



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER Nº 8/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00409.000820/2013-31

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO.
LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO.
REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO
DO CONTRATO. EDIÇÃO DA SÚMULA Nº 444
DO TST. IMPOSSIBILIDADE.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos (CPLC), através da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

I – identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II – promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III – submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Com o intuito de promover o condão previsto no inciso II do ato normativo acima transcrito, a Procuradoria-Regional Federal da 3ª Região encaminhou ao Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal (DEPCONSU/PGF) questionamento acerca do cabimento do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos em razão do advento da Súmula nº 444, do TST.

3. Após análise realizada pelo Departamento de Consultoria, por meio do Parecer nº 20/2013/DEPCONSU/PGF/AGU, a Diretora-Substituta do Departamento de Consultoria submeteu o caso a esta Câmara.

4. O tema em questão foi levado à discussão no âmbito da CPLC, oportunidade na qual se concluiu que o cerne da questão cingi-se à possibilidade de alteração contratual, com vistas a garantir o equilíbrio econômico-financeiro, em razão de uma suposta alteração jurisprudencial, em especial a modificação realizada pela Súmula nº 444, do TST.

5. O colegiado entendeu ser o tema merecedor de análise por se tratar de questão relevante e comum aos Órgãos de Execução da PGF.

6. O presente Parecer, então, abordará a possibilidade de alteração contratual, com vistas a garantir o equilíbrio econômico-financeiro, em razão de edição de súmula de Tribunal Superior, em especial a modificação realizada pela Súmula nº 444, do TST.

7. Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

8. É o relatório.

I – DA EDIÇÃO DA SÚMULA Nº 444 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

9. A questão posta para análise neste ato opinativo deriva da edição da Súmula nº 444, baixada pelo Tribunal Superior do Trabalho pela Resolução nº 185, de 14/9/2012. Diz o enunciado:

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas. (grifo nosso)

10. A Súmula transcrita, além de admitir uma exceção à jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias, excepcionando o previsto no art. 7º, XIII, da Constituição, também garante para os profissionais que trabalhem na jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) de descanso o pagamento em dobro dos feriados trabalhados. A dobra do pagamento vem ao encontro do previsto no art. 9º, da Lei nº 605/1949, cujo texto diz:

Art. 9º Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigências técnicas das empresas, a suspensão do trabalho, nos dias feriados civis e religiosos, a remuneração será paga em dobro, salvo se o empregador determinar outro dia de folga.

11. Acontece, entretanto, que até a Resolução nº 185, de 14/9/2012, que baixou a Súmula nº 444, do TST, a jurisprudência da Corte Trabalhista indicava que o pagamento em dobro não era devido para os trabalhos em feriados na jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) de descanso. Entendia o TST que as 36 (trinta e seis) horas de descanso eram uma compensação apta a descaracterizar a dobra dos dias de trabalho em feriado. Para ilustrar o fato, citamos as seguintes decisões:

RECURSO DE REVISTA. FERIADOS - PAGAMENTO EM DOBRO - REGIME 12X36 HORAS. É entendimento pacífico desta Corte que o empregado sujeito ao regime de 12x36 horas não faz jus ao pagamento em dobro de domingos e feriados, pois esses são automaticamente compensados pelos descansos usufruídos pelo obreiro em outros dias. Recurso de revista conhecido e provido¹.

(...) **2. JORNADA 12X36. FERIADO TRABALHADO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. PAGAMENTO EM DOBRO INDEVIDO.** A decisão proferida pelo Tribunal *a quo* merece reforma para adequar-se à jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que é válida a norma coletiva a qual dispõe sobre a impossibilidade de pagamento dos feriados trabalhados em relação ao empregado sujeito ao regime de trabalho em escala de revezamento de 12x36 horas, pois esses dias são automaticamente compensados pelos descansos usufruídos em outros dias. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (...)

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO - JORNADA DE 12X36 HORAS. FERIADOS TRABALHADOS. PAGAMENTO EM DOBRO. Esta Corte firmou o entendimento de que o empregado sujeito ao regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, fixado em norma coletiva, não tem direito ao pagamento em dobro pelo trabalho prestado em

¹ RR - 1750-10.2010.5.03.0024 , Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 29/08/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2012.

² RR - 81-46.2011.5.04.0027 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 05/09/2012, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/09/2012.

feriados, uma vez que, no referido sistema de compensação de horário, a folga correspondente aos feriados já está incluída nas 36 horas de descanso. Recurso de Revista conhecido e provido.³

12. Após a edição da Súmula nº 444, o entendimento da Corte mudou, de forma que há vários julgados do TST indicando que o pagamento em dobro é devido quando houver trabalho em feriado na jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso. Citamos:

REGIME ESPECIAL 12X36 - LABOR NOS FERIADOS - DOBRA SALARIAL DEVIDA. Esta Corte, mediante Resolução nº 185/2012, editou a novel Súmula nº 444 que preceitua a validade, em caráter excepcional, da jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, desde que prevista em lei ou ajustada por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, sendo assegurada a remuneração em dobro dos feriados laborados. Dessa forma, alterando seu anterior posicionamento, este Tribunal passou a entender que no referido sistema de compensação de horário o trabalho prestado em feriados não está incluído nas 36 horas de descanso, subsistindo a obrigação do empregador de efetuar o pagamento da dobra salarial pelos feriados não usufruídos. Na esteira desse entendimento jurisprudencial, não se cogita que o labor nos feriados, prestado pelos empregados que cumprem jornada de trabalho sob regime 12x36, estaria incluído nas 36 horas de descanso. (grifo nosso)

JORNADA ESPECIAL 12x36. FERIADOS EM DOBRO. 1. Hipótese em que o Tribunal Regional firmou tese sobre o direito do empregado, que cumpre jornada em escala 12X36, à percepção dos feriados trabalhados em dobro. 2. Constatado que a decisão recorrida está em consonância com a Súmula n. 444 do TST, o recurso de revista não se habilitava à cognição extraordinária, dada a incidência do art. 896, § 4º, da CLT e a aplicação da Súmula 333/TST como óbices ao conhecimento do recurso de revista e, conseqüentemente, ao provimento do agravo de instrumento⁴. (grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. HORAS EXTRAS. VALIDADE DO REGIME DE TRABALHO 12X36. SÚMULA N.º 444 DO TST. É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda hora. Hipótese na qual a decisão regional se amolda à Súmula n.º 444 do TST. (...) (grifo nosso)

JORNADA DE TRABALHO EM ESCALA DE 12X36 HORAS - FERIADOS TRABALHADOS - PAGAMENTO EM DOBRO DEVIDO - SÚMULA 444 DO TST.

1. Esta Corte Superior vinha decidindo de forma reiterada que o trabalhador sujeito ao regime especial de jornada de trabalho de 12x36 horas não tem direito a receber eventuais feriados laborados em dobro, uma vez que esse período, automaticamente, seria compensado pela folga de 36 horas do regime.

2. Entretanto, foi editada recentemente a Súmula 444 do TST, segundo a qual é válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante norma coletiva, sendo, contudo, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados.

3. Assim sendo, a decisão regional, que entendeu que o Autor não tinha direito ao pagamento em dobro dos feriados trabalhados, merece reforma, a fim de adequar-se à atual jurisprudência desta Corte.⁵ (grifo nosso)

13. Pelo que demonstram os julgados, a Súmula em comento alterou o sentido das decisões sobre o pagamento da dobra na jornada de 12 (doze) horas por 36 (trinta e seis) horas de descanso, passando a condenar os empregadores a pagar o valor em dobro quando o dia de trabalho for em feriados. Com isso, o TST deu efetividade à Lei nº 605/1949, cujo art. 9º (acima transcrito) prevê o pagamento em dobro para os dias trabalhados em feriados.

II – DA HIPÓTESE DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

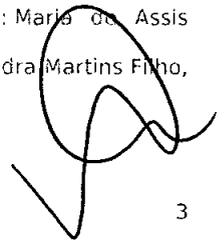
³ RR - 1574-31.2010.5.03.0024 , Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 05/09/2012, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/09/2012.

⁴ RR - 1571-39.2010.5.15.0090 Data de Julgamento: 07/05/2014, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/05/2014.

⁵ AIRR - 2397-88.2012.5.03.0103 Data de Julgamento: 30/04/2014, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/05/2014.

⁶ AIRR - 1422-32.2011.5.09.0007 Data de Julgamento: 23/04/2014, Relatora Ministra: Maria do Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/05/2014.

⁷ RR - 577-80.2010.5.15.0067 Data de Julgamento: 17/10/2012, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/10/2012.



14. A legislação de regência dos contratos administrativos prevê o equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes firmados pelo Poder Público. A rigor, trata-se de um direito constitucional assegurado ao contratado e à Administração contratante. O fato é que a Constituição da República preconiza a necessidade de se manter, durante a execução do contrato administrativo, as *condições efetivas da proposta*. Diz o inciso XXI, do art. 37, do texto constitucional:

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. (grifo nosso)

15. Em outras palavras, a manutenção das condições efetivas da proposta diz respeito à intangibilidade da relação formada, no momento da apresentação da proposta⁸, entre os custos e a receita da execução contratual. Significa dizer que o valor a ser pago ao contratado como resultado da fase competitiva da licitação pode ser alterado em razão da modificação dos custos a serem suportados na execução da avença. Acerca do assunto, diz Joel de Menezes Niebuhr:

(...), por ocasião da licitação, forma-se a *equação econômico-financeira*, que consiste na *relação de proporção, instaurada por ocasião da licitação, entre os custos prospectados pelo licitante e o valor por ele proposto*. Dizer que os contratantes gozam do direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato equivale a dizer que a equação econômico-financeira deve ser mantida durante toda a execução do contrato ou, noutros termos, que a relação de proporção, formada à época da licitação, entre os custos prospectados pelo licitante e o valor proposto por ele deve ser mantida durante toda a execução do contrato⁹. (*destaque no original*)

16. Devemos observar que a Constituição faz remissão aos termos da lei quando prevê o direito à *manutenção das condições efetivas da proposta*, o que significa ser a lei ordinária o instrumento jurídico apto a regular a matéria e, assim, fixar os termos nos quais haverá a alteração do valor contratual com o condão de concretizar o direito constitucional em comento. As figuras hodiernamente utilizadas para tanto são o reajuste e o reequilíbrio econômico-financeiro (ou revisão).

17. O reajuste está previsto no art. 40, inciso XI, c/c o art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, bem como no art. 3º, da Lei nº 10.192/2001, que exigem a previsão no instrumento convocatório e no contrato do critério de reajustamento dos preços. Trata-se de instituto voltado para a intangibilidade da equação econômico-financeira da proposta ante as variações ordinárias dos custos do contrato. Segundo Niebuhr, “Cumprir ressaltar que a adoção de índices é faculdade outorgada à Administração. Ela pode perfeitamente utilizar outros critérios para promover o reajuste, que não por meio de índices”¹⁰. Nessa toada, o reajuste por meio de índice é conhecido como reajuste *stricto sensu*, ao passo que a regulamentação ainda admite a repactuação para os contratos referentes a serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra (art. 5º, do Decreto nº 2.271/1997¹¹, c/c o art. 37, da IN/SLTI/MP nº 2/2008¹²). Desse modo, o reajuste existe de duas formas, o reajuste *stricto sensu* e a repactuação.

⁸ Nesse sentido, diz Marçal Justen Filho: “A equação econômico-financeira delinea-se a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então, está protegida e assegurada pelo Direito” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 717).

⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 882.

¹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 885.

¹¹ Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstrarão analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

¹² Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997.

18. A finalidade do instituto do reajuste é a recomposição do valor do contrato, com o intuito de manter as condições efetivas da proposta, em razão da variação ordinária do preço no mercado. "Convivendo em regime de permanente inflação, verificou-se a impossibilidade e a inconveniência da prática de preços nominais fixos. (...) Trata-se da alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias"¹³. Além de ordinária, a alteração dos preços contratados pelo reajuste também se dá em razão da própria aplicação do contrato. Isto é, trata-se de uma ocorrência previsível, motivo pelo qual consta da própria avença. A Orientação Normativa da AGU nº 23, em consonância com o art. 40, inciso XI, c/c o art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, traduz essa necessidade de previsão contratual com as seguintes palavras:

O EDITAL OU O CONTRATO DE SERVIÇO CONTINUADO DEVERÁ INDICAR O CRITÉRIO DE REAJUSTAMENTO DE PREÇOS, SOB A FORMA DE REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO, ADMITIDA A ADOÇÃO DE ÍNDICES GERAIS, ESPECÍFICOS OU SETORIAIS, OU POR REPECTUAÇÃO, PARA OS CONTRATOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, PELA DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DA VARIAÇÃO DOS COMPONENTES DOS CUSTOS.

19. O reequilíbrio econômico-financeiro ou revisão do contrato administrativo, por sua vez, tem o escopo de manter as condições efetivas da proposta nas situações extraordinárias e extracontratuais que ocasionam variação dos custos do contrato. A previsão legal do reequilíbrio econômico-financeiro está no art. 65, inciso II, alínea d, c/c o § 5º, do mesmo dispositivo, da Lei nº 8.666/1993. Diz a lei:

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.

(...)

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

20. O fato é que o reequilíbrio pode decorrer de uma postura da Administração ou de um acontecimento não imputável a nenhuma das partes do contrato.

21. No primeiro caso, o Poder Público altera unilateralmente a avença com o objetivo de adequá-la ao interesse público, o que, ocasionando modificação da equação econômico-financeira, enseja o reequilíbrio, nos termos do § 2º, do art. 58, da Lei nº 8.666/1993¹⁴.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 730.

¹⁴ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

22. Na segunda situação, a revisão do valor do contrato decorrerá de um fato estranho à relação contratual. Nessa hipótese, como observamos no texto da alínea *d*, há a possibilidade de alteração do preço contratado para a *manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato* ante situações imprevisíveis ou nas quais a alteração do custo decorra de uma imposição jurídica. Salientamos, ainda, que a lei exige fatos supervenientes no momento que coloca como requisito que os fatos ocasionadores da alteração contratual sobrevenham, isto é, sejam posteriores à apresentação da proposta. Neste sentido, diz Marçal Justen 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. Não basta a simples insuficiência da remuneração. Não se caracteriza rompimento do equilíbrio econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexequível. A tutela à equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e, após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração¹⁵.

23. Quando é exigida a imprevisibilidade, o evento necessita ser imprevisível ou, se previsível, de consequências imprevisíveis. A previsibilidade de uma futura onerosidade deve ser levada em conta pelo licitante ao fazer sua proposta. Se isso não ocorrer, deve o licitante suportar o ônus da sua incúria em não fazer constar da oferta o ônus que previsivelmente teria de suportar durante a fase de execução do contrato. Em outras palavras, a onerosidade previsível, ainda que posterior, é considerada como culpa do contratado e, por isso, não enseja o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

24. Outro requisito para a alteração do valor da avença nas situações de imprevisibilidade é a onerosidade excessiva. A alínea *d*, do inciso II, do art. 65, da Lei nº 8.666/1993, exige que a mudança nos custos do contrato seja *retardadora ou impeditiva da execução do ajustado*. Ou seja, o simples fato de haver uma alteração nos custos da contratação decorrente de uma imprevisibilidade – seja do evento em si ou de suas consequências – não faz cambiar o valor do contrato. A modificação do quanto contratado só deve ocorrer se a onerosidade causada for de uma magnitude apta a retardar ou a impedir a execução do ajuste.

25. A rigor, essa hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro é a aplicação da teoria da imprevisão no ordenamento jurídico brasileiro, exigindo-se para tanto as ocorrências dos seguintes fatores: a) a imprevisibilidade do evento; b) a inimputabilidade do evento às partes; c) a grave modificação das condições do contrato; d) e a ausência de impedimento absoluto¹⁶.

26. Quando a modificação do custo do contrato decorre de uma imposição jurídica, estamos diante da teoria do fato do príncipe, também prevista no art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/1993. Salientamos que também é fato do príncipe a possibilidade de alteração do valor contratado prevista no art. 65, § 5º, da Lei nº 8.666/1993¹⁷. A variação tributária ou de encargos legais decorrem de um comando estatal ao qual o contratado e a Administração se subordinam, razão pela qual é caso de fato do príncipe. Na linha do ensinamento por Marçal Justen Filho, mencionamos que no Brasil a teoria do fato do príncipe é invocada sempre que há imposição estatal, pouco importando se o ente responsável pelo surgimento da obrigação é o contratante ou não. Segundo Marçal,

Na doutrina francesa, certamente não se aplica tal teoria quando o ato estatal for emanado de autoridade distinta daquela que é parte do contrato. Por exemplo, uma

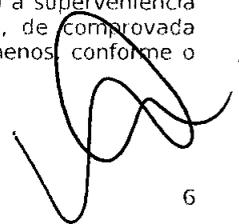
§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. (grifo nosso)

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 718.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 720.

¹⁷ § 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos conforme o caso.



medida oriunda do governo central, se acarretar agravamento da situação do particular que mantém contrato no âmbito municipal, não conduzirá à aplicação da teoria do fato do príncipe. Se for o caso, a situação se resolverá por meio da teoria da imprevisão.

Na sua essência (mantida no Brasil), a teoria do fato do príncipe consagra o direito de indenização a um particular em vista da prática de ato lícito e regular imputável ao Estado. O ponto nuclear da teoria do fato do príncipe reside em que a lesão patrimonial derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito é objeto de indenização. Essa solução decorre de uma valoração produzida pela ordem jurídica, no sentido de que seria injusto e desaconselhável impor ao particular que contrata com o Estado arcar com os efeitos onerosos de uma alteração superveniente da disciplina estatal sobre o exercício da atividade necessária à execução da prestação.

(...)

Mas a distinção não apresenta maior relevância no Direito brasileiro, eis que o art. 65, inc. II, al. "d", estabelece que haverá o mesmo tratamento para fato do príncipe ou para a teoria da imprevisão. Mais ainda, o § 5º do art. 65 disciplina a mais clássica hipótese de fato do príncipe (elevação da carga tributária) de modo genérico, reconhecendo o cabimento da recomposição da equação econômico-financeira sem estabelecer qualquer distinção relativamente à identidade do sujeito responsável¹⁸.

27. Para a situação ora posta, não resta dúvida que não se aplica o reajuste, pois, como já dito, tal instituto é para a variação ordinária do valor contratado e, ademais, decorre de uma previsão contratual (é a aplicação do próprio contrato).

28. Resta saber apenas se se trata de caso de revisão (ou reequilíbrio) do valor do contrato e em qual das hipóteses se encaixa.

III – DA (IM)POSSIBILIDADE DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO EM RAZÃO DA SÚMULA 444, DO TST

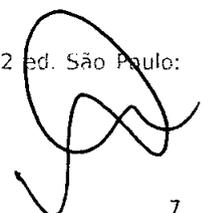
29. Feitas as considerações acerca do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, analisaremos se a edição da Súmula nº 444, do Tribunal Superior do Trabalho, pode ser considerada como um fato hábil para gerar o reequilíbrio do contrato administrativo.

30. Primeiramente, salientamos que a edição de uma súmula por um Tribunal não pode ser considerada como um ato dotado de força jurídica própria a ponto de ser uma imposição. As súmulas são manifestações administrativas dos órgãos jurisdicionais colegiados, cuja função é expressar o entendimento da respectiva Corte sobre determinada matéria. Em regra, a edição de um verbete sumular expressa a jurisprudência do Tribunal que o edita. Não se trata, então, de um comando normativo capaz de gerar direitos e obrigações, já que o intuito da edição de uma súmula é comunicar o entendimento de um Tribunal sobre determinada matéria.

31. É fato que atualmente a legislação processual tem conferido outras funções às súmulas editadas pelos Tribunais Superiores. São exemplos disso: a) o § 3º do art. 475, do CPC, que dispensa o reexame necessário quando a sentença está de acordo com súmula dos Tribunais Superiores; b) o § 1º do art. 518, do CPC, cujo teor desautoriza o magistrado a receber a apelação quando a sentença está de acordo com súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou do Supremo Tribunal Federal (STF); c) e o § 1º-A, do art. 557, do CPC, – assim como o § 5º, do art. 896, da CLT – que confere poder aos relatores de recursos nos Tribunais Superiores de decidir os recursos monocraticamente caso a matéria já esteja tratada em súmula. Como se observa, salvo o caso das Súmulas Vinculantes, editadas pelo STF (art. 103-A, da CR/88), as imposições ocasionadas pelas súmulas são sempre de ordem processual, sem repercussão direta no direito material.

32. Sobre esse ponto, vale trazer a baila as lições de Juraci Mourão Lopes Filho:

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 722-723.



Precedente não equivale a súmula ou a jurisprudência, e os três não devem ser utilizados/aplicados da mesma forma. Pode-se adiantar que precedente é um julgamento que passa a ser referência em julgamentos posteriores. Jurisprudência é um conjunto de decisões sobre o mesmo assunto. E súmula constitui um ato administrativo de tribunal pelo qual exprime o resumo do entendimento contido em uma jurisprudência dominante. Eis a primeira distinção importante: precedente e jurisprudência são fruto de atividade jurisdicional, enquanto súmula decorre de uma atividade administrativa.

A legislação brasileira empresta tratamento diferenciado a essas três espécies de pronunciamentos. As súmulas são tomadas como expressivas de entendimento bem arraigado e pacificado, pois se pressupõem sumários da jurisprudência dominante de um tribunal e, portanto, algo mais estável. Desfrutam, então, de uma relevância maior no sistema, mesmo se comparada à jurisprudência. Tanto é assim que esta (jurisprudência) só possui papel diferenciado quando for dominante:¹⁹ (grifo nosso).

33. Tal é a ausência de força jurídica das súmulas no mundo do direito material que as mesmas sequer são editadas no bojo de uma atividade jurisdicional. Como diz a lição acima, a edição de um enunciado é atividade administrativa voltada a expressar como o respectivo Tribunal tem se portado em uma dada matéria em sua atuação jurisdicional.

34. Por isso, descartamos a possibilidade de realizar o reequilíbrio econômico-financeiro com base na teoria do fato do príncipe em razão de edição de súmula de Tribunal²⁰. A Súmula nº 444, do TST, não autoriza o reequilíbrio dos contratos administrativos com base na teoria do fato do príncipe porque a mesma não é dotada de força jurídica para tanto.

35. Restaria, então, para a efetivação do reequilíbrio, a teoria da imprevisão. Como já asseverado no item 25 deste opinativo, a aplicação da teoria da imprevisão requer a presença dos seguintes elementos: a) a imprevisibilidade do evento; b) a inimputabilidade do evento às partes; c) a grave modificação das condições do contrato; d) e a ausência de impedimento absoluto.

36. Antes de analisarmos os elementos necessários para a teoria da imprevisão, destacamos que, como as súmulas dos Tribunais são mera comunicação do que a Corte entende, elas não podem ser consideradas um fato capaz de ocasionar a revisão dos contratos administrativos. Uma declaração dos Tribunais Superiores não constitui um evento apto a gerar direitos e obrigações, vez que não há força cogente (ou seja, não existe natureza constitutiva de direitos e obrigações, tal qual ocorre no caso das leis).

37. Ainda assim, abordaremos alguns elementos da teoria da imprevisão.

38. Quanto à imprevisibilidade do evento, observamos que a edição da Súmula nº 444, do TST, realmente representou uma guinada nas decisões que a Corte Trabalhista proferia sobre a dobra do pagamento das horas trabalhadas nos feriados por aqueles que fazem a jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso. Conforme demonstrado no item 11 deste parecer, antes da edição da Súmula nº 444, as decisões do TST eram no sentido de se negar a dobra do pagamento em questão.

39. Isto é, a despeito de as súmulas serem, por conceito, "*expressivas de entendimento bem arraigado e pacificado, pois se pressupõem sumários da jurisprudência dominante de um tribunal*"²¹, a Súmula nº 444, do TST, surgiu sem que houvesse na Corte Superior Trabalhista uma série de decisões no sentido expressado pelo verbete. Sobre esse ponto, é relevante notar que o Regimento Interno do TST²²

¹⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 125.

²⁰ Este Parecer não aborda a situação das Súmulas Vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A, da Constituição da República.

²¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 125.

²² Diz o art. 165, do referido Regimento Interno:

Art. 165. O projeto de edição de Súmula deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

I – três acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;



requer jurisprudência corrente para a edição de uma súmula, em que pese isso não tenha ocorrido com o Enunciado nº 444.

40. Acontece, entretanto, que no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho a questão da dobra do pagamento das horas trabalhadas nos feriados por aqueles que fazem a jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso era sempre debatida, havendo até mesmo Corte Regional Trabalhista que editou verbete para expressar o direito do trabalhador ao pagamento em dobro. Esse é o sentido da Orientação Jurisprudencial nº 14, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que diz:

JORNADA DE 12 X 36 HORAS – TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS.
O labor na jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso não exclui o direito do empregado ao recebimento em dobro dos feriados trabalhados, mas apenas dos domingos, que já se encontram automaticamente compensados.

41. Tal situação demonstra que a matéria não era de todo pacificada, bem como que existia um risco jurídico para o empregador em deixar de pagar a dobra legalmente prevista no art. 9º, da Lei nº 605/1949. Tanto é assim que o TST nunca editou uma súmula para expressar o entendimento em sentido contrário, qual seja: o de que a dobra não era devida. Nesse diapasão, refutamos a aplicação da teoria da imprevisão porque entendemos que não havia imprevisibilidade em relação à mudança de entendimento no âmbito do TST.

42. Julgamos conveniente, ainda, notar que outro elemento a ser considerado é a grave modificação das condições do contrato, ou seja, a onerosidade excessiva, o que a lei chama de situação *retardadora ou impeditiva da execução do ajustado* (art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993). Esse elemento só pode ser aferido no caso concreto. Embora, a princípio, nos pareça que o ônus supostamente surgido – já que a lei que impõe a dobra data de 1949 – para o empregador em razão da necessidade de pagar a dobra não ocasione uma onerosidade excessiva, acreditamos que essa afirmação só possa ser feita na análise específica de cada contrato. Com isso, seria impossível asseverar em absoluto a possibilidade de reequilíbrio dos contratos de prestação de serviço que tenham fatos abarcados pela Súmula nº 444, do TST.

43. Ante o exposto, entendemos que não há possibilidade de reequilibrar os contratos administrativos em razão da edição da Súmula nº 444, do TST²³.

IV – CONCLUSÃO

44. Desse modo, ante tudo o que foi exposto acima, concluímos:

- a) A Súmula nº 444, do TST, é ato administrativo do Tribunal voltado a expressar seu entendimento sobre um determinado ponto relativo à sua competência jurisdicional;

II – cinco acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

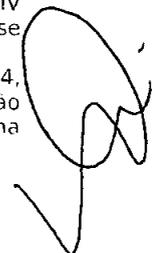
III – quinze acórdãos de cinco Turmas do Tribunal, sendo três de cada, prolatados por unanimidade; ou

IV – dois acórdãos de cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples.

§ 1.º Os acórdãos catalogados para fim de edição de Súmula deverão ser de relatores diversos, proferidos em sessões distintas.

§ 2.º Na hipótese de matéria revestida de relevante interesse público e já decidida por Colegiado do Tribunal, poderá qualquer dos órgãos judicantes, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, a Procuradoria-Geral do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou Confederação Sindical, de âmbito nacional, suscitar ou requerer ao Presidente do Tribunal apreciação, pelo Tribunal Pleno, de proposta de edição de Súmula. Nesse caso, serão dispensados os pressupostos dos incisos I a IV deste artigo, e deliberada, preliminarmente, por dois terços dos votos, a existência de relevante interesse público.

²³ Salientamos que a conclusão a que chegamos leva em conta a edição exclusivamente da Súmula nº 444, do TST. Caso a dobra venha prevista nos instrumentos trabalhistas de negociação coletiva (convenção coletiva, acordo coletivo ou dissídio coletivo) poderá haver a repactuação dos preços com base na aplicação destes institutos.

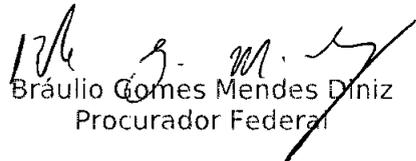


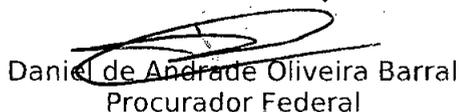
- b) A Súmula nº 444, do TST, não é dotada de força cogente apta a gerar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos com base na teoria do fato do príncipe;
- c) A Súmula nº 444, do TST, não é um fato imprevisível que autoriza a revisão dos contratos administrativos baseada na teoria da imprevisão;
- d) É impossível afirmar genericamente que a edição da Súmula nº 444, do TST, gera uma onerosidade excessiva aos contratos administrativos que comportam fatos abarcados pelo enunciado da súmula.


Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

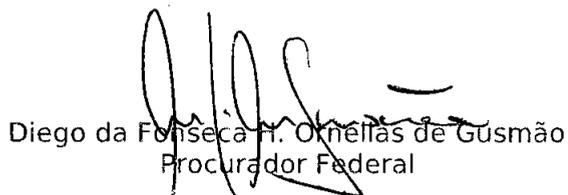
De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).


Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal


Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal


Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Fábia Moreira Lopes
Procuradora Federal

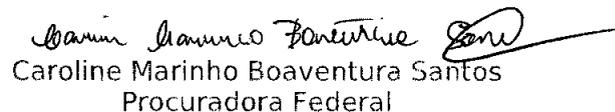

Diego da Fonseca H. O'Neillás de Gusmão
Procurador Federal

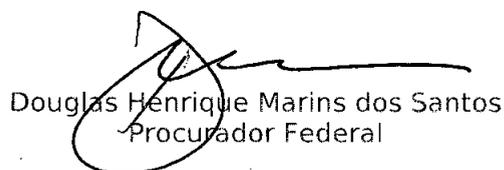

Ana Carolina de Sá Dantas
Procuradora Federal

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

Renata Resende Ramalho Costa Barros
Procuradora Federal

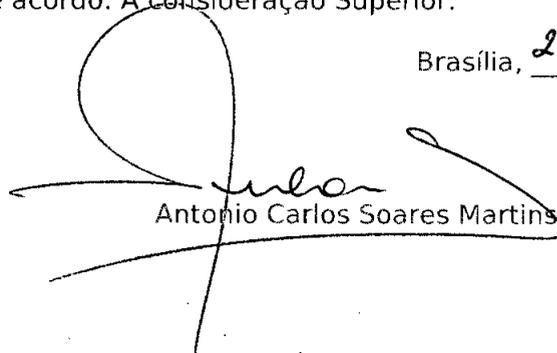

Daniela Silva Borges
Procuradora Federal


Caroline Marinho Boaventura Santos
Procuradora Federal


Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 29 de setembro de 2014.


Antonio Carlos Soares Martins

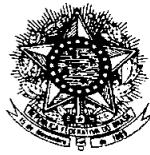
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 8 /2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.
Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 30 de setembro de 2014.


MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 75/2014

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM RAZÃO DA SÚMULA Nº 444 DO TST

- I.A Súmula nº 444, do TST, é ato administrativo do Tribunal voltado a expressar seu entendimento sobre um determinado ponto relativo à sua competência jurisdicional;
- II.A Súmula nº 444, do TST, não é dotada de força cogente apta a gerar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos com base na teoria do fato do príncipe;
- III.A Súmula nº 444, do TST, não é um fato imprevisível que autoriza a revisão dos contratos administrativos baseada na teoria da imprevisão;
- IV.É impossível afirmar genericamente que a edição da Súmula nº 444, do TST, gera uma onerosidade excessiva aos contratos administrativos que comportam fatos abarcados pelo enunciado da súmula.