração. Esse pressuposto é ligado diretamente à substância do negócio, ou seja, como se encontrava a situação anteriormente e a avaliação da alteração posteriormente, no momento da execução do contrato, não podendo haver uma modificação da situação além daquilo que foi estabelecido. Inclusive, deve-se o acontecimento manifestar-se não só na esfera individual, mas sim que possua um caráter de generalidade, afetando as condições de um todo.

Como posto alhures, não há como se concluir que uma obrigação se tornou excessivamente onerosa, de acordo com os termos do art. 478 do Código Civil. Contudo, é facultado ao juiz, no exercício de sua função, avaliar casuisticamente, de acordo com os aspectos específicos do caso concreto, e caso seja constatado que a onerosidade surgiu após o contrato submetido a exame, este será considerado excessivo, basta ser verificado a onerosidade excessiva.

Baseando-se neste contexto, decidiu o Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade da onerosidade excessiva. Vejamos:

Onerosidade excessiva deriva exatamente de um fato objetivo, qual seja, a existência ou não de desproporção econômica entre a prestação arrendadora e contraprestação ofertada pelo arrendatário. (...) Se o desequilíbrio contratual – fato objetivo que é – é o quanto basta para a intervenção judicial, não influi na hipótese a análise de fatos subjetivos, tais como a capacidade econômico-financeira do arrendatário ou a data específica em que foi proposta a demanda, se 1 mês, 6 meses ou 2 anos após a ocorrência do fato causador do desequilíbrio.³

Pela redação dos dispositivos expressos no Código Civil que, além da exigência de acontecimentos extraordinários, imprevisível e excessivamente onerosos para uma das partes, tem-se observado que a revisão judicial só será possível se o fato vier a resultar em extrema vantagem ao outro contratante. Em decorrência dessa imposição, observa-se que ela tem sido alvo de crítica entre os doutrinadores, como por exemplo, o nobre doutrinador Silvio Venosa:

Na dicção do art. 478 de nosso vigente estatuto critica-se o fato de ser exigido que na hipótese ocorra “uma extrema vantagem para a outra parte”. Como apontamos, o essencial nesse instituto é a posição periclitante em que se projeta uma das partes no negócio, sendo irrelevante que haja benefício para a outra. Desse modo, não se deve configurar a onerosidade excessiva com base em um contraponto de vantagem. (VENOSA, 2005, p. 502)

Encerrando a fase dos requisitos, o quarto pressuposto baseia-se na existência de um nexos causal entre o evento superveniente e a consequente excessiva onerosidade. O elemento

³ REsp 447.336-SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11-4-2003.

modificador superveniente deverá ser considerado a causa da onerosidade demasiada, onde deve decorrer de uma mutação da situação objetiva, em termos que haja um empobrecimento do prejudicado.

A simples imprevisão não basta para justificar a aplicação da doutrina da revisão dos contratos. Deve-se fazer uma junção entre, em primeiro plano, da boa-fé do contratado, e, em segundo lugar, a superveniência de acontecimentos tão graves que tenham influído diretamente na própria estrutura do contrato, vindo ocasionar prejuízo às partes.

Presentes os requisitos apresentados, a parte lesada poderá pleitear a resolução do contrato, ou quando possível e sendo-lhe economicamente viável e mais vantajoso manter o contrato, contudo, alterando algumas de suas cláusulas para modificar e reestabelecer a situação jurídica e suas condições.

Em suma, a aludida teoria da imprevisão permite a revisão das cláusulas contratuais, quando for desencadeada uma circunstância superveniente, imprevisível e imprevista pelo homem médio, que venha a alterar a situação anterior existente entre as partes contratantes, acarretando, para uma delas, onerosidade em excesso. Portando, verificando-se a onerosidade excessiva, é prudente que a parte lesada tome a iniciativa e se antecipe à cobrança judicial, invocando a impossibilidade de adimplemento da dívida antes de seu vencimento, em decorrência de um fato superveniente extraordinário e imprevisível, requerendo, assim, a revisão do combinado ou a sua resolução.

4 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO

A princípio, é de grande relevância frisar que os contratos administrativos, no Brasil, são regidos por normas e princípios do Direito Público, que apenas atenuam as regras do Direito Privado supletivamente. Contudo, deve-se frisar que todo contrato, seja público ou privado, ele segue alguns princípios básicos, como por exemplo, o da *lex inter partes* (o contrato faz lei entre as partes) e o do *pacta sunt servanda* (deve ser cumprido o pactuado). Quem pactua um contrato tem o objetivo inicial de que as cláusulas possam ser cumpridas de acordo com o que foi estipulado, em confiança ao Princípio da Força Obrigatória, segundo o qual o contrato deve ser cumprido, isto é, deve preencher os requisitos de validade, tendo que as obrigações geradas devem ser adimplidas, respondendo uma das partes, em caso de inadimplência, com seu próprio patrimônio.

O Estado, mesmo diante de sua completude e supremacia sobre o particular, não dispõe de todos os recursos materiais e humanos para realização e aplicação de sua função, necessitando por vezes recorrer ao particular para obter bens que necessite e não possua ou mesmo para solicitação dos serviços destes. Em decorrências desses fatos, surge aqui a figura do contrato celebrado entre a Administração Pública e o particular, sendo chamado de contrato administrativo.

Segundo Diógenes Gasparini, o contrato administrativo é conceituado como sendo “o ato plurilateral ajustado pela Administração Pública ou por quem lhe faça às vezes com certo particular, cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizadas pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular.” (GASPARINI, 2000, p. 507).

Faz-se de extrema importância o posicionamento acerca do contrato administrativo do ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo, observe-se:

É um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado. (MELO, 2013, p. 634).

É de extrema importância afirmar que o grande fundamento para adoção da teoria da imprevisão funda-se no princípio geral de direito que proíbe o enriquecimento sem causa. Há um prestígio à noção econômica de segurança, com o objetivo de impedir a iniquidade que poderia resultar da aplicação irrestrita do princípio da irredutibilidade das convenções.

A Teoria da Imprevisão foi inicialmente aplicada nos contratos administrativos a partir do Decreto-Lei nº 2.300/86, que explanava em seu Artigo 55, II, “d”, algumas formas em que o contrato poderia ser alterado, entre eles “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.”. Anteriormente a positivação da *Cláusula Rebus Sic Standibus* no ordenamento jurídico brasileiro já havia sido prevista pela doutrina, sendo aplicada em algumas jurisprudências pátrias, sendo aceita e aplicada pelos doutrinadores.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um amparo à aplicação da Teoria da Imprevisão aliada aos contratos administrativos, ganhando amparo constitucional, previsto no artigo 37, XXI. Contudo, mesmo tendo sido posto na Constituição de 88, não foi incluído na Lei nº 8.666/93, em virtude de ter sido vetada pelo Presidente da República, sendo, porém, reestabelecida com a Lei 8.883/94 que veio alterar a Lei das Licitações, instituindo novas normas para licitação e dando outras providências. Essa alteração veio em específico alterar o artigo 65, I, “d” da Lei 8.666/93, onde há uma determinação da forma de alteração dos contratos administrativos, vejamos:

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 consequências 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.

Deve-se atentar que os contratos administrativos são apenas regidos pelo direito público, contudo, são aplicados a estes, de forma subsidiária, os princípios e as normas de

direito privado, que são pertinentes à denominada “teoria geral dos contratos”. Quanto a essa aplicação subsidiária aos contratos administrativos das normas de direito privado, é explícita no art. 54 da Lei 8.666/1993, transcrito abaixo:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Salienta-se, portanto, que a atuação desta teoria no âmbito dos contratos administrativos encontra-se bem mais extenso do que o que foi delimitado no Código Civil aos contratos de direito privado. Nestes, em regra, não existe a possibilidade e nem o cabimento para alterações no conteúdo da avença, tendo em vista que se baseia no princípio da obrigatoriedade de convenções e da supremacia da vontade das partes.

Quanto ao Direito Administrativo, há uma distinção nesse contexto explanado acima, pois, há uma possibilidade de modificação contratual, sendo institucionalizada e não caracteriza ruptura dos princípios aplicáveis e inerentes a estas, visto que é previsto na própria Lei de Licitações, onde há admissão de hipóteses que a Administração pode alterar o contrato administrativo, o que se baseia e se justifica pela supremacia do interesse público. Vejamos:

A Administração fica autorizada – respeitado o objeto do contrato – a determinar modificações nas prestações devidas pelo contratante em função das necessidades públicas, a acompanhar e fiscalizar continuamente a execução dele, a impor as sanções estipuladas quanto faltas do obrigado as ensejarem e a rescindir o contrato *sponte própria* se o interesse público o demandar. (MELO, 2013, p. 635)

Essa teoria aplica-se no âmbito da esfera econômica do contrato. Sendo assim, havendo a existência de eventos imprevistos e que afetem a ordem econômica, estes não podem ocorrer em virtude de uma ação das partes, devendo esses fatos ocorrerem em virtude de eventos excepcionais, culminando assim no desequilíbrio contratual.

É de extrema importância salientar que já há posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, tendo exposto em sede de Recurso Especial acerca dos requisitos para aplicação do instituto ora analisado.⁴

A aludida teoria encontra-se dentro da álea econômica, que se baseia nas circunstâncias externas ao contrato, trazendo situações que são inevitáveis, estranha a vontade das partes, porém, em casos excepcionais que causam um prejuízo muito grande no contrato. Encontra-se ligado a esta álea devido a sua necessidade de aplicação aos contratos feitos entre a administração e o particular, pois, a Administração Pública, em regra, responde pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Baseando-se no ponto de vista explanado acima acerca de ser vislumbrada a necessidade de cumprimento dos pressupostos legais em virtude da aludida teoria é que há alguns posicionamentos e julgados negando provimento da sua aplicabilidade em decorrência da ausência dos pressupostos legais para sua aplicabilidade. Sendo assim, faz necessário vislumbrar jurisprudência do TRF – 2⁵, onde julgou improcedente um pedido recursal em virtude da falta dos requisitos legais.

Ressalta-se a possibilidade de alteração em relação aos fatos supervenientes, a tutela do equilíbrio econômico-financeiro cai tanto ao contratado quanto à própria administração. O rompimento do contrato pode ser relacionado tanto aos fatos imputáveis à administração, quanto por eventos estranhos a ela, mas desde que exista a alteração as condições de resolução do contrato.

⁴ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PLANO REAL. CONVERSÃO EM URV. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE AO CASO. 1. Constata-se que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Esta Corte já se pronunciou que a instituição da Unidade Real de Valor – URV, se consubstanciou, em si mesma, cláusula de preservação da moeda. Sendo assim, in casu, não se aplica a teoria da imprevisão, uma vez que este Tribunal entende não estarem presentes quaisquer de seus pressupostos. 3. É requisito para a aplicação da teoria da imprevisão, com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que o fato seja imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; estranho à vontade das partes; inevitável e causa de desequilíbrio muito grande no contrato. E conforme entendimento desta Corte, a conversão de Cruzeiros Reais em URVs, determinada em todo o território nacional, já pressupunha a atualização monetária (art. 4º da Lei n. 8.880/94), ausente, portanto, a gravidade do desequilíbrio causado no contrato. 4. Recurso especial não provido. (STJ, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 05/10/2010, T2 - SEGUNDA TURMA)

⁵ I – ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. TEORIA DA IMPREVISÃO . REVISÃO CONTRATUAL INCABÍVEL . AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS . AUSÊNCIA DE INCORREÇÕES NO PROJETO BÁSICO. I – O descompasso verificado entre a efetiva demanda de passageiros, quando da execução do serviço de transporte sob regime de permissão, e a estimativa feita no instrumento convocatório não revela fato imprevisível e superveniente para fundamentar a aplicação da “Teoria da Imprevisão”, nos termos do art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93. II – As previsões contidas no projeto básico do edital do certame não criam direitos aos licitantes, eis que se afigura como ônus do interessado proceder aos seus estudos técnicos para fins de se averiguar as vantagens do negócio, bem como o preço razoável para oferta pela outorga do serviço público a ser explorado. III –Apelo desprovido. Sentença confirmada. (TRF-2 - AC: 348863 RJ 2001.51.01.010132-0, Relator: Desembargador Federal THEOPHILO MIGUEL, Data de Julgamento: 29/10/2008, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::12/12/2008 - Página::271)

Deve-se levar em consideração a questão que há um desequilíbrio entre as partes contratantes, tendo em vista a presença das cláusulas exorbitantes que consagram prerrogativas especiais à Administração e sujeições do contratado, pois parte-se do pressuposto que o contratado é um polo mais fraco da relação. As cláusulas exorbitantes são uma das características peculiares dos contratos administrativos, sendo isso o que o diferencia dos contratos privados. “Tais “cláusulas”, em verdade, decorrem diretamente da lei exclusivamente à administração pública, tendo em vista a sua atuação na qualidade de poder público.” (ALEXANDRINO, 2013, p. 534).

5 CLÁUSULAS EXORBITANTES E A NECESSIDADE DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO

Os contratos administrativos são caracterizados pelo desequilíbrio entre as partes, já as cláusulas exorbitantes caracterizam os contratos administrativos e encontram-se previstas no art. 58 da Lei 8.666/1993, onde estabelecem prerrogativas a Administração e sujeições ao contratado. Estes contratos possuem cláusulas típicas dos contratos gerais e ainda há aquelas cláusulas específicas deste, possuindo disposições próprias, mas que também são regulados pelo direito público. São chamadas exorbitantes justamente porque exorbitam, extrapolam as cláusulas comuns do direito privado e não seriam neste admissível (nos contratos de direito privado as partes estão em situação de igualdade jurídica). (ALEXANDRINO, 2013, p. 538)

São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocariam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado (DI PIETRO, 2014, p. 280).

As aludidas cláusulas são regras que conferem poderes contratuais diferenciados a Administração, onde há a projeção de uma superioridade desta em relação ao particular contratado, tendo em vista que este se encontra no polo mais vulnerável da relação. Isso decorre em virtude das prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado e, sendo assim, são aplicadas mesmo que não tenha sido pactuado e nem escrito no instrumento contratual.

As cláusulas recebem tal denominação porque são dispositivos incomuns, atípicos, anormais para a lógica igualitária dos contratos de Direito Privado. Por isso, se previstas nos contratos privados celebrados pela Administração, serão nulos (MAZZA, 2013, p. 387).

Há uma subdivisão nas cláusulas deste contrato, podendo ser regular (quando há uma previsão do objeto do contrato e dos requisitos básicos para sua conquista) ou também econômica (baseia-se num determinado nivelamento da relação contratual, ensejando assim um equilíbrio econômico-financeiro). Dentre as cláusulas contratuais contém as disposições que ensejam prerrogativas especiais à Administração Pública, em virtude que estas asseguram que o acordo venha a ser mantido de acordo com a forma que melhor convém aos interesses da coletividade.

As cláusulas listadas acima definem alguns poderes especiais para a Administração dentro do próprio instrumento contratual, onde há uma projeção num patamar de

superioridade em relação àquele que foi contratado. Contudo, é importante destacar que não significa, de modo algum, que há uma relação de vantagem e poder exclusivo para uma das partes. Se assim o fosse, estaria sempre o Poder Público agindo com má-fé em relação ao particular, e mais, nenhum destes iria se arriscar em travar tais avenças, visto que sempre sairia prejudicado.

Essas cláusulas possuem previsão legal, como dito alhures, elencada na Lei 8.666/93, sendo assim, não há possibilidade de serem consideradas abusivas. Alexandre Mazza elenca um rol de cláusulas que são de extrema importância e merecem aplicação nos contratos, sendo estas: “1) exigência de garantia; 2) alteração unilateral do objeto; 3) manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; 4) inoponibilidade da execução do contrato não cumprido; 5) rescisão unilateral; 6) fiscalização; 7) aplicação de penalidades; 8) ocupação provisória” (MAZZA, 2013, p. 388).

De acordo com esses pontos elencados acima, cada um possui suas peculiaridades. A exigência de garantia é a possibilidade que a autoridade administrativa possui de reivindicar do contratado uma garantia contratual, contudo, esta deve ser prevista no instrumento convocatório. Baseando-se na alteração unilateral do objeto, encontra-se na lei a previsão que a Administração realize uma alteração unilateral no objeto do contrato para que possa existir uma melhor adequação ao objetivo e as finalidades do interesse público. Já de acordo com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, aduz a possibilidade de advir uma circunstância inesperada capaz de alterar a economia, em específico o lucro do contrato, autorizando uma modificação na remuneração devida a ele.

Quanto à inoponibilidade do contrato não cumprido, é importante fazer uma ressalva acerca da diferença entre o contrato privado e o contrato público feito pela administração. Essa modalidade baseia-se na possibilidade de suspensão da execução contratual. Faz-se essencial observar que, nos contratos privados, é autorizado a uma das partes contratantes interromperem a execução do contrato se a outra parte não vier a cumprir o que foi estabelecido. Entretanto, nos contratos administrativos, essa interrupção somente pode ocorrer e ser invocada pelo contratado com o objetivo de rescindir a execução contratual, observando um prazo de 90 dias após o inadimplemento por parte da Administração, é o que estabelece o art. 78, XV, da Lei 8.666/93.⁶

⁶ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

Outro ponto de extrema importância é a rescisão unilateral do contrato, posto que é uma prerrogativa exclusiva e especial do contrato pactuado pela Administração. Contudo, assegura-se que este poder de rescisão unilateral garantido ao poder público não é algo ilimitado, devendo assim haver um respeito às hipóteses que estão previstas no art. 78 da Lei 8.666/93. Frise-se que essa cláusula exorbitante não se encontra presente nos contratos de direito privado, havendo total impossibilidade em sua aplicação em virtude da possibilidade de rescisão bilateral.

Diante da execução dos contratos faz-se mister observar a necessidade de fiscalização naquilo que está sendo objeto de contratação, na execução e até mesmo na forma de rescisão. A execução é de fundamental importância, devendo assim ser amplamente observada, fiscalizada e acompanhada por representante da Administração, podendo, inclusive, existir a contratação de terceiros para essa finalidade específica.⁷

Há ainda a possibilidade de aplicação de penalidades advindas das cláusulas exorbitantes, sendo previstas no art. 87 da Lei 8.666/93 a aplicabilidade de sanções administrativas aquele que foi contratado em virtude da inexecução parcial ou total do contrato, sendo a este atribuída a hipótese de defesa.

Outra prerrogativa das cláusulas exorbitantes é a ocupação provisória, que é a alternativa de ser facultada a Administração a possibilidade de ocupar alguns bens imóveis, móveis, serviços vinculados ao objeto do contrato, ou seja, serviços essenciais, quando for para garantir a apuração administrativa de algumas faltas contratuais por aquele que foi contratado, em hipóteses de rescisão do contrato administrativo.

Saliente-se que é admitida a prerrogativa da modificação unilateral. Porém, essa modificação deve advir de pressupostos eventuais ocorridos ou que se tornaram conhecidos somente após a celebração do contrato. Isso porque não é permitida a Administração, ainda que ela tenha prerrogativas especiais, rescindir ou alterar o contrato em virtude de um fator já previsto e conhecido pelas partes.

A partir dessa constatação, vê-se que apesar do procedimento ser dito diferenciado com relação à administração pública, esta não pode, em hipótese alguma valer-se dessa prerrogativa para se beneficiar no contrato, sendo de uma fundamental importância a sua aplicabilidade nas avenças travadas em virtude de fatos supervenientes que vem alterar a condição de fato.

⁷Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

5.1 NECESSIDADE DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Como solução de entrave em virtude de um eventual desequilíbrio entre as partes é que o contrato deve basear-se no aludido equilíbrio econômico-financeiro, isto porque, caso houvesse a falta desta ponderação poderia ser caracterizado um verdadeiro abuso, visto que essa cláusula vem como forma de garantir uma relação de igualdade e ponderação entre as partes, existindo uma impossibilidade de alteração por alto unilateral das cláusulas econômico-financeira do contrato.

Baseando-se em nobres doutrinadores, faz-se de extrema importância agregar o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando aduz que:

Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá (BANDEIRA, Celso; 2013, p.655).

Como melhor esclarece o nobre doutrinador, Justin Filho, “O restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular” (JUSTIN FILHO, 2010, p. 776).

Fala-se na existência de uma equação econômico-financeira em virtude da ideia de equilíbrio que significa que em um determinado contrato administrativo os encargos estabelecidos ao contratado (posto nas cláusulas regulamentares) são equivalentes a retribuição (posto nas cláusulas econômicas) pagas pela Administração.

A questão ligada ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo encontra-se presente na Constituição Federal, conforme se depara no art.37, XXI⁸. Esse equilíbrio se universalizou em decorrência da existência de uma garantia e forma de

⁸ “Art. 37: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

compensação quando os contratos administrativos, em geral, passam a existir uma álea extraordinária que, muito além da vontade das partes, resulta em uma onerosidade para uma das partes contratantes, vindo exatamente a desequilibrar a relação jurídica pactuada.

Como dito alhures, este equilíbrio não deriva de cláusula contratual e nem mesmo advém de previsão no ato convocatório, mas decorre de uma raiz constitucional. Faz-se de extrema importância frisar a necessidade de aplicação do Princípio da Supremacia Constitucional, visto que as demais espécies normativas não podem se contrapor e nem conflitar com as normas constitucionais, visto que nelas encontram-se previstas o fundamento de validade, contudo, não há possibilidade nem da lei e nem do ato convocatório opor obstáculo a esse reequilíbrio.

Desta preliminar, cumpre entender que quando o contrato é pactuado, este deve possuir uma adequação financeira, ou seja, deve haver uma equivalência entre o objeto que foi contratado e o seu preço, existindo um mecanismo apto a manter as condições da proposta desde a celebração do pactuado até o seu fim. Deve-se salientar, contudo, que essa equivalência deve existir no início do contrato, mas, inclusive e especialmente na manutenção deste, até mesmo após a sua conclusão.

Quanto à revisão contratual, estabelece a melhor doutrina, observe-se:

A revisão do contrato tem lugar quando a administração procede à alteração unilateral de suas cláusulas de execução, afetando a equação econômica original, ou quando algum evento, mesmo que externo ao contrato, modifica extraordinariamente os custos de sua execução. Nessas hipóteses, o contrato tem direito à chamada revisão do contrato, para restabelecimento de seu equilíbrio econômico-financeiro. (ALEXANDRINO, 2013, p. 542)

O princípio em tela existe como forma de resguardar o valor estipulado e avençado advindo do contrato administrativo, projetando-se com o objetivo de manter uma linha de equilíbrio onde deverá servir de norte para as atividades contratadas em virtude do encargo financeiro correspondente. É importante frisar que em decorrência do tempo poderão ocorrer algumas alterações, contudo, mister se faz ressaltar que mesmo em decorrência das variações, estas jamais poderão romper o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

Diante do aduzido, observa-se que a tutela deste reequilíbrio não está ligada ao interesse apenas do contratado, mas busca também promover um benefício à própria Administração e, não menos importante, também ao interesse público. Busca-se aqui

estabelecer a garantia que a Administração e o particular devem ter em virtude de fatos supervenientes, visto que é de extrema importância essa defesa aos direitos de garantia, independentemente de ser um contrato privado ou não.

6 CONCLUSÃO

A Teoria da Imprevisão surgiu no centro do direito privado, advindo da antiga cláusula *rebus sic standibus*, tendo sido estabelecida como um método pautado no objetivo de viabilizar o cumprimento do pacto celebrado no seio dos particulares, em casos de alteração na execução destes, em contraposição ao ambiente advindo da celebração.

O sustentáculo da noção de imprevisão não necessita atingir o patamar de uma regra moral para justificá-la. A fundamental noção de equidade e de direito que claramente tem uma influência pautada na moral, por si só, basta para tanto. O objetivo principal e mais relevante que se busca impedir é a esmagadura de uma das partes contratantes em virtude do enriquecimento ilícito da parte adversa.

Em suma, a aludida teoria tem como pressuposto principal impedir, no âmbito dos contratos comutativos, uma cláusula, segundo a qual as partes encontram-se obrigadas ao cumprimento severo daquilo que foi pactuado, no pressuposto que, no momento de sua execução, continue vigorando o acordo baseado no que foi estabelecido no pacto contratual, sob pena de ofensa direta a uma das partes.

Baseando-se nas pesquisas realizadas, observa-se que, no âmbito do contrato administrativo houve uma busca baseada num amparo aos contratos celebrados pelo ente público, como objetivo principal de assegurar a estabilidade do contrato, para que não abra margem para uma instabilidade em decorrência de algum caso extraordinário ou imprevisível, visto a complexidade da execução de muitos desses acordos, principalmente no que se encontra relacionado aos contratos de grande vulto econômico.

Do exposto, entendemos que o sobredito equilíbrio não é deriva de uma cláusula contratual ou de disposição expressa do edital da licitação. O efetivo respeito ao equilíbrio contratual vai muito além e eclode como sendo da própria essência do contrato, visto se tratar de garantia com raiz e pressuposto constitucional.

Os casos delineados e submetidos aos Tribunais são estabelecidos conforme os preceitos constitucionais, possuindo grande importância em virtude da aludida Teoria ter sido estabelecida no seio do Direito Civil, mas que os Tribunais já possuem diversos posicionamentos favoráveis a sua aplicabilidade no âmbito do Direito Administrativo.

Do sucinto estudo que ora analisamos é perfeitamente plausível o fato de que nenhum caso danoso poderá impedir a execução do contrato ou mesmo vir a impossibilitar a

continuidade do vínculo formado entre particular e Administração. Vislumbramos nessa teoria um ponto extremamente positivo, baseando-se nos contratos que se tornam excessivamente onerosos para o contratado, em decorrência de uma alteração nos fatores externos do contrato administrativo, sendo imprevisíveis e inevitáveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, que afetem a sua equação econômica e o equilíbrio pautado, cabe a Administração o dever de restaurá-la.

A maior finalidade que esta voltada para essa Teoria encontra-se na vedação estabelecida ao enriquecimento ilícito e sem causa da Administração Pública, visto que esta, mesmo implicitamente, é considerada como um polo mais forte na relação contratual. Nesta diapasão, almeja uma garantia para o interesse público, respeitando e observando os escopos principais da eficiência e da economicidade.

Deste modo, conclui-se em relação ao reexame do contrato administrativo que de fato existe uma necessidade de verificação de uma revisão quando as cláusulas tornarem-se excessivas em face de uma das partes contratantes, em decorrência das alterações e das modificações unilaterais pela administração frente às condições da avença, ou mesmo em virtude das alterações em decorrência dos fatores externos do contrato firmado com o poder público, mas que lesione diretamente o equilíbrio contratual, almejando em decorrências desses fatos o reestabelecimento na relação e a igualdade entre as partes.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. ed. 21. São Paulo: Método, 2013.

ALVES, André Luiz Aida Alves. **A Teoria da Imprevisão e sua aplicação aos contratos de venda futura de commodities agrícolas no Brasil: Possibilidade jurídica e efeitos econômicos**. Disponível em: <http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/ruialmeidamagalhaes.pdf>>. Acesso em 13 de setembro de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2001**. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. Lei das Licitações. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma) – São Paulo. **Recurso Especial nº 447.336 – SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 11 de abril de 2003. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7423774/recurso-especial-resp-447336-sp-2002-0083950-0/inteiro-teor-13074551>>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª Turma) – **Recurso Especial nº 1129738 – SP**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 05 de outubro de 2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17060747/recurso-especial-resp-1129738-sp-2009-0144008-0>>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (7 turma) – **Apelação Cível nº 348863 – Rio de Janeiro**. Rel. Theophilo Miguel, 29 de outubro de 2008. Disponível em: <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2301828/apelacao-civel-ac-348863-rj-20015101010132-0>>. Acesso em 14 de outubro de 2014.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Teoria da Imprevisão: Sentido Atual**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175994/000465939.pdf?sequence=1>> Acesso em 22 de setembro de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. ver e ampl. São Paulo: Dialética, 2010.

MAGALHÃES, Rui. **A Teoria da Imprevisão e a relativização do Pacta Sunt Servanda nas relações de consumo**. Disponível em: <http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/ruialmeidamagalhaes.pdf> >. Acesso em 12 de setembro de 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Método, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira. **Licitações e Contratos Administrativos**. 3 ed. São Paulo: Método, 2014.

PAMPLONA, Rodolfo; STOLZE, Pablo. **Contratos: Teoria geral**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Zélio Furtado da Silva. **A admissibilidade da Teoria da Imprevisão na jurisprudência brasileira como princípio geral de direito**. Disponível em: http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4213/arquivo9538_1.pdf?sequence=1 >. Acesso em 07 de agosto de 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnoldo. **Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.