

A DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA E OS CONTRATOS DE DIREITO PÚBLICO (INCIDÊNCIA DA DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA NOS CONTRATOS E NAS CONVENÇÕES DE DIREITO PÚBLICO)

ANTONIO AMORTH
Catedrático da Universidade de Modena
(Itália)

SUMÁRIO: 1. Meios jurídicos que permitem a incidência da desvalorização monetária nas relações contratuais de direito privado; da distinção das obrigações pecuniárias ou obrigações de valor do remédio da excessiva onerosidade da prestação através da resolução do contrato ou de uma equitativa redução da prestação. Problemas respectivos. 2. Convenções e contratos de direito público, nos quais dá ou pode dar-se a incidência da desvalorização da moeda. Instrumentos jurídicos particulares utilizados e utilizáveis a propósito: cláusulas de denúncia, cláusulas de revisão do preço, intervenções do legislador. 3. Observações sobre os meios jurídicos aplicados e aplicáveis para permitir a incidência da desvalorização monetária nas convenções de direito público. Existência de uma especial medida de reajustamento subordinada ao exclusivo juízo da autoridade administrativa. Razões justificativas. 4. Se a incidência da desvalorização monetária possa aplicar-se através do remédio da excessiva onerosidade da prestação e da redução por equidade, conforme disposição do Código Civil italiano, também nos contratos e nas convenções de direito público. Aplicabilidade do remédio nos contratos e convenções de direito público. 5. Exclusão do remédio nas convenções de direito público. Argumentos deduzidos da estrutura das convenções. Recurso a outros meios a fim de consentir a incidência da desvalorização monetária nas convenções de direito público.

* 1. A incidência da desvalorização monetária nas relações obrigatórias oriundas de contratos e de outras fontes constitui hoje tema de ampla discussão doutrinária, rica de soluções diferentes e objeto de inúmeras deci-

* Traduzido da *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*, Ano LVI, 1958, n.ºs 1-2, págs. 13-31, pelo advogado Silvestro Sanfilippo.

sões jurisdicionais. Conforme acontecera na primeira guerra mundial, também depois desta última, o problema tornou a surgir, mas agora em nosso ordenamento jurídico, através de disposição do Código Civil e de um aprofundamento doutrinário que em muito contribuíram na escolha das soluções. Sob este aspecto, adiantou-se a jurisprudência italiana, com respeito à situação gerada pela segunda guerra, devido à desvalorização monetária que se seguiu à primeira guerra mundial, quando o problema constituído pelas dívidas pecuniárias se apresentou como um problema novo, ainda bastante confuso, uma vez que a verdadeira incidência inflacionária nas relações obrigatórias era confundida com os efeitos da guerra, concebida como acontecimento de força maior, capaz de influenciar as relações obrigatórias não de todo exauridas.

É preciso lembrar que os instrumentos jurídicos, hoje empregados, são os seguintes: a) o *princípio nominalista*, aceito pelo nosso Código Civil para as obrigações em dinheiro (art. 1.277 do Código Civil), segundo o qual estas obrigações não sofrem o influxo das oscilações do valor da moeda, e seu cumprimento só pode realizar-se mediante moeda de curso legal e pelo valor nominal na data do pagamento; b) a distinção doutrinária, largamente aplicada pela jurisprudência, entre dívidas (obrigações) pecuniárias e dívidas de valor (isto é, obrigações que não representam dinheiro em si mesmo, mas a serem pagas em dinheiro, como no caso de obrigação por fato ilícito — ressarcimento); c) o instituto ou o remédio da *excessiva onerosidade* da prestação como causa de resolução dos contratos e como causa de *redução por equidade* da prestação que se tornara excessivamente onerosa (arts. 1.467 e 1.418 do Código Civil). À vista desse instituto estar vinculado à superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que incidem sobre a importância originária da prestação, incluiu-se entre esses eventos a desvalorização da moeda.

Um rápido exame dos instrumentos jurídicos mencionados, proporciona as seguintes observações.

O princípio nominalista, enquanto destinado a manter a estabilidade das obrigações pecuniárias, em moeda de curso legal e com valor nominal e especificado, evidentemente se opõe à incidência da desvalorização. Assim sendo, de acordo com o código italiano, a influência da desvalorização monetária sobre obrigações em moeda de curso legal ou que devam efetivar-se em moeda subordinadas ao princípio acima enunciado, viria a ser eliminada. Essa solução, mesmo de um ponto-de-vista puramente abstrato, não seria desaprovável, uma vez que a certeza constitui um dos maiores predicados da regulamentação jurídica das relações sociais, porquanto para conservar o valor intrínseco da prestação, contra as oscilações do valor monetário, poderiam intervir cláusulas adequadas de garantia monetária, incluídas no contrato pelo próprio devedor, pelo seu credor ou por ambos, como na prática costuma acontecer, e que o mesmo código tomou em consideração (art. 1.279). Para melhor elucidação do princípio nominalista e mesmo para a sua justa aplicação, estabeleceu-se a distinção acima aludida entre obriga-

ções pecuniárias e obrigações de valor. Essa distinção, ao que me parece, não importa tanto numa diferenciação de conteúdo das obrigações (como se as obrigações chamadas de valor constituíssem uma espécie diferente das pecuniárias, visto que também as obrigações de valor devam realizar-se em dinheiro), quanto numa *diferenciação relativa ao momento* em que se fixa o conteúdo monetário da obrigação. Se o conteúdo monetário da obrigação se determinar no momento em que nasce a obrigação, esta é sem dúvida monetária, ainda quando a importância da obrigação a se apurar, seja adiada para mais tarde. Assim são tipicamente obrigações monetárias as do comprador na compra-e-venda e as do mutuário no mútuo. Ao contrário, se o conteúdo monetário se precisar num momento sucessivo, então, trata-se de uma obrigação de valor. Torna-se claro, nesse caso, que ao contrário do que se dá com a obrigação monetária, a obrigação de valor pode sofrer os efeitos de desvalorização monetária, porque a determinação de seu conteúdo monetário desloca-se no tempo e pode igualar-se ao valor de troca da moeda, conforme as oscilações decorrentes do tempo.

A aplicação desta distinção, destinada a conter as conseqüências do princípio nominalista, apresenta sérias dificuldades que explicam as divergências de solução. Grande importância adquire a configuração jurídica das diversas obrigações; e é em torno de tais configurações que as opiniões dos juristas, como as dos juízes, podem estar e estão em contraste. Para apontar um caso, que interessa ao direito administrativo, pode-se citar a disputa surgida com a configuração jurídica da obrigação que se constitui com o pagamento da indenização ao proprietário de um bem desapropriado por utilidade pública. Essa obrigação foi definida como obrigação pecuniária, e assim subtraída à desvalorização monetária, por aqueles que, comparando a desapropriação a uma compra-e-venda, sobre bases oferecidas pelo direito positivo, entendem determinado o conteúdo pecuniário da obrigação no momento em que se cumpre a transferência do imóvel juntamente com o depósito da indenização, considerando irrelevante o fato do proprietário não aceitar a importância, mesmo que, para determiná-la se possa instaurar um processo judicial, conforme é previsto pela lei. Em sentido contrário, foi definida obrigação de valor, por parte daqueles que, rejeitando qualquer analogia com a compra-e-venda, sustentam que o conteúdo monetário se configura só no momento em que a importância da indenização torna-se incontestada, quando aceita pelo desapropriado ou por determinação judicial. Diga-se, desde já, que a aplicação da distinção entre obrigações pecuniárias e obrigações de valor não foi sempre regulada rigorosamente pela sua configuração jurídica.¹ Não se pode negar que a definição e a análise jurídica das diversas obrigações, a fim de fixá-las numa ou outra espécie, têm sido influenciadas por considerações de equidade e pela pressão de interesses sociais os mais diversos, como, por exemplo, a consideração pelas fi-

1 Sobre este problema: Vitta, "Gli effetti della svalutazione monetaria sugli atti della Pubblica Amministrazione". In *Riv. amm.* 1951, I, I e seu comentário crítico (Rebori) in *Rass. mens. avv. Stato*, 1952, 64.

nanças públicas, levando a manter como obrigação pecuniária a obrigação do pagamento da indenização correspondente à desapropriação por utilidade pública.

O emprêgo do instrumento jurídico da excessiva onerosidade para fazer com que algumas obrigações se beneficiassem da desvalorização da moeda, deu-se com relativa resistência, proveniente mesmo do próprio instrumento jurídico escolhido. A resistência não se verificou tanto na dificuldade de enquadrar a desvalorização monetária entre os eventos extraordinários e imprevisíveis que permitem a aplicação dêste instrumento, pois, por um lado, a desvalorização em questão está ligada a um acontecimento extraordinário, qual foi a segunda guerra mundial, de efeitos tão imprevisíveis no seu montante que, a importância que alcançou ou poderia ter alcançado a inflação, escapou até aos técnicos em economia, quanto na dificuldade de apresentar a desvalorização como elemento que torna excessivamente onerosa a prestação. Observou-se que nos contratos cumutativos quem requer a aplicação da excessiva onerosidade da prestação em relação à desvalorização da moeda, nem sempre está em condições de demonstrar que sua prestação se tornou mais onerosa a partir do momento em que nasceu, uma vez que o adimplemento da prestação, considerado em si mesmo, pode ter sofrido modificações. A mudança se observa, ao contrário, em relação à contraprestação, isto é, no que toca à soma de dinheiro correspondente à prestação, que agora se revela inadequada, se comparada ao atual valor monetário da prestação. Cessa, então, aquela conveniência, que leva um dos dois contraentes e estipular o contrato, responsabilizando-se por uma prestação que foi aceita na base de um “correspondente” monetário, expresso na contraprestação de pagar “determinado” preço. Para inserir a incidência da desvalorização da moeda no mecanismo de excessiva onerosidade da prestação, recorreu-se ao fundamento dêsse instituto, sustentando, com fórmulas diversas, que êle visa manter aquêle equilíbrio inicial entre as prestações estabelecidas na redação do contrato, de modo que, sob êste aspecto, conseguiu-se admitir que a desvalorização da moeda, operando como acontecimento desequilibrador, possa levar à aplicação dos efeitos do remédio da excessiva onerosidade.

Outros problemas, ainda não esclarecidos pela doutrina e pela jurisprudência, depois se manifestaram acêrca da *redução por equidade* do conteúdo ou da maneira de executar um contrato. A redução por equidade é prevista pelo nosso código, como consequência de um acontecimento extraordinário e imprevisível, quando a prestação se torna, em relação a tal acontecimento, excessivamente onerosa; mas o âmbito de aplicação dêse remédio nem sempre é o mesmo. Enquanto, nos contratos que implicam obrigações para ambas as partes, o remédio da redução por equidade é apontado como uma possível e eventual contraproposta do contraente, em relação ao qual se requer a resolução do contrato por excessiva onerosidade; ao contrário, o remédio é previsto como sendo o único quando se trata de conter os efeitos de um excessiva onerosidade da prestação, nos contratos em que a obrigação é de uma só das partes (art. 1.468 do Código Civil).

Nos casos em que o remédio é previsto para os contratos cujas obrigações afetam só uma das partes, torna-se difícil sustentar que o seu fundamento é, ainda, o de restabelecer o equilíbrio inicial das prestações, por não existirem prestações recíprocas. Portanto, o fundamento da redução por equidade, em tal hipótese, deve procurar-se, de preferência, num princípio equitativo. A hesitação da doutrina não diz respeito, porém, à questão da possibilidade de admitir-se, ainda que só para efeito da redução por equidade, a desvalorização monetária como evento extraordinário e imprevisível, pois quanto a isto não existem dúvidas.

Enfim, é preciso lembrar que a desvalorização da moeda atua, facilmente, no contrato de empreitada, onde o legislador introduziu o remédio apropriado da “revisão” dos preços (art. 1.664 do Código Civil) em vista de acontecimentos imprevisíveis, entre os quais a desvalorização da moeda. Ainda mais, a desvalorização pode intervir como elemento para a revisão do fóro no contrato de *enfiteuse* conforme o adequado remédio de revisão prescrito pelo art. 962 do Código Civil.

2. Examinada a série de instrumentos jurídicos com que a desvalorização da moeda pode incidir nas *obrigações que persistem no tempo*, convém observar que, se o problema dessa incidência apresentou-se de forma imponente no direito privado, no direito público ele se revelou em proporções extremamente modestas.

Não seria exato concluir que este problema não foi também suscitado no direito público italiano, mas faltam, quase que de todo, seja a elaboração ou o comentário doutrinário, sejam as decisões judiciais. Se o campo de observação se restringir então às convenções e aos contratos, pondo de parte as obrigações de direito público em geral, o número de decisões judiciais reduz-se ao máximo, sendo mínimo o comentário doutrinário.

Estudando esta incidência no direito público, não é preciso analisar como se verificou e em que formas e até onde conseguiu impor-se, como também esclarecer por que, e justamente quando o problema desta incidência nas obrigações contratuais de direito privado se manifestava com tanta evidência, no direito público. Essa incidência parece ser ignorada; e de qualquer modo porque, embora havendo razão para invocá-la, não tenha provocado debates no Judiciário, nem tenha conseguido interessar os práticos do direito.

Abandonando o campo das obrigações do direito público em geral, a respeito das quais mencionou-se a controvérsia sobre a incidência da desvalorização monetária sobre o pagamento da indenização de desapropriação por utilidade pública, para concentrar a atenção sobre a incidência da desvalorização da moeda nas convenções e nos contratos de direito público, é preciso, antes de qualquer coisa, para dominar a matéria, ordenar convenções e contratos em várias categorias.

A distinção entre convenções e contratos não é casual. E tampouco é casual sua catalogação, ainda que rapidamente esboçada, uma vez que o

fenômeno contratualístico (*latu senso*) no âmbito do direito público não foi objeto de estudos gerais por parte da doutrina italiana.

O termo “convenção” abrange em geral os acordos que se estabelecem entre pessoas ou órgãos da Administração pública e também entre particulares e a Administração pública, para a manutenção e a gestão de determinados serviços ou de obras públicas, enquanto que o termo “contrato” pode continuar indicando os pactos relativos às empreitadas e aos fornecimentos, além de outros a que nos referiremos dentro em pouco.

Exemplo da convenção encontra-se nas convenções estipuladas entre as Universidades e as instituições públicas de assistência e beneficência, gestoras de hospitais, para o funcionamento das clínicas universitárias. De acordo com a legislação do ensino superior, nas cidades sedes de Faculdades de Medicina e Cirurgia, os hospitais de certa importância podem ser transformados em hospitais clínicos, conforme as necessidades do ensino. Os ônus, porém, cabem tanto à administração do hospital quanto à Universidade, como previsto em uma convenção, que pode ter também conteúdo pecuniário, pois a Universidade, por exemplo, pode obrigar-se a pagar à administração do hospital sua contribuição para o funcionamento dos serviços clínicos.

Acordos semelhantes, e para fins os mais diversos, podem ser concluídos entre diferentes pessoas ou órgãos da Administração pública, incluindo, também, sujeitos privados, como por exemplo as convenções para a manutenção de uma instituição da cidade, de um teatro famoso, de uma feira mostruária, de um autódromo, etc. . .

Ora, em relação a semelhante espécie de convenções, pode acontecer a hipótese de que o sujeito beneficiário, parte também éle na convenção, reclama tenha a desvalorização da moeda reduzido o valor das contribuições pagas pelos participantes da convenção para o bom funcionamento da obra ou do serviço, suscitando-se o problema dos efeitos do evento da desvalorização da moeda em face da convenção. Estas convenções não têm esquema fixo, dependendo êste das partes que as concluem. Todavia, presume-se que existam nelas cláusulas de denúncia, dentro de prazos determinados e, às vezes, cláusulas de revisão. E note-se desde logo que ambas estas cláusulas podem prestar-se a permitir uma resolução ou modificação da convenção, por incidência da desvalorização monetária, quando fôr possível apresentá-la como evento suficiente para a denúncia ou para a revisão.

No âmbito das convenções, ora em discussão, ainda que diferenciadas por elementos estruturais peculiares, devem ser lembradas aquelas que a jurisprudência italiana definiu como concessões-contrato, e que intervêm no funcionamento de um serviço público. Trata-se, em geral, da delegação a particulares ou, mais raramente, a organizações públicas, da gestão de um serviço público; delegação que pressupõe um ato autorizador (concessão), a que se vincula um pacto que concretiza as condições da concessão.

A incidência da desvalorização da moeda pode atingir êsses tipos de concessões-contrato conforme a descrição do caso abaixo, que foi motivo de discussão e de comentário doutrinário. Tratava-se de uma concessão-contrato para gerir um serviço de transporte ferroviário, concessão chamada “subvencionada”.

A Administração estatal outorgante conviera em subvencionar a gestão do serviço, concedido a uma sociedade privada, com contribuições pecuniárias, cuja importância num determinado momento, devido à desvalorização da moeda, se tornou insuficiente. Daí ter surgido o problema de saber como poderia tal acontecimento incidir sobre a estrutura da relação, individualizando-se os meios e instrumentos jurídicos idôneos a registrar tal incidência.

De acôrdo com o laudo arbitral, então proferido, julgou-se extensível à tal concessão-contrato o remédio da excessiva onerosidade da prestação, tendo em vista a desvalorização monetária da subvenção, e assim sendo, que pudesse a sociedade concessionária pedir, pelo disposto no art. 1.467 do Código Civil, a resolução da concessão.

O comentário doutrinário manifestou-se contrário à solução apontada pelo laudo, e considerou aplicável somente a redução por equidade da concessão. ²

Ao lado das convenções, então, como disse, *os contratos*. Mas, acerca, dêstes, devem discriminar-se duas categorias. A primeira compreende os contratos que visam a obter os bens e serviços necessários à atividade da própria Administração estatal e das outras Administrações públicas. E aqui aparecem as duas espécies características dos contratos de empreitada e de fornecimento. Fazem parte da segunda categoria, os contratos estipulados para a gestão do patrimônio imobiliário da Administração pública. E desta regulamentação emerge a cláusula de “revisão de preços”, que pode dizer-se elemento constante, tanto dos contratos de empreitada quanto dos contratos de fornecimento, ainda que com notável diferença.

Em se tratando de contratos de empreitada, a cláusula de revisão deve considerar-se “sempre” incluída, por disposição legal, salvo declaração em contrário. Nos contratos de fornecimento, entretanto, a cláusula apenas *pode* ser incluída, facultando-a o legislador à vontade das partes, especialmente da Administração pública. Todavia, quando a cláusula faltar, existe outro remédio para salvaguardar de uma eventual excessiva onerosidade da prestação. E o problema que assim nasce pode aproximar-se ao das conces-

² O laudo emitido em data de 23 de junho de 1948 pelo *Colégio Arbitrale* por ocasião da controvérsia *Ferrovie Sud Est — Ministério dos Transportes*, foi produzido em *Foro it.*, 1949, I, 773. Segue-se comentário de A. Biamonti, *Sulla eccessiva onerosità Sopravveniente nel corso delle concessioni di servizi e degli appalti pubblici*.

sões-contrato, com o qual se pretende examiná-lo. Aqui cabe acentuar que a cláusula da revisão dos preços torna-se instrumento adequadíssimo para avaliar-se a oscilação do valor monetário, quando incidir por aumento ou por diminuição na prestação "total" da obrigação, com respeito a quanto fôra estabelecido originariamente no contrato. Não será aplicada a cláusula se a oscilação total do preço não fôr maior ou menor que um *tot*, no mínimo de um décimo, fixado pelo legislador. Não é o caso de demonstrar minuciosamente o mecanismo desta cláusula; é suficiente lembrar que, diferentemente da cláusula da revisão dos preços, prevista pelo legislador italiano nos contratos de empreitada disciplinados pelo Código Civil (art. 1.664), não está condicionada à verificação de eventos imprevisíveis, e, portanto, sob este aspecto, pode com mais facilidade registrar as oscilações de valor da moeda, sem que seja necessário incluir uma determinada desvalorização entre os acontecimentos imprevisíveis no momento da lavratura do contrato.

Todavia, a revisão dos preços não gera para os contraentes obrigados perante a Administração pública, um verdadeiro e explícito direito à modificação do preço originariamente estatuído, pois que, se o contraente tem o direito de apresentar o próprio pedido de revisão, indicando a importância do aumento, o deferimento do mesmo será apreciado de modo discricionário pela Administração, ficando tal providência, em sua substância, subtraída à apreciação do juiz. De fato, o provimento favorável ou contrário ao pedido, só pode ser contestado por vícios de legalidade, nunca pelo mérito. Isto restringe a tutela do onerado, ainda quando, a fim de limitar a apreciação discricionária da autoridade administrativa, intervenha o parecer de uma Comissão especial que a autoridade é obrigada a provocar. Sob este aspecto, a cláusula de revisão se afasta do remédio previsto pelo código para contratos de empreitada, em que a situação daquela que o faz valer, é mais sólida sem dúvida alguma, uma vez que pode invocar a autoridade judiciária para demonstrar o fundamento de seu pedido e impor-lhe a aceitação.

Existem, enfim, contratos que dizem respeito à gestão do patrimônio mobiliário e imobiliário da Administração pública. Entre eles, alguns se referem à gestão do patrimônio cuja renda é considerada pela Administração como fonte de receita, hoje reduzida ao mínimo, visto o desenvolvimento do sistema tributário como principal fonte de receita da Administração pública. Outros dizem respeito à gestão dos chamados bens indisponíveis. Em geral todos estes contratos são disciplinados pelo direito privado, uma vez que na sua conclusão a Administração abandona sua posição autoritária para assumir a das pessoas comuns. De modo que, se por estes contratos se determinar e se pedir a incidência da desvalorização monetária, sem dificuldade alguma não de aplicar-se os instrumentos jurídicos, apontados no começo do presente estudo, para os contratos de direito privado.

Mas não é esta a categoria de contratos mais freqüentemente realizados pela Administração pública, o que explica a raridade das contestações judiciais e das discussões doutrinárias em torno da matéria.

Lembramos, todavia, um caso que foi objeto de resolução do Tribunal de Contas (Seção de Contrôlê), e que confirma a solução apontada. Tratava-se de uma Administração estatal, precisamente a *Amministrazione dei Monopoli dello Stato* que acabara de estipular com uma entidade pública (o *Istituto Nazionale per l'Assicurazione Contro gli infortuni del lavoro*) a cessão de importante conjunto de edifícios a um “determinado” preço, expresso em termos de valor monetário, anterior à guerra. A entrega do conjunto imobiliário e o relativo pagamento deveriam dar-se mais tarde, após a assinatura do contrato, uma vez que a *Amministrazione dei monopoli* pretendia construir um edifício para sua própria sede, em lugar dos imóveis cedidos. O deflagrar da segunda guerra não permitiu, porém, o cumprimento de ambas as obrigações. Finda a guerra e retornando-se ao contrato, tornou-se êste passível de modificações, entre outras razões, pela incidência da desvalorização da moeda sôbre o preço estabelecido.

Sob êste aspecto, o Tribunal de Contas não teve dúvidas em que se pudessem aplicar os instrumentos jurídicos indicados para permitir a incidência da desvalorização monetária contratos de direito privado, mas decidiu apenas, tendo em vista tais instrumentos, que, no caso, a desvalorização não poderia incidir. Concluiu que o adiamento da entrega do conjunto imobiliário, como no pagamento do preço, não obstava a que a transferência da propriedade do conjunto imobiliário se fizesse no momento em que a compra-e-venda foi pactuada, não se configurando, por êsse motivo, uma hipótese de excessiva onerosidade na prestação, que permitisse reclamar a resolução do contrato. Em outros termos, considerou-se que as obrigações de ambas as partes, não fôsem obrigações perduráveis no tempo, tornando-se assim sensíveis às oscilações do valor monetário, ainda quando sua execução — por vontade comum das partes — tivesse sido adiada para um momento sucessivo ao término do contrato.³

É bom lembrar que, às vêzes, também assumem estrutura contratual as prestações de serviços públicos aos usuários, como por exemplo, contratos para fornecimento de energia elétrica, de gás de iluminação, de água potável, assim como os contratos de transporte de passageiros e de mercadorias por meio de estradas de ferro. Em relação a êsses contratos, a Administração que presta o serviço, já sofreu a incidência da desvalorização da moeda pelo aumento dos custos de produção, mas a incidência sôbre o preço do serviço não foi imposta através dos instrumentos jurídicos acima expostos. Os preços de tais serviços são estabelecidos por normas imperativas, motivo pelo qual a modificação do preço se efetuou com medidas de autoridade, isto é, recorrendo a medidas legislativas que, entretanto, contiveram o aumento numa diversa proporção e, em geral, em nível inferior ao do valor da moeda nacional. A incidência da desvalorização ocorreu, po-

³ A resolução, muito elaborada, do Tribunal de Contas, Seção de Contrôlê, de 2 de abril de 1952, sob o n.º 418, encontra-se reproduzida na *Riv. cate conti*, 1952, II, 93.

rém efetivou-se fora do contrato, por meio da lei, eliminando sim um problema jurídico, mas fazendo emergir um problema de conveniência política.

Outro tipo de contrato de direito público que ficou índene à desvalorização monetária foi o de empréstimo público. De um ponto-de-vista estritamente jurídico, a solução parece indiscutível, uma vez que o contrato de empréstimo público, importando numa obrigação pecuniária, não pode, senão, sujeitar-se ao princípio nominalista. Mas do ponto-de-vista da equidade social parece discutível, máxime se se considerar que as ações de muitas sociedades privadas registraram aumentos, até mesmo notáveis, de valor, certamente também por efeito da desvalorização monetária.

3. A resenha feita permite tecer algumas observações gerais sôbre a incidência da desvalorização monetária nos contratos de direito público. Pode-se observar: *a)* às que a incidência se verifica e produz efeitos às vêzes iguais àqueles que se verificam nos de direito privado, quando a Administração contratante se vale de instrumentos contratuais privatistas; *b)* que nos contratos de direito público existem meios particulares com os quais a desvalorização se impõe. Por um lado, êsses meios são mais adequados para registrar as oscilações do valor da moeda, do que os remédios, para êste fim, empregados nos contratos de direito privado (as cláusulas de revisão de contratos e dos preços nas empreitadas e nos fornecimentos, não sujeitos, como o remédio da excessiva onerosidade da prestação, à sobrevivência de eventos imprevisíveis e extraordinários); mas, por outro lado, deixam em posição mais fraca o contratante onerado, uma vez que submetem a revisão à providência discricionária da autoridade, só em parte averiguável pelo juiz; *c)* que a presença de tais meios pode explicar o menor número de contestações sôbre a matéria no direito público e as poucas discussões doutrinárias do problema, uma vez que foi menor a necessidade de individualizar os meios idôneos para registrar a desvalorização e a medida de autoridade restritiva à substância da controvérsia; *d)* que a desvalorização monetária repercute nos contratos de direito público ainda que por meios legislativos, o que implica numa determinação unilateral e incontrolável da medida em que a desvalorização é admitida, como, de resto, se verifica, dentro de certos limites, na determinação do aumento ou da diminuição do preço nas empreitadas públicas ou nos contratos de fornecimento.

A estas observações podem acrescentar-se outras.

A desvalorização da moeda, seja dito, não sòmente atinge a economia em geral do Estado, como também está em estreita conexão com a política econômica estatal, sendo esta quase sempre seu elemento determinante.

Isso implica em que a Administração estatal em particular — os entes administrativos menores sofrem a desvalorização — se empenhe em suportar, por razões de equidade social, as conseqüências de um fato que contribuiu para produzir. Mas, enquanto isto, por um lado, levaria a admitir uma espontânea adaptação à desvalorização da moeda nos contratos de direito público, por parte das Administrações contratantes e obrigadas ao paga-

mento do preço, ou, no mínimo, a concluir que não há resistência por parte delas aos pedidos de reajustamento, por outro não seria possível esquecer que uma adequação estritamente proporcional ao novo valor da moeda poderia, por sua vez, incidir sobre a economia nacional, tão grande é o número de relações contratuais de direito público, repercutindo uma tal adequação nas fontes de receita das mesmas Administrações. Assim se explica como para levar em conta, mas também para conter a desvalorização da moeda intervêm medidas unilaterais da Administração e em particular medidas legislativas, com as quais consegue a Administração regularizar os efeitos da desvalorização sobre os “seus” contratos.

É digno de nota que a disciplina legislativa da cláusula de “revisão de preços” nos contratos das empreitadas públicas tenha tido aplicação na Itália logo depois de sua entrada na primeira guerra mundial quando se puderem começar a prever os efeitos da guerra sobre o valor da moeda: e a primeira medida legislativa sobre a matéria é de junho de 1915 (Decreto-lei n.º 890, de 20 de junho de 1915). De outro lado, como fôra dito, é sabido que as receitas estatais e das Administrações públicas não aumentam, por sua vez, na mesma proporção da desvalorização da moeda. Com efeito, os tributos e o preço dos serviços geridos pela Administração pública sofrem um processo de ajustamento ao valor da moeda, geralmente muito lento, mesmo porque semelhantes reajustamentos estão vinculados a processos e contrôles, de modo que a Administração não se acha em condições de solucionar um pedido semelhante no mesmo ritmo com que o fazem os particulares em geral. Daí surgir o elemento da “proporção do reajustamento”, que tudo indica se possa apresentar como característico da incidência da desvalorização da moeda nos contratos de direito público, no sentido, ao menos, de que os critérios de reajustamento do valor das obrigações de conteúdo pecuniário da Administração pública podem ser — e são normalmente — diversos dos empregados nas relações contratuais de direito privado. Excluir-se-iam desta diversidade somente as relações contratuais em que a Administração pública se colocasse em posição idêntica à do particular, aceitando, ou melhor, preferindo subordinar-se à disciplina do direito privado, como acontece nas relações contratuais que tenham por objeto a gestão de seu patrimônio.

O elemento de uma determinada proporção de reajustamento pode adquirir relêvo particularmente quando se trata de determinar a incidência da desvalorização monetária nas já mencionadas convenções, destinadas a permitir o funcionamento de uma obra ou de um serviço público. Nesses casos, a cláusula de revisão ou a denúncia da convenção poderão empregar-se para requerer um aumento das contribuições pecuniárias a que as partes se haviam obrigado, adotando como justificação a desvalorização da moeda. Não se poderá entretanto pretender que o reajustamento se efetue na proporção do aumento do custo do serviço ou da manutenção da obra pública, calculado na simples base da desvalorização monetária, conforme os índices oficiais. As partes aderentes à convenção poderão opor “sua proporção

de reajustamento” em correlação com o aumento de sua fonte de receita, devendo tal proporção considerar-se justificada. Certamente, o reconhecer-se a legitimidade de uma proporção de reajustamento, determinada com base em dados objetivos, e, todavia, específica para a Administração pública pode, por sua vez, dar ensejo ao aparecimento de difíceis problemas, pois um limitado aumento das contribuições pecuniárias pode acarretar obstáculos, até mesmo graves, para o funcionamento da obra ou do serviço público. Pode-se, contudo, obviar a isso com a busca de outros meios de financiamento, a não ser que, faltando estes, se deva, sem mais, determinar a redução do serviço ou do funcionamento da obra. Isto serve para demonstrar como o problema dos efeitos da desvalorização monetária sobre o funcionamento do serviço ou de uma obra pública acabe, às vezes, por transformar-se num problema de direito público, ainda que provenha da incidência da desvalorização sobre um contrato de direito público e possa solucionar-se recorrendo aos efeitos da incidência nas relações contratuais de direito privado. É evidente que, em se tratando de decidir acerca dos destinos de um serviço ou de uma obra pública, exorbita-se do plano da responsabilidade contratual e se entra no dos processos de continuação, de modificação ou de cessação de uma obra ou de um serviço público, suscitando problemas cuja solução dependerá do recurso a normas específicas ou a casos análogos ou a princípios gerais de direito público, dos quais não é possível indicar agora nem mesmo os elementos essenciais.

4. O problema seguinte nos mostra um aspecto particular da incidência da desvalorização monetária nos contratos de direito público. No caso em que a convenção ou o contrato de direito público não contenha uma cláusula de revisão ou de denúncia da convenção mediante a qual possa ser alegada a desvalorização monetária para os relativos efeitos (revisão de preço ou denúncia da convenção), é possível recorrer ao remédio da excessiva onerosidade da prestação, de acôrdo com o art. 1.467 do Código Civil, como se se tratasse de relação contratual de direito privado?

A questão foi examinada por ocasião de um contrato de fornecimento do tipo de vendas sucessivas, através do qual, dentro de certos prazos, deviam ser fornecidos produtos alimentícios a um determinado preço, e sobre o qual já se vinha fazendo sentir a desvalorização da moeda.

A entrega do produto tinha-se tornado excessivamente onerosa em vista do preço estipulado. E, não constando no contrato uma cláusula de revisão do preço, nem podendo esta invocar-se *ipso jure*, uma vez que, como foi recordado, nos contratos de fornecimento tem que ficar expressa semelhante cláusula, o prejudicado requereu a aplicação do remédio da excessiva onerosidade, pedindo a resolução do contrato.

A Administração contestava, sustentando a invariabilidade do preço pactuado, não já como uma conseqüente aplicação do princípio nominalista das obrigações pecuniárias, mas como princípio específico dos contratos de empreitada e de fornecimento público. De fato, semelhante princípio se

encontra na lei acêrca de obras públicas num artigo de formulação genérica (vd. art. 326 da Lei de 20 de março de 1865, al. f): “o preço pactuado é fixo e invariável”.

Observou-se em comentário à sentença que aceitou a pretensão do fornecedor no sentido da resolução do contrato, que, tendo uma cláusula do contrato proibido — tal cláusula na verdade fôra incluída através da remissão a um caderno de encargos — alterar o preço determinado e aceito, dever-se-ia considerar tal contrato de fornecimento como contrato aleatório, ou, mais precisamente, não como um contrato aleatório por natureza (como o contrato de seguro ou o contrato de aposta, mas como contrato que se tornou “aleatório por vontade das partes”.

Ora, o art. 1.469 do Código Civil declara que o remédio da excessiva onerosidade não se aplica aos contratos aleatórios, sejam êles aleatórios por natureza, ou se tenham tornado tais por vontade das partes, pois é evidente que onde existe uma área total, não há lugar para eventos imprevisíveis e extraordinários. A *Corte di Cassazione* considerou fundamentado o pedido do fornecedor e rejeitou o princípio da invariabilidade dos preços, observando que semelhante princípio, ainda que formulado pela norma legislativa, acima indicada, foi contrariado pela sucessiva evolução da legislação italiana, que elevou a cláusula da revisão dos preços à condição de elemento normal dos contratos de empreitada e de fornecimento. Assim, não mais procedia a invocação daquele princípio.

Quanto à aplicação do remédio da excessiva onerosidade aos contratos de fornecimento, observou-se que os contratos de direito público obedecem, em sua estrutura, à estrutura contratual cuja disciplina faz parte do Código Civil, e se tendo introduzido na estrutura geral do contrato o remédio da excessiva onerosidade, ainda que limitadamente aos contratos de execução continuada, êste remédio torna-se estendível aos contratos de direito público.

Êsses argumentos afiguram-se aceitáveis porque é exato que os contratos de direito público assentam, precisamente como contratos, sobre o esquema geral do contrato, que não é nem de direito público, nem de direito privado, mas instrumento jurídico geral. Mas êsses argumentos ainda podem reforçar-se com outras considerações. Que o remédio seja estendível aos contratos de direito público está demonstrado pelo fato de o legislador ter disposto que em semelhantes contratos possa ser introduzida — à vontade das partes — a cláusula da revisão dos preços, e que esta cláusula é concebida pela doutrina, justamente, como uma manifestação do próprio princípio (do equilíbrio das prestações nos contratos de execução continuada), em que se inspira o remédio da excessiva onerosidade. Não teria sentido, portanto, que, após ter configurado o contrato de fornecimento dêste modo, pela falta de tal cláusula ficasse êle dominado pelo princípio rigidíssimo da invariabilidade do preço, de todo contrário ao do equilíbrio das prestações. Nem convence que os contratos de fornecimento, privados da cláusula de revisão, sejam incluídos entre os contratos aleatórios, só pelo fato

de se fazer uma remissão às disposições do caderno de encargos, no qual se excluem modificações ou alterações do preço.

Repare-se, antes de mais nada, que quando se pede a resolução do contrato por excessiva onerosidade da prestação, não se pede uma modificação do preço, mas a liberação da obrigação, motivo pelo qual foge-se da disposição do caderno de encargos, a qual, se visa fixar o preço como foi estatuído, não disciplina a forma de extinção do contrato nas suas relações com o princípio do equilíbrio das prestações vinculado à regulamentação geral dos contratos de execução continuada. Em segundo lugar, uma coisa parece ser o risco que deve envolver um contrato para transformá-lo em contrato aleatório, e outra a exclusão de variações do preço, que tem, não tanto a finalidade de expor o fornecedor ao risco de grande perdas ao assumir o compromisso de fornecer à Administração pública, quanto o objetivo particular de excluir a constituição de um direito do fornecedor a qualquer revisão do preço estatuído. Em minha opinião, para evitar a aplicação do remédio da excessiva onerosidade nos contratos de direito público, ajustáveis ao esquema dos contratos de execução continuada estabelecido pelo vigente Código Civil, seria preciso hoje uma cláusula expressa no contrato.

Concluindo, penso que seja exato considerar que aos contratos de direito público ajustáveis ao esquema dos contratos de execução continuada (em particular aos contratos de empreitada e de fornecimento) se possa aplicar o remédio da excessiva onerosidade e assim, mediante este instrumento jurídico, obter a incidência da desvalorização monetária sobre a prestação que se tornara excessivamente onerosa. E isto é possível caso em tais contratos não existam instrumentos jurídicos apropriados, que transcrevam substancialmente, em termos de direito público, o princípio do equilíbrio das prestações: cláusula da revisão dos preços acima examinada dentro da sua configuração publicista. Enfim, é de reparar que a aplicação do remédio da excessiva onerosidade implica ademais o poder, concedido à parte que pede a resolução do contrato, de oferecer uma redução por equidade da prestação ou de seus modos de execução. Isso pode permitir uma tutela suficiente dos interesses da Administração contratante — que não queira concordar com a resolução do contrato — máxime se se pensar que o *quantum* ou o modo da redução por equidade fica subordinado à apreciação discricionária da Administração, a meu ver, livre de sindicância judicial.

5. Parece entretanto que a aplicação do remédio da excessiva onerosidade não possa ser admitida para as convenções de direito público, consistam estas em acórdos entre diversos sujeitos para a manutenção ou o funcionamento de uma obra ou de um serviço público, ou em uma concessão-contrato. A respeito desta última já foi recordado o caso, objeto de laudo arbitral, de uma sociedade concessionária de um serviço de transporte ferroviário “subvencionado” que reclamara a incidência da desvalorização monetária nas subvenções estatais, que se tornaram insuficientes para o custeio do serviço, tendo o laudo admitido o remédio da excessiva onerosidade e, portanto, a possível resolução da convenção. O comentário doutrinário ao

laudo apontou, contra a solução proposta, um argumento: o da duração da concessão. Sustentou-se, em síntese, que um serviço público objeto de concessão não pode cessar por determinação unilateral do concessionário. Talvez coubesse buscar, no caso, uma aproximação com uma característica das pessoas jurídicas públicas, nem sempre posta em evidência, mas, todavia, válidamente invocável para a sua discriminação das pessoas jurídicas privadas: isto é, a da impossível "cessação de sua atividade" por determinação própria (diferente da extinção da Entidade pública por causas previstas pela lei).

É evidente que uma atividade de direito público, concretizando-se em serviço público, não pode ficar subordinada à vontade do particular, como aconteceria se a êste fôsse permitido pedir a resilição de uma convenção, mesmo em relação a um elemento objetivo, como, por exemplo, o evento da desvalorização monetária atingindo algumas subvenções pecuniárias do serviço incluídas no cálculo do concessionário ao assumir o ônus da sua prestação.

Mas, em se rejeitando a resilição da concessão-contrato, não se quis excluir de todo a irrelevância da desvalorização monetária sôbre a convenção. Pareceu até possível, conforme o comentário doutrinário em exame, recorrer a um outro artigo do Código Civil concernente às relações contratuais que implicam obrigações somente para uma das partes, e pelo qual é admitida, por motivo de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a redução por equidade da prestação tornada excessivamente onerosa ou dos seus modos de execução (art. 1.468 do Código Civil). Com isto a pretensão da parte obrigada, cuja prestação se tenha agravado excessivamente, restringir-se-ia ao pedido de uma redução por equidade da prestação ou dos seus modos de execução, salvando-se a continuidade do serviço, e deixando-se ao juízo da Administração concedente o *quantum* da redução. Pensava-se, práticamente, que uma redução por equidade dos vários modos de execução da concessão-contrato importaria em contraposição num aumento das subvenções, apresentadas como "condições" e "modos" para a execução do serviço público. Para chegar-se a esta conclusão, é preciso admitir, todavia, mais do que uma aplicação analógica do art. 1.468 do Código Civil, porquanto se continua configurando a subvenção como correspondente à prestação do concessionário e não é possível, portanto, aproximar o esquema desta concessão-contrato de uma relação contratual com obrigações para uma só das partes: um princípio equitativo que levaria a manter a proporção da prestação qual fôra determinada no momento da estipulação da convenção, em se tratando de obrigações que perduram no tempo, e desde que uma alteração da prestação se verificar por efeito de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários, isto é, fora da álea normal do contrato.

Dito isso, passa-se a expor a conclusão negativa adrede anunciada, fazendo notar que o problema aqui proposto pode referir-se a um número

maior de hipóteses, a outros acontecimentos extraordinários, e não somente à incidência da desvalorização monetária sobre uma concessão-contrato.

Em minha opinião, a inaplicabilidade do remédio da excessiva onerosidade às concessões-contrato (e às convenções de direito público em geral) não pode ser explicada com um argumento que me parece estranho à estrutura da relação: duração da concessão, continuidade do serviço, enquanto que o fundamento do remédio se encontra precisamente na estrutura das relações contratuais perduráveis, visando manter o equilíbrio originário das prestações.

— A inaplicabilidade me parece que provenha, ao contrário, da estrutura destas convenções que acho diferente das contratuais. Certamente que se trata de convenções (refiro-me em particular às concessões-contrato), de relações que implicam obrigações mútuas, oriundas da vontade concorde das partes, pelo que o concessionário obriga-se à prestação de um serviço público enquanto recebe uma subvenção, que lhe assiste de direito por força de convenção. Porém, enquanto dir-se-ia que as obrigações nestas convenções são *correlativas*, de modo que uma prestação é cumprida em relação à outra, não se diria, ao invés, que sejam *correspondentes*, isto é que uma seja causa e condição da outra, como acontece, ao contrário, numa relação de estrutura contratual. De fato, analisando o objetivo da Administração conclui-se que a obrigação por ela assumida na estipulação do pacto, não é causada, nem condicionada pela obrigação da outra parte, nem tampouco se resolve em uma prestação para o concessionário. Ao contrário, ela visa ao funcionamento do serviço público, assim como, por sua vez, a obrigação do concessionário se determina também com referência ao serviço público e não se efetiva para a Administração concedente. É o serviço público que se apresenta como elemento intrínseco do acôrdo e funciona como catalisador, se assim se pode dizer, das obrigações a que as partes se comprometem reciprocamente, pelo que o serviço público torna-se o metro aferidor das obrigações. Com isto fica afastada a referência ao equilíbrio originário das prestações, aceito como fundamento do remédio da excessiva onerosidade, em que uma prestação é avaliada em relação a outra e não tendo em vista um elemento intrínseco ao pacto, mas diverso das prestações. A meu ver, é, portanto, a particular estrutura destas convenções constitutivas de obrigações correlativas para o funcionamento de um serviço público que não permite a aplicação de um remédio condicionado à simples estrutura contratual.

— Mais evidente ainda se torna a presença do serviço ou da obra pública, como elemento intrínseco e determinante de uma relação, nos pactos em que a estrutura contratual geralmente se perde, por se tratar de acôrdos entre vários sujeitos cujas obrigações, ao invés de se contraporem, estão coligadas em relação a um fim comum, como o funcionamento de um serviço público ou a manutenção de uma obra pública. Também nestes pactos não se trata de manter uma originária proporção entre as várias obrigações reciproca-

mente comensuradas, uma vez que o elemento mensurador é constituído pelo serviço público.

Mas, negando que nas convenções de direito público se possa apelar para o remédio da excessiva onerosidade para obter a resolução da convenção por parte do sujeito que alega um excessivo agravamento da própria prestação, dever-se-á, por acaso, concluir que não existe meio algum para fazer valer as conseqüências de tal excessivo agravamento, e, em semelhantes casos, excluir que se possa determinar uma incidência, juridicamente relevante, da desvalorização monetária ?

Não obstante o contraste com a solução positiva que nasce da aplicação das cláusulas de revisão e de denúncia às vêzes incluídas nestas convenções, e que podem tornar-se instrumentos de penetração nas mesmas da desvalorização monetária, entendo que em semelhantes hipóteses se deva responder que *não existe tal meio*, isto é, um meio que nasça da estrutura da relação. Não me parece possível aderir à tese, antes recordada, de uma aplicação analógica do remédio de redução por equidade, que salve ao mesmo tempo a continuidade do serviço ou da obra pública e a exigência de justiça, restabelecendo o ônus em sua primitiva proporção. E isto porque, por um lado, o remédio da redução por equidade das obrigações — ainda que se admita possa extrair-se do artigo do código, disposto para as relações contratuais com obrigações para uma só parte, um princípio geral — permanece formulado para relações com estrutura contratual, isenta de elementos alteradores dessa estrutura, como, ao contrário, sucede com o serviço ou a obra pública. Assim, se fôsse tal princípio invocado, ter-se-ia dêle uma aplicação completamente alheia à previsão do legislador. Por outro lado, tal aplicação analógica ainda não seria possível, porque uma eventual exigência de equidade não poderia se tornar objeto de válida pretensão da parte onerada, mas apenas objeto da apreciação discricionária da autoridade encarregada de exercer o controle do funcionamento do serviço público ou da manutenção da obra pública. Este último reparo permite acrescentar que o princípio que se pretende aplicar não daria resultados práticos.

Na verdade, se a redução por equidade do conteúdo da prestação ou dos seus modos de execução depende de uma apreciação discricionária da autoridade administrativa, é de excluir-se, não apenas que uma pretensão, com substância de direito subjetivo, possa estabelecer-se a favor da parte onerada, porquanto entre apreciação discricionária e direito subjetivo considera-se que haja incompatibilidade, como também porque semelhante pretensão não daria lugar a ação judiciária por iniciativa da parte onerada, uma vez que o juiz, por sua vez, não poderia decidir sobre o comportamento da autoridade administrativa cometido a uma apreciação discricionária.

Todavia, a falta de instrumentos jurídicos “intrínsecos” às convenções de direito público, idôneos para concretizar uma tutela correspondente ao excessivo agravamento da prestação, não exclui de todo que outros meios, de gênero bem diferente, possam ser experimentados.

As prestações de um serviço público em regime de concessão, assim como o funcionamento ou a manutenção de uma obra pública, não se equiparam às comuns prestações contratuais, não somente porque interessem à comunidade, mas também porque se desenvolvem sob contrôles e cuidados das autoridades administrativas.

Trata-se agora de solicitar a intervenção dessa autoridade a favor do serviço ou da obra pública, com todos os meios disponíveis, tanto pelos mais diretos interessados, quais os concessionários e os onerados pela sua prestação, como pelos usuários do serviço, pelos beneficiários da obra, ou simplesmente pelos cidadãos qualificados para a tutela do bem público (deputados, conselheiros municipais, etc.) .

Pois é evidente que também um desequilíbrio nas prestações conexas a um serviço público ou a uma obra pública, quando determinado pela desvalorização monetária, incide sobre a "eficiência" do serviço e da obra, e faz surgir o problema de seu funcionamento.

Assim, do plano da convenção, os efeitos da desvalorização da moeda se deslocam para o do funcionamento dos serviços e das obras públicas, e é neste bem diverso plano, exclusivamente publicista, que deve ser procurada uma solução para o problema prático e concreto, que a desvalorização possa ter criado. Solução essa que pode ser a mais diversa: desde uma redução da prestação, até a cessação do serviço ou da obra; desde um subsídio dos cofres públicos, ou a procura de novas fontes de financiamento, até a intervenção do poder legislativo, para disciplinar imperativamente a execução do serviço ou da obra.