

PARECERES

CONTRATO ADMINISTRATIVO — REACTUAÇÃO — REAJUSTE DE PREÇOS

PARECER

CONSULTA

O SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO PESADA DO ESTADO DE SÃO PAULO — SINICESP, representando mais de 200 empresas com contratos de execução de obras com o ESTADO DE SÃO PAULO, em face da posição recentemente assumida pelo DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM-DER e pelo TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, no tocante às chamadas “reactuações” contratuais — estabelecidas pela Lei 8.880/94, que dispôs sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional — formula-nos a presente consulta, consubstanciada nos seguintes quesitos:

1) A Lei nº 8.880/94, em seu artigo 15, parágrafo 2º, estabelece, de modo claro e inequívoco, como se deve proceder, para a conversão, com relação aos contratos que as empresas representadas por esta entidade mantêm com o DER.

A Medida Provisória 953, de 23.03.95, que nisso repete todas as anteriores, cuida da matéria nos seus arts. 20 e seguintes.

Há qualquer incompatibilidade entre esses dispositivos? Está assegurado o direito das empresas em face do estabelecido na Lei 8.880/94?

2) As disposições contidas na regulamentação de reajustamento de preços (decretos nºs 32.117/90 e 27.133/87 e, ainda, o ofício da FIPE de 23.06.94) permitem a aplicação de reajuste dos valores dos contratos do DER entre 15.3.94 e 31.03.94, na forma do “pro rata” prevista no item I do § 2º do art. 15 da Lei nº 8.880/94?

3) A Portaria SUP/DER-8 de 02.02.95 pode

ser aplicada aos contratos do DER já reactuados com base na Portaria SUP/DER-90 de 22.11.94?

O interesse da consulente consubstancia-se em esclarecer o tema referente à forma de “reactuação” os contratos firmados pelas suas empresas-representadas, com o DER, procurando saber do alcance da disciplina normativa a que se deve subordinar.

Nesse sentido é o nosso

PARECER BREVE HISTÓRICO

Em face da edição das MEDIDAS PROVISÓRIAS nºs 434 (27.2.94) e 457 (29.03.94) e da LEI FEDERAL nº 8.880 (27.5.94) foi instituído no Brasil um novo (mais um) Programa de Estabilização Econômica, tendo sido criada a Unidade Real de Valor-URV, “dotada de curso legal para servir exclusivamente como padrão de valor monetário (art. 1º)”.

Com esse objetivo, referida legislação cuidou de regular os valores das obrigações pecuniárias, estabelecendo, no tocante aos contratos que:

“Art. 15. Os contratos para aquisição ou prestação de bens para entrega futuras, execução de obras, prestação de serviços, locação, uso e assentamento, vigentes em 1ª de abril de 1994, em que foram contratantes órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, seus fundos especiais, autarquias, inclusive as especiais, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades por ela controladas direta ou indiretamente, serão reactuados e terão seus valores convertidos em URV, nos termos estabeleci-

dos neste artigo, observado o disposto nos arts. 11, 12 e 16.

§ 1^o — Os contratos com reajustamento pré-fixado ou sem cláusula de reajuste terão seus preços mantidos em cruzeiros reais.

§ 2^o — Nos contratos que contenham cláusula de reajuste de preços por índices pós-fixados gerais, setoriais, regionais ou específicos, em que a periodicidade do reajuste seja igual à periodicidade do pagamento, serão feitas as seguintes alterações:

I — cláusulas convertendo para URV de 1^a de abril de 1994, os valores contratuais expressos em *Cruzeiros Reais*, reajustados *pro rata* até o dia 31 de março de 1994, segundo os critérios estabelecidos no contrato, *aplicando-se aos valores referentes à mão-de-obra, quando discriminados, o disposto nos arts. 18 e 19 desta Lei.*

§ 7^a — *É facultado ao contratado a não repactuação prevista neste artigo, podendo, nesta hipótese, a Administração Pública rescindir ou modificar unilateralmente o contrato nos termos dos arts. 58, inciso 1 e § 2^o, 78, inciso 299, e 79, inciso 1 § 2^o da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*

Dispondo sobre as medidas a serem adotadas para conversão dos contratos em URV (nos termos estabelecidos no art. 15 da Lei 8.880/94), no âmbito da Administração estadual, o Decreto nº 38.843, de 24 de junho de 1994 estabeleceu:

Art. 1^a e § 1^a — Os contratantes proporão imediatamente a repactuação dos contratos, a ser formalizada por termo de aditamento.

Art. 4^a — Obedecidas as disposições contratuais relativas a data de vencimento das obrigações e correção monetária, nos contratos objeto de repactuação, os valores das prestações vencidas anteriormente a 1^a de abril de 1994 e não pagas até essa data, serão atualizados pela UZESP até o dia 31 de março de 1993, e após convertidas em URV, ao valor de 1^a de abril.

Assim, em atenção ao determinado no § 1^o do artigo 1^o desse decreto, o SINICESP, como representante legal das empresas da construção pesada no Estado de S. Paulo, encaminhou correspondências ao DER, onde sugere

os seguintes critérios para a “repactuação” dos contratos:

1. Considerando que os reajustamentos dos contratos de obras que se enquadram no § 2^o, do art. 15, da Lei 8.880/94, devem obedecer as condições estipuladas no Decreto Estadual nº 32.117/90, e ainda, no que couber no Decreto nº 27.133/87.

2. Considerando a definição da tabela de Preços Unitários estipulada no item V do art. 2^o, do decreto nº 27.122/87 que dispõe:

“Tabela de preços unitários e a relação das unidades de serviço e respectivos preços compostos a partir do custo dos insumos coletados no mercado com a *indicação da data-base da referida coleta*”.

3. Considerando o teor da carta anexa de 23 de junho de 1994, fornecida pela FIPE, que no seu item 2 esclareceu:

“Dada a periodicidade de coleta e o sistema de cálculo adotados pela FIPE, os preços médios considerados no cômputo dos índices estão centrados *no dia 15 de cada mês.*”

4. Propomos que na repactuação seja adotado o reajuste dos valores contratuais fixando-se como data inicial o mês da coleta dos insumos ou da apresentação da proposta, conforme o caso.

Portanto, com base nos índices inicial e o relativo ao mês de março de 1994, deverá ser feita a atualização dos valores contratuais para o dia 15 de março de 1994.

A atualização dos valores contratuais do dia 15 de março de 1994 para o dia 31 de março deverá ser feita pro-rata....

Após essa atualização, será feita a conversão para URV, com a aplicação do valor desse índice, fixado para o dia 1^a de abril de 1994.”

PLANO REAL

Em 30.6.94 foi editada a MEDIDA PROVISÓRIA 542, dispondo sobre o Plano Real e critérios para conversão das obrigações para a nova moeda. Assim, a partir de 1^a de julho de 1994 o país passou a ter uma nova moeda — a 9^a (nona) após o real e mil-reis, cruzeiro, cruzeiro novo, novamente cruzeiro, cruzado, cruzeiro novo, cruzeiro, cruzeiro real — e as

obrigações pecuniárias expressas em cruzeiros reais que não haviam sido convertidas em URV (na forma do estabelecido pela Lei 8.880/94) deveriam ser obrigatoriamente convertidas em real.

Como critério para conversão das obrigações pecuniárias estabeleceu-se que:

“Art. 14 — *As obrigações pecuniárias expressas em Cruzeiros Reais que não tenham sido convertidas em URV até 30 de junho de 1994, inclusive, serão, em 1ª de julho de 1994, obrigatoriamente convertidas em REAL, de acordo com as normas desta Medida Provisória.*

Parágrafo único — O disposto no “caput” deste artigo aplica-se às obrigações que tenham sido mantidas em Cruzeiros reais por força do contido na Lei nº 8.880/94, inclusive em seu art. 16.

Art. 20 — *As obrigações pecuniárias em Cruzeiros Reais, com cláusula de correção monetária baseada em índices de preços, em que a periodicidade de reajuste pleno é igual ou menor que a periodicidade de pagamento, serão convertidas em REAL, no dia 1ª de julho de 1994, observada a paridade fixada para aquela data, reajustando-se “pro rata tempore” os valores contratuais expressos em Cruzeiros Reais desde o último aniversário até o dia 30 de junho de 1994, inclusive, de acordo com o índice constante do contrato.”*

Essa Medida Provisória tem sido reiterada desde então — Medidas Provisórias 635/94, 566/94, 596/94, 681/94, 731/94, 785/94, 851/95, 911/95, 953/95...

REPACTUAÇÕES DO DER

Em cumprimento à determinação normativa de repactuação de contratos, o DER estabeleceu, por diversos atos (Portarias SUP/DER 82/94, 88/94 e 90/94) o procedimento para conversão dos valores contratuais de cruzeiro real para URV e/ou real, ressaltando o “reajuste pro rata” entre a data do último reajuste e a do dia 31.3.94, por meio de índices estabelecidos no contrato”.

Nesses termos, várias empresas construtoras foram chamadas a assinar os termos de

aditamento, com invocação do disposto no inciso II do parágrafo 2º do art. 15 da Lei 8.880/94, na forma procedimental assim estabelecida pela SECRETARIA ESTADUAL DOS TRANSPORTES:

Procedimentos para conversão dos valores contratuais de CR\$ para URV (observância da Lei federal 8.880/94 e decreto estadual 38.843/94) e posterior aplicação da Medida Provisória nº 542/94.

“1. Os preços dos contratos para ... execução de obras... devem ser reajustados segundo os critérios e índices pactuados originalmente até o mês de março de 1994 e, a partir de então, “pro rata tempore” entre a data média de coleta de preços de seus insumos e o dia 31/3/94.”

Posteriormente, todavia, o DER editou nova portaria (Portaria SUP/DER-8, de 2.2.95), modificando o critério de reajuste das prestações — reajuste até 15.3.94, estendido a 31.3.94 pelos índices estabelecidos no contrato, utilizando-se a divisão do índice pleno do mês de março pelo índice inicial. Ou seja, reajuste pleno até o dia 31 de março eliminando o “pro rata” dos dias 15 a 31 de março.

Assim fazendo, o DER convoca todas as empresas com contratos de obras e serviços a assinar novo Termo Aditivo e Modificativo, bem como Termo de Reti-ratificação daqueles assinados com base na Portaria SUP/DER 90 (de 22.11.94).

Paralelamente, o TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO — por despacho do Conselheiro Relator ANTÔNIO ROQUE CITADINI (Processo TC 34.348/026/92) — determinou ao DER que adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, entendendo que

“... a alternativa adotada pelo DER em retroagir a conversão em URV a partir de 31.3.94 é prejudicial ao erário público. Visto que se a repactuação fosse feita de 30.06.94 como estabelece a MP, teríamos um vantagem econômica na ordem de 25%

a) ? 13.97% variável de acordo com a data de aniversário adotando-se o *pro-rata*

b) ? 7.83% variável de acordo com a carência, IGP/DI de junho/94 (carência de 7 dias)

c) ? 5% variável de acordo com os juros de mercado no período.”

Assim, chamados à repactuação forçada — sob pena de rescisão unilateral do contrato, nos termos dos arts 78, inciso XII e 79, inciso I e § 2º da Lei 8.666/93 — alega a consulente que a atual forma de reajuste pretendida pelo Poder Público faz com que as empresas contratadas tenham uma perda na ordem de 22%, que redundará em prejuízo e quebra do equilíbrio econômico do contrato. Daí porque muitas assinaram os termos de ratificação sob protesto, registrando no próprio D.E.R. ou no Cartório de Título e Documentos a sua contrariedade à determinação estatal, a que tiveram de se submeter sob pena de ver rescindidos os seus contratos.

BREVE RESUMO DO HISTÓRICO

Os fatos narrados demonstram que a “repactuação” determinanda pelo DER para a conversão das obrigações contratuais em URV e depois em Real, não tem recebido a concordância dos contratos, entendendo esses que o critério de reajuste — utilizando o índice pleno até a data média de coleta de preços (até 15.3) sem realizar o “pro rata” (de 15 a 31 de março) — corresponderia a uma *redução do reajuste* na ordem de 22%.

Por outro lado o Tribunal de Contas — ao analisar a Portaria SUP/DER/8/95 — entende, sob outra ótica, que o reajuste deveria ser feito em função do dia 30.6.94 (na forma da MP 542 e seguintes), sem utilizar a Lei 8.880/94 e sim a Medida Provisória 542/94 e as demais que se lhe seguiram. Entende mais, que a utilização do critério de reajuste elaborado pelo D.E.R. acarretaria um prejuízo ao erário público também na ordem de mais ou menos 25%.

Em outras palavras, as dúvidas que se põem são:

a) o reajuste dos contratos — com cláusulas de reajuste de preços por índices pós fixados, com periodicidade do reajuste igual à periodicidade do pagamento (i.e., os contratos referidos no § 2º do art. 15 da Lei 8.880/94) — para posterior conversão (em URV ou REAL)

deve obedecer à lei 8.880/94 e utilizar o “pro rata”?

b) quando se aplica a Lei 8.880/94 e quando se aplicam as Medidas Provisórias?

c) as formas de reajuste estabelecidas na Lei 8.880/94 e nas MPs posteriores são diferentes? Ambas prevêm “pro-rata”?

d) as formas de repactuação estabelecidas na Lei 8.880/94 e nas MPs posteriores são diferentes? Ambas prevêm “pro-rata”?

e) o reajuste pleno — com base nos índices inicial (mês da coleta dos insumos ou apresentação da proposta) e o do mês de março/94 — deverá ser realizada até 15 de março (data-base da coleta dos custos pela FIPE) e só depois aplicar o “pro-rata (do dia 15 ao dia 31 de março)?

DO ASSENTO CONSTITUCIONAL

Em síntese, são essas as dúvidas que afloram no presente consulta, e todas elas deverão, necessariamente, ser analisadas, primeiramente, sob as luzes da Constituição Federal que, a esse respeito, determinou:

“Art. 37 — *A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte*

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.

Igualmente a Constituição Estadual:

“Art. 117 — *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, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Anota, a propósito, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“De outro lado, o mesmo art. 37, XXI, refere que obras, serviços, compras e alienações serão contratados com obediência a cláusulas de pagamento “mantidas as condições efetivas da proposta”. Parece óbvio, pois, que há uma correlação entre estas obrigações de pagamento e as condições efetivas da proposta. *Vale dizer, como ambos se obrigaram à face daquelas condições efetivas, são elas que presidem, por uma parte, a obrigação de prestar fielmente o convencionado para fazer jus ao respectivo e, por outra parte, a obrigação de pagar em correlação com as condições efetivas que residiram na proposta. Posto que esta é feita na presença de certas condições efetivas, para que as obrigações de pagamento se façam com manutenção delas, obviamente é necessário que conservem a correlação inicial entre prestações e remunerações”*. (RDP 90/102).

Este princípio regulador do contrato administrativo — manutenção do equilíbrio econômico-financeiro — oriundo diretamente da Constituição, está fundado sobre os princípios da: *irretroatividade da lei, isonomia e indisponibilidade do interesse público*. MARÇAL JUSTEN FILHO, nessa mesma linha:

“*O princípio da irretroatividade significa que a lei nova, ainda que possa ter efeito imediato, não pode afetar as relações jurídicas definitivamente constituídas sob a égide da lei anterior...*

O princípio da isonomia impede que a alteração das circunstâncias, prejudicando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, seja suportada exclusivamente por uma das partes signatárias do contrato administrativo...

Mas o fundamental se encontra no princípio da indisponibilidade do interesse público. Em primeiro lugar, impõe a necessidade de evitar que a Administração Pública arque

com desembolsos superiores aos necessários à satisfação de seus fins... A consagração desse princípio representa a garantia à administração de que receberá as propostas mais vantajosas e de menor preço, porquanto o direito assegura ao particular que a relação entre “encargos” e “remuneração” não será alterada.” (ILC nº 8, à p. 477)

Ora, se as condições efetivas da proposta devem ser mantidas — e quando se fala em condições efetivas não se pode ignorar a manutenção do preço original, sem qualquer defasagem inflacionária — e se para tanto faz-se necessário o correto *reajustamento de preços*, é de se concluir, sem sombra de dúvida, que a pretensão da consultante tem total cabimento, na medida em que a fórmula de reajuste proposto pelo SINICESP — sem afrontar a lei 8.880 ou as Medidas Provisórias que se seguiram — *visa manter o preço original, sem prejuízo ou vantagem a nenhuma das partes.*

EQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO

Antes de entrarmos no âmago das questões levantadas, faz-se mister ligeiro retrospecto sobre o tratamento jurídico dado, no contrato administrativo, à garantia da manutenção da *equação econômico-financeira* inicialmente pactuada, garantia esta desenvolvida pela doutrina francesa como forma de compensar as prerrogativas estatais.

Desde a Idade Média, já se entendia prevalente — nos contratos comutativos de execução diferida — a chamada “*cláusula rebus sic stantibus*”, cláusula resolutória implícita “segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração” (cf. Sérgio de Andréa Ferreira, BDA-fev/88 p. 67).

Da admissão da “*cláusula rebus sic stantibus*” a jurisprudência do Conselho de Estado Francês criou — para os contratos de Direito Público — a *teoria da imprevisão*, com o “*leading case*” denominado “Gás de Bor-

deaux”, onde se firmou o entendimento de que a Administração Pública deve obrigatoriamente assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do avençado (ainda que de forma não ampla), por meio do instituto da *revisão* que restaura a comutatividade do contrato.

Assim, em ocorrendo o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato — por fatores imprevisos e imprevisíveis (álea econômica extraordinária), estranhos à vontade das partes, e tornando insuportável para uma delas o cumprimento do pactuado — dever-se-á proceder à imediata recomposição (*revisão*) dos preços, ou, se for o caso, poderá o prejudicado pedir a rescisão contratual.

É o que, em lição sintética, ensina LÚCIA VALLE FIGUEIREDO:

“Alterada a equação econômico-financeira do contrato, não tergiversam, doutrina e jurisprudência, no sentido de que ou a Administração deve recompô-la, ou o contrato poderá pedir rescisão” (“Extinção dos Contratos Administrativos”, RT 1986, p. 97).

NOVOS INSTRUMENTOS PARA RECOMPOR O EQUILÍBRIO ECONÔMICO DO CONTRATO

- CORREÇÃO MONETÁRIA
- ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA
- REAJUSTE DE PREÇOS

Com a evolução doutrinária e jurisprudencial a respeito dessa matéria, novos instrumentos foram criados para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, ainda que esse desequilíbrio fosse resultante não de fatos imprevisos, imprevisíveis e excessivamente onerosos (*álea econômica extraordinária*) mas de variações de preços, comuns e previsíveis (*álea econômica ordinária*) na economia moderna.

Criaram-se, então, as garantias da cláusula-ouro, da cláusula-divisa estrangeira, da cláusula de valor (dinâmica), as chamadas “cláusula de defesa ou de reação contra a instabilidade econômica” (cf. SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, RDA 167, p. 29).

Nos ensinamentos de HELY LOPES MEIRELES eram essas garantias embutidas nas denominadas “cláusulas econômicas ou financeiras, estabelecidas em favor do contrato, as

quais são, em princípio, imutáveis, delas dependendo o equilíbrio financeiro do ajuste e a comutatividade dos encargos contratuais” (BDA, abril 90 — p. 228).

Em termos atuais, essas cláusulas de garantia podem ser subdivididas em cláusulas de *correção monetária, de atualização financeira e de reajustamento de preços*, todas (para áleas ordinárias) coexistindo — desde que presentes os pressupostos para tanto — com a cláusula *revisional* da teoria da imprevisão (para álea extraordinária).

Todas como solução para o problema brasileiro da inflação, como modalidades de indexação, e assim utilizadas:

a) *correção monetária*: indexação (por índices genéricos) para as hipóteses de atraso no pagamento;

b) *atualização financeira*: indexação (por índices genéricos) à variação do poder aquisitivo da moeda nacional;

c) *reajuste de preços*: indexação (por índices específicos ou genéricos) para as variações inflacionárias (inflação setorial ou específica) “*ocorridas no período que media entre a data da apresentação da proposta (ou do orçamento a que se referir tal proposta) e a data da execução da prestação*” (cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, em “O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, a Lei nº 8.666 e o Plano Real”, in ILC nº 9/outubro-94, à pág. 481).

Diferentemente da *correção monetária e atualização financeira* (que são *genéricas*), o *reajustamento de preços é específico*, ou seja, os preços devem ser atualizados de acordo com os insumos utilizados em cada contrato. Cada situação peculiar merece cuidado particular — por isso mesmo designado *específico* — porque os fatores influentes nas quantificações não são gerais: são típicos e próprios de cada caso.

A cláusula de reajuste é via de mão-dupla, é, pois, uma cláusula neutra. Do ponto de vista lógico, se se congelam todos os preços da economia, congelam-se também os preços dos insumos; e se o reajustamento só pode refletir a variação dos preços desses insumos (que estariam congelados), o reajustamento será “zero” (senão negativo).

Por essa cláusula de *reajustamento* — objetivando nada mais do que a manutenção da equação econômico-financeiro do contrato — incorpora-se ao contrato

“*una obligación de precio cierto cuyo monto resulta meramente determinable... para que se... atenue sensiblemente el principio de riesgo y ventura del contratista, mediante la técnica de reconocer las variaciones de costo*” (Guillermo Andrés Muñoz. *Contratos de la Administración* — RDP 91/24).

DOS TIPOS DE REAJUSTE

Segundo a norma NB 75 da ABNT, citada por ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL (RDP 77/207) — coexistem, nos contratos administrativos, três processos de reajustamento de preços:

a) *sintético* — baseado no comportamento do *índice de preços* (com a fórmula estabelecida no art. 12 do Decreto nº 27.133/87).

Corrige a variação de preços, refletindo a realidade de um determinado empreendimento-padrão.

b) *analítico* — baseado na variação de todos os preços primários iniciais. Recompõe os preços das obras (todos ou uma parcela composta dos mais representativos) utilizando os mesmos coeficientes de participação originais e valores atuais de mercado, para cada insumo.

c) *ponderado* — baseado na variação ponderada (aplicando-se pesos) dos principais preços primários iniciais.

Para obras de grande porte — em que a participação média relativa dos insumos é variável — o *reajuste analítico* requeria um procedimento demorado, trabalhoso, para se analisar item por item os insumos utilizados (massa asfáltica, concreto, homens/hora, contribuições sociais etc.).

Dá a opção pelo *reajuste sintético* (cf. decreto 27.133/87), que funciona da seguinte forma: a) a FIPE coleta os preços no mercado para um período de um mês, fixando-os em uma data base (que é o dia 15 de cada mês); b) esses preços são então aplicados nas composições de preços das Tabelas de Preços Unitários; c) com base nesses preços unitários —

aplicados a um empreendimento-padrão — chega-se a um valor que, dividido pelo valor do mês anterior, resultará em um índice.

Esse tipo de reajuste — *reajuste sintético* — é o que está estabelecido nos contratos firmados pelas empresas do SINICESP, com fulcro nas disposições legais e regulamentares (decreto 27.133/87).

Ensina CENSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“*O campo de aplicação de cláusulas de reajuste, baseado em índices que expressam variação do custo de produção ou setorial do preço dos insumos utilizados, é, por excelência, evidentemente a dos contratos cujo objeto seja a venda de bens a serem produzidos para entregar futura ou a prestação de serviços contínuos ou a realização de obras. Com efeito, neste tipo de contratos é que o prestador sofrerá o influxo de alterações que afetarão o custo das obrigações a que se vinculou, de maneira que, se não existisse o reajuste, o cumprimento do contrato em épocas de forte elevação de preços poderia tornar-se-lhe até mesmo ruinoso*”. (RDP 90/105).

Destarte, em se tratando — como explicitado — de cláusula de *reajuste de preços*, cujo único escopo é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não poderiam as novas (e sempre velhas) medidas econômicas governamentais estabelecer empecilho à sua efetiva concretização.

Deveras. Se os contratos de obras firmados com o DER prevêem reajuste sintético — para manter o equilíbrio econômico do contrato — por óbvio que esse tipo de reajuste deve ser utilizado na “reaplicação” da Lei 8.880/94. É claro, após realizado esse reajuste, “sobrando dias” sem condição de utilizar novo reajuste sintético pleno (a Tabela de preços só daria a correta inflação até o dia 15 de março) aí então deve-se utilizar o “pro rata” no período restante (15 a 31 de março), como determinado do inciso I do parágrafo 2º do art. 15 da Lei 8.880/94.

DO PLANO REAL E O REAJUSTE DE PREÇOS

Todas as leis que regularam os diversos Planos de Estabilização Econômica no Brasil

AS MEDIDAS PROVISÓRIAS

— Plano Cruzado, Plano Bresser, Plano Verão — sempre misturaram os conceitos de reajuste de preços, correção monetária, atualização financeira (e até o de revisão), ora suspendendo sua eficácia, ora proibindo sua “pactuação” etc.

A Lei 8.880/94, em seu art. 15, § 2º, ao dispor sobre a repactuação de contratos com cláusula de *reajuste de preços por índices pós-fixados* (gerais, setoriais, regionais ou específico) — que é o caso dos contratos sob análise — assegurou os seguintes instrumentos como suficientes para manter a equação econômico-financeira:

a) *reajuste dos preços* (segundo os critérios no contrato), até 31/3/94 (“pro rata”);

b) conversão em URV em 1º de abril de 1994;

c) *atualização financeira* de 1º de abril a 30 de junho de 1994 (em face da variação diária da URV)

Cuidou, pois, a Lei 8.880/94 de *reajuste de preços* até 31/3 e *atualização financeira* até 30/6. Paralelamente, suspendeu a eficácia das cláusulas de reajuste pelo prazo de um ano (art. 11) — ofendendo não só o princípio da intangibilidade da equação econômica mas também o da irretroatividade da lei nova.

A opção pelo reajuste de preços na Lei 8.880/94 (art. 15) foi clara. Não só pela expressão utilizada — que, como visto, nunca guardou, nas leis “econômicas” brasileiras, precisão jurídica — mas principalmente pela interpretação sistemática:

Art. 15 — ... observado o disposto nos arts. 11...

§ 2º — ... *reajuste de preços por índices ... setoriais, regionais ou específicos...*

I — segundo os critérios estabelecidos no contrato... aplicando-se aos valores referentes à mão de obra...

Art. 11 — ... estipular cláusula de reajuste de valor por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados...”

Vê-se, pois que a Lei 8.880/94 — ao determinar a conversão dos contratos para URV — previu o *reajuste de preços*, segundo os critérios estabelecidos no contrato.

As Medidas Provisórias que deram vida ao Real — repelidas de junho de 1994 até hoje, abril de 1995, como demonstrativo da falência do Estado de Direito e burla ao princípio da separação dos poderes — cuidaram também do “*reajuste pro rata*” (até o dia 30 de junho de 1994) das obrigações pecuniárias ainda expressas em Cruzeiros Reais (arts. 20, 21).

Cuidaram, pois, tais Medidas Provisórias dos *contratos que tinham sido convertidos em URV em 1º de abril de 1994*, ou seja, daqueles contratos cujas obrigações tinham sido mantidas em cruzeiros reais por força do contido na lei 8.880/94, em seus:

— art. 14 — contratos “novos” (firmados após 1º de abril);

— art. 15, § 1º - contratos com reajustamento pré-fixado ou sem cláusula de reajuste;

— art. 16 — depósitos de poupança, consórcios etc.

O DECRETO ESTADUAL

O decreto estadual nº 38.843/94, dispondo sobre as medidas a serem adotadas para a conversão dos contratos em URV, no âmbito da Administração estadual, estabeleceu a “repactuação” nos termos estabelecidos no art. 15, § 2º da Lei Federal 8.880/94 — portanto com *reajuste de preços* até 31 de março de 1994 — determinando também, em seu art. 4º, a *atualização financeira* pela UFESP das prestações vencidas anteriormente a 1º de abril e não pagas até a data do decreto (24 de junho de 1994).

O REAJUSTE PROPOSTO PELO DER

Não foi isso, contudo, o que propôs o ente contratante, O DER, como “repactuação”. Nem é o que pretende o TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO, pelo despacho de um seu conselheiro.

A adoção do estabelecido na PORTARIA SUP/DER 8/95 (alterando as PORTARIAS

SUP/DER 82, 88 e 90/94) implica a anulação do devido reajuste contratual dos preços, na forma previamente estabelecida nos contratos (e nos termos do art. 15, § 2º da Lei 8.880/94).

Por aquela portaria, só se levarão em conta os critérios e índices pactuados originalmente até o mês de março de 1994 (na data base da coleta de preços, i.e., 15 de março), sem realizar o reajuste “*pro rata tempore*” determinado nos Planos de Estabilização Econômica (do dia 15 até o dia 31 de março).

O reajuste será realizado “*pelos índices estabelecidos no contrato, utilizando-se a divisão do índice pleno utilizado para reajuste de março de 1994 pelo índice inicial*” (Art. 3º da portaria SUP/DER 90/94, com a redação dada pela Portaria SUP/DER 8/95).

Portanto, *reajuste pleno até 15/3, estendido (sem “pro rata”) até 31 de março.*

Na prática isso significa que as tabelas de preços serão reajustadas só até o dia 15/3/94 para efeito (exclusivo) de pagamento das mediações correspondentes a serviços realizados até o dia 1 de março de 1994. Ora, isso afronta o estabelecido no art. 15, § 2º, inciso I da Lei 8.880/94 (reajuste “pro rata” até 31 de março).

Se se trata de contrato que contenha cláusula de reajuste de preços por índices pós-fixados (gerais, setoriais, regionais ou específicos), em que a periodicidade do reajuste seja igual à periodicidade do pagamento, há de ser alterado o contrato com aplicação do *reajuste pro rata* até 31 de março. Foi a Lei 8.880/94 que assim estabeleceu.

E isso as Medidas Provisórias não revogaram, nem alteraram.

Destarte, para se obter um reajuste preciso, até a data de 31 de março (quando da conversão da URV) *deve-se assegurar no contratado a aplicação de todos os índices de reajuste possíveis, de forma plena (até 15 de março de 1994) e na forma “pro rata” (de 15 a 31 de março).*

DO REAJUSTE PROPOSTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Entende um Conselheiro do Tribunal de Contas, que não poderia o DER utilizar a Lei

8.880/94 — que determinou reajuste “pro rata” em março de 1994 e conversão em URV — e sim as Medidas Provisórias 542 e seguintes (determinando o reajuste “pro rata em junho e conversão em reais”), para evitar-se “prejuízo” (!?) ao erário público.

Data vênia, totalmente equivocada essa posição.

A uma, porque o DER poderia — melhor dizendo, *deveria* (princípio da legalidade) — *utilizar a Lei 8.880/94* para os casos que ela regula. Trata-se de, lei ainda em vigor, não revogada pelas Medidas Provisórias em questão. Se não foi diligente na elaboração dos termos de aditamento (de “repactuação”) isso não quer dizer que estaria o DER impedido de utilizar a Lei 8.880/94. A omissão do Administrador não é hipótese de revogação de lei.

A duas, porque se se trata de conversão de moedas (em URV e/ou em Real), com reajuste dos preços — evitando-se defasagens — tanto a utilização da Lei 8.880/94 como das MPs. deveriam chegar a um mesmo valor. Ou seja, o preço contratual estaria corretamente reajustado e convertido em URV (a partir de 1º de abril de 1994) ou em REAL (a partir de 1º de julho de 1994).

É o que esclarece o Procurador do Banco Central do Brasil, LUIZ CARLOS STURZENEGGER, atualmente exercendo o alto cargo de Procurador Geral da Fazenda Nacional, quando trata de obrigações pecuniárias não enquadradas no § 2º do art. 15 da Lei 8.880/94 (e, portanto, com aplicação das Medidas Provisórias, com “pro rata” até 31 de junho):

“É importante fixar, aqui, um dos princípios básicos do programa: a aplicação dos critérios que viriam a ser baixados pelo legislador para a conversão de tais contratos em REAIS em 1º de julho não poderia produzir resultado diferente daquele obtido pelas partes mediante conversão voluntária. Em outras palavras, se tínhamos dois contratos de igual valor (em cruzeiros reais) em 1º de abril, sendo um deles convertido voluntariamente para URVs e outro não, a conversão do valor de ambos para REAIS em 1º de julho deveria necessariamente produzir resultados idênticos sob pena de, aí sim, haver quebra

de regra elementar de isonomia e produzir o legislador indefensável desequilíbrio em todas as relações que o programa encontrou vigente.” (RDA/24).

Entender, pois, como o fez o Tribunal de Contas, que o DER usou a Lei 8.880/94 e não as Medidas Provisórias do Real, e com isso acarretou perda ao erário público de 25% (!?) é, no mínimo, interpretar as leis em questão sob a seguinte ótica: *a Lei 8.880/94 dá um reajuste ao contratado maior que o concedido pelas Medidas Provisórias, então é melhor ao Estado usar estas e não aquela*. Isso é absurdo!

De duas uma: ou a Lei 8.880/94 seria inconstitucional — por desrespeitar o equilíbrio econômico financeiro do contrato, em detrimento do Poder Público, beneficiando o contratado (raro, nesse país tropical, pelo menos na letra fria da lei) ou as Medidas Provisórias é que o seriam — também por desrespeito ao equilíbrio econômico do contrato, em detrimento dos contratados, beneficiando o Poder Público.

Tais leis devem ser interpretadas de modo a que não se chegue a esse absurdo: a Lei 8.880/94 é boa para o contratado e as Medidas Provisórias são boas para o contratante. Isso é inaceitável.

A lei a ser aplicada é a vigente, então e agora: a Lei 8.880/94, que deve fundamentar as repactuações que deveriam ter sido realizadas antes de 1º de junho de 1994. Isso, é claro, para os contratos que se enquadram nas hipóteses estabelecidas pelo § 2º do art. 15 da Lei 8.880/94.

Não repactuados tais contratos — por culpa de quem quer que seja — por óbvio que não será mais preciso convertê-los em URV, passando a conversão direta ao REAL. Mas isso após o devido reajuste “pro rata”, até 31 de março. Os cálculos serão diferentes. Mas o resultado deverá ser o mesmo: o correto.

A Lei 8.880/94 e as Medidas Provisórias devem ter coexistência paralela, no que tange aos reajustes contratuais. Aquela teria regulado o reajuste (“repactuação”) dos contratos em vigor em março de 1994, que continham cláusulas de reajustes de preços por índices pós fixados.

Estas, para o reajuste dos contratos “novos”

(aqueles ainda não firmados em 31.3.94), ou aqueles que, por determinação da própria Lei 8.880/94, não haviam sido convertidos em URV.

Nestes últimos casos, a conversão não passaria pela URV e sim diretamente para o Real.

Isso, contudo, não pode alterar o nó górdio do problema: o reajuste do preço contratual deveria, em todos os casos, ser correto, exato, inquestionável objetivo. E é esse reajuste que o DER deve realizar e o TRIBUNAL DE CONTAS deveria determinar, sem considerações sobre “prejuízos ou vantagens”, a quem quer que seja. A observância da correta ordem jurídica é o único objetivo do Administrador.

Muito embora possa ter o DER, como sujeito de direitos, “interesse secundário” (conforme RENATO ALESSI, “Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano”, 3ª ed., Milão, Giuffrè Editore, 1960, p. 197, *apud* CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, in seu “Curso de Direito Administrativo”, 5ª ed., p. 22) de pagar o menos possível, reajustando, pois, o preço, na forma que mais a beneficie, *não há interesse público primário abonando tal proceder, “que é o interesse da coletividade como um todo, à observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos”* (cf. CELSO, ob. e p. cits).

O reajuste de preços — convém repisar — é a manutenção efetiva da equação econômico-financeira do contrato e, portanto, o cumprimento da norma contratual que estabelece tal reajuste é *dever* do Poder Público contratante, dever esse que corresponde a um *direito* das entidades contratadas de ver o reajuste efetiva e corretamente concretizado, independentemente de intervenções do Estado na economia.

Daf porque todas as leis que “congelaram” os preços contratuais, ou suspenderam cláusulas de reajuste — como o fizeram os diversos Planos do passado — foram consideradas inconstitucionais pela doutrina e jurisprudência.

O contrato administrativo, como todo e qualquer contrato, deve ser executado fielmente, na forma do estabelecido em suas cláusulas, devendo cada parte cumprir suas

obrigações e exercer seus direitos em relação à outra.

COMO REAJUSTAR

O problema que aqui se põe não é se o reajuste se faz devido. A legislação não deixa margem a nenhuma dúvida sobre sua aplicação, retratando o que doutrina e jurisprudência já, de há muito, consolidaram.

A dúvida que aqui se traz restringe-se ao critério de correção a ser aplicado. A fórmula de reajuste. A data em que o reajuste deve incidir. Se o reajuste será “pro-rata” ou não. Se utiliza o índice do mês amplo (de março de 1994) etc.

Assim, *não se discute se cabe o reajuste*. O que se discute é *como* concretizá-lo, sem que a fórmula adotada venha a caracterizar um engodo; enfim, que a fórmula não venha a desprestigiar o equilíbrio econômico do contrato.

DA “REACTUAÇÃO”

Primeiramente, é de se assentar o significado do termo “reapctuação”, utilizado pela Lei 8.880/94 e Medidas Provisórias pertinentes.

Reapctuar significa mudar o pacto. Alterar regras contratuais. As regras referentes ao reajuste do preço — sua periodicidade, sua fórmula — deveriam ser modificadas, visto que, pela legislação em questão, os reajustes de preço ficariam suspensos pelo prazo de um ano (o que nos parece, como retro exposto, inconstitucional).

Dá porque a lei da URV e do Real estabeleceram o “reajuste dos preços” de todos os contratos — até 31 de março ou até 30 de junho, conforme o caso — para possibilitar a conversão, sem defasagem, nas novas unidades monetárias e depois a suspensão anual dos seus reajustes, com o desígnio de estabilizar a economia.

Como se trata de cláusula econômico-financeira, a sua alteração só poderia ocorrer com a “prévia concordância do contratado” (art. 58, § 1^a da Lei 8.666/93), daí porque se falou

em “reapctuação”. As partes deveriam refazer o pacto (por aditamento ao contrato), alterando-se as cláusulas referentes ao reajuste de preço, que deveriam, após isso, ficar suspensas pelo período de um ano.

Se o contratado não concordasse, a cláusula não poderia ser alterada, o que daria à Administração a faculdade (art. 15, § 7^a) de “rescindir ou modificar unilateralmente o contrato (para melhor adequação às finalidades de interesse público), respeitando-se os direitos do contratado.

Como ressalta MARÇAL JUSTEM FILHO (ILC 8/95), este art. 15, § 7^a da Lei 8.880/94 ofende, o princípio da moralidade, “*ao representar a consagração da arbitrariedade, através da qual o administrador público, diante do exercício de direito reconhecido ao particular, utiliza faculdade excepcional para puni-lo ... (impondo) ao administrador público o desvio de poder, pois a rescisão unilateral do contrato funcionaria como instrumento de coação ao particular.*”

Enfim, uma verdadeira “camisa-de-força”. Daí porque as contratadas assinaram os termos de aditamento (“reapctuando os contratos”), muito embora protestando, em alguns casos, contra a fórmula utilizada pelo contratante para reajustar os preços contratuais.

CONVERSÃO PARA URV E REAL

Competindo privativamente à UNIÃO legislar sobre o sistema monetário (art. 22, VI da CF), editou o Plano de Estabilização da Economia, criando a URV, padrão de valor monetário e, mais tarde, impondo a nova moeda, o REAL.

Dentro de sua competência, com esse fim, estabeleceu regras para conversão das obrigações pecuniárias, dispondo — no que interessa ao presente estudo — que os valores contratuais expressos em cruzeiros reais seriam *reajustados pro rata até 31 de março de 1994, segundo os critérios estabelecidos no contrato e depois convertidos em URV (art. 15, § 2^a inciso 1 da Lei 8.880/94).*

Ao assim dispor, a Lei 8.880/94 não afrontou a determinação constitucional inserta no

art. 37, inciso XXI (os contratos públicos devem “assegurar... as condições efetivas da proposta”).

Ao contrário, ressaltou que as obrigações pecuniárias deveriam ser reajustadas segundo os critérios estabelecidos no contrato — portanto, sem nenhuma alteração que pudesse implicar quebra do seu equilíbrio econômico. E esse reajuste deveria ser feito com anuência do contrato (por aditamento), como determina a lei de licitações e contratos.

Após esse reajuste de preços, as obrigações seriam convertidas em URV (e depois em Real).

SIGNIFICAÇÃO DO REAJUSTE “PRO RATA”

O reajuste “pro rata tempore” caracteriza uma fórmula geométrica de calcular a inflação nas diversas datas de vencimento das obrigações contratuais. Representa uma “média da inflação” em um dado período de tempo.

É uma maneira de se reajustar um preço quando não se tem um período completo, um período cheio (ex.: um mês desde o último reajuste), enfim, quando se dá o reajuste fora do período aprazado.

O “pro rata” não retrata fielmente a inflação. Apenas representa uma “inflação proporcional a um período”.

A Lei 8.880/94, ao tratar da reajuste dos valores contratuais, estabeleceu o *reajuste pro rata* até o dia 31 de março de 1994, visto que a partir de 1º de abril de 1994 os valores contratuais já deveriam ser expressos em URVs.

Isso significa que os contratos aqui analisados (enquadrados no § 2º do art. 15 da Lei 8.880/94) — que poderiam ser reajustados pelo índice pleno só até 15 de março — deveriam ter o período restante (15 a 31 de março) reajustado “pro rata”.

O REAJUSTE “PRO RATA” E A PROPOSTA DO DER

Para se saber a fórmula proposta pelo DER

respeitaria o equilíbrio econômico dos contratos — o reajuste dos preços não criaria nenhuma defasagem e, portanto, não traria prejuízo aos contratados — faz-se mister analisar, primeiramente, o contrato, para, depois, interpretá-lo em função dos ditames legais regedores da matéria.

Ora,

a) se os contratos de obras em questão — firmados entre DER e empresas representadas pelo SINICESP — estabeleçam reajustes periódicos de preços (reajustamento para cada medição) em consequência de alteração das tabelas de preços unitários no decorrer do período em que forem executadas as obras ou serviços (ou seja *reajuste sintético* — Decreto nº 27.133/87);

b) se, na definição do decreto 27.133/87 (art. 2º, inciso V) a tabela de preços unitários relaciona: custos dos insumos coletados com a *data-base* da referida coleta;

c) se a FIPE — entidade especializada contratada pelo Estado de S. Paulo para realizar a coleta dos preços dos insumos, utilizada para elaboração da tabela de preços unitários — art. 3º, parágrafo único do decreto 27.133/87 — esclarece que “os preços médios considerados no cômputo dos índices estão centrados no dia 15 de cada mês”

deve-se concluir que o *efetivo reajuste* dos preços contratuais (reajuste correto do preço) — segundo os critérios estabelecidos no contrato — só poderia ocorrer na forma do pretendido pelo SINICESP.

Deveras.

Se os contratos são reajustados na forma do estabelecido pelo decreto 27.133/87 (reajuste sintético), utilizando-se custos coletados em uma determinada *data-base* — “preços centrados no dia 15 de cada mês” — o reajuste deveria levar em conta aquela *data base*, sob pena de não retratar um verdadeiro reajuste.

Assim, se a coleta de preços (coleta do custo dos insumos) estabeleceu o dia 15 do mês como sua *data-base*, o reajuste de preços do contrato deveria levá-lo em consideração.

Os preços unitários dos contratos firmados com o DER deveriam, pois, sofrer reajuste pleno até o dia 15 (no caso, 15 de março) para, ao depois, serem reajustados “pro rata” até o

dia 31 de março de 1994 (reajuste “pro rata” referente ao período do dia 15 a 31 de março) e, finalmente, serem convertidos em URV (ou REAL, a partir de 1^a de julho de 1994).

Assim ocorrendo, a “repectuação” estaria, sem sombra de dúvida, obedecendo aos ditames contratuais (realizando o reajuste sintético do decreto nº 27.133/87, aplicável aos contratos em questão) e legais (art. 15, § 2^a inciso I da Lei 8.880/94), em estrita consonância com o princípio constitucional do respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ora, ao que demonstra a consulente, a fórmula de reajuste pretendida pelo D.E.R. — pela totalidade do mês de março — não espelha o real aumento dos custos dos insumos. Tal reajuste não retrata a verdadeira correção dos preços do período medido, causando uma defasagem de mais ou menos 22%.

Para o nobre Conselheiro do Tribunal de Contas, essa “perda” de 22% estaria certa. O erário sairia “ganhando” em não pagando de forma correta. Se a fórmula de reajuste proposta pelo SINICESP comporta o real preço, isso não importaria para aquela Corte de Contas. O que importaria seria interpretar a Lei 8.880/94 e MPs que se lhe seguiram de forma a permitir ao erário pagar o menos possível, ainda que esse proceder contrariasse a legislação em foco — contratos deveriam ser reajustados segundo os seus próprios critérios — e afrontasse o princípio constitucional de equilíbrio econômico do contrato.

Deveras, a exclusão, no cálculo do reajuste, de 22%, pela não utilização do “pro rata” no mês de março (de 15 a 31), contraria o determinado pelo art. 15 § 2^a inciso II da Lei 8.880/94, e ofende à norma inserta no artigo 37 inciso XXI da Constituição Federal.

O objetivo do reajuste, como já visto, é impedir a deterioração do preço. A cláusula de reajustamento objetiva a modificação do preço não em função apenas das variações no poder aquisitivo da moeda e sim em função dos custos ou preços efetivamente observados durante o prazo de execução do contrato (segundo a FIPE).

As fórmulas apresentadas pelo DER (reajuste sem “pro rata”) e pelo TRIBUNAL DE CONTAS (reajustando só pelas MPs), procu-

ram “expurgar” a inflação em seu benefício, descaracterizando o reajustamento efetivo dos preços (com base na variação dos custos etc).

DO PREJUÍZO DOS CONTRATADOS

A problemática em estudo não é nova no Brasil. Nos outros planos econômicos o Judiciário foi chamado a decidir qual seria o correto índice que deveria reajustar contratos e obrigações.

Veja-se — por analogia com o problema aqui enfocado de reajuste de preços — o caso da correção monetária. O problema do IPC e BTN — utilizados como instrumentos medidores da inflação de um mesmo país, em u^a mesma época, retratando valores diversos. Naquele caso, a jurisprudência não tardou a mostrar que o que deveria ser aplicado seria o *verdadeiro índice inflacionário*, e não um índice “retocado” pelas autoridades econômicas de Brasília.

De fato, re-examinando a temática estudada por ocasião da conversão das ORTNs em OTNs (art. 33 do Decreto-lei 2.284/86 — Plano Cruzado), o Poder Judiciário equacionou a sistemática de implantação do “Plano Verão”, reafirmando o repúdio ao procedimento de “expurgo” do índice inflacionário que pretendeu suprimir a “inflação real” com a fixação de um índice de IPC correspondente a um período de 51 dias (BTN).

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

1^a exemplo:

“Taxa de inflação de janeiro de 1989. Correção monetária. IPC de janeiro de 1989. Inclusão no cálculo do índice de 70,28%. Admissibilidade, segundo pacífica jurisprudência da 1^a Seção desta Corte” (STJ - 2^a T., AG. 18.568-SP, Cit. em CPC, THEOTONIO NEGRÃO, 25^a Ed., p. 1.338).

Os “expurgos” nos índices inflacionários referentes a janeiro de 1989, bem como os dos meses de março a junho de 1990, e de fevereiro de 1991 (Planos Verão, Collor I e Brasil Novo) não foram acolhidos pela jurisprudência:

2º exemplo:

“É uníssona a jurisprudência desta Corte no sentido de que é correta a inclusão, nos cálculos de liquidação, dos índices correspondentes às inflações ocorridas nos meses de janeiro/89, março, abril e maio/90 e fevereiro/91, tendo em vista o princípio da justa indenização, insculpido na Carta Magna” (STJ — 2ª Turma, Resp 33.3450-4-SP, in ob cit p. 1.339)”.

3º exemplo

“Taxa de inflação de março a junho de 1990 e de fevereiro de 1991. “Pelas mesmas razões que levaram este STJ, em reiteradas decisões das 1ª e 2ª Turmas e da 1ª Seção, a admitir a inclusão, nos cálculos da inflação de janeiro de 1989, de 70,28%, índice do IPC, justifica-se a aplicação inflação ocorrida nos meses de março (84,32%), abril (44,80%) e maio (7,87). Se na vigência dos sucessivos Planos Econômicos implantados pelo governo (cruzado, verão, Collor I e Brasil Novo), continuou a existir a inflação, devem ser aplicados seus verdadeiros índices, que refletem a real inflação do respectivo período, e este resultado só será alcançado se a indexação for feita pelo IPC e não pelo BTN” (Despacho do Min. GARCIA VIEIRA no AG 38.415-2-SP, DJU 17.8.93, Seção I, P 16.063, com citação de seu voto no Resp 25.952-0-SP - Ob. e P. Cits.).”

4º exemplo:

“Correção Monetária — Intervenção do Estado na Economia — Plano Verão. Inflação registrada em janeiro de 1989, que não pode ser ignorada pelos tribunais, sob pena do Processo Econômico gerar o enriquecimento sem causa. Posição do Judiciário. (1ª Tacil — 2ª Câ. AP. nº 447.255/3 — AASP nº 1646, p. 160).”

A situação aqui analisada é a mesma, sob o prisma de que a atitude da Administração Pública (D.E.R.) irá gerar, sem dúvida, enriquecimento sem causa ao erário, prejudicando a equação econômico-financeira dos contratos, o que é constitucionalmente intolerável.

RESPOSTAS AOS QUESITOS

Com base nas considerações desenvolvidas, parece-nos ser possível responder, sucinta-

mente, às questões apontadas pela consulente, bem como as por nós mesmos levantadas neste parecer.

I — Quesitos da consulente

1) A Lei nº 8.880/94, em seu artigo 15, parágrafo 2º estabelece, de modo claro e inequívoco, como se deve proceder, para a conversão, com relação aos contratos que as empresas representadas por esta entidade mantêm com o DER.

A Medida Provisória 953, de 23.03.95, que nisso repete todas as anteriores, cuida da matéria nos seus arts. 20 e seguintes.

Há qualquer incompatibilidade entre esses dispositivos? Está assegurado o direito das empresas em face do estabelecido na Lei 8.880/94?

Não há qualquer incompatibilidade entre a Lei 8.880/94 e as Medidas Provisórias do Plano Real. Todas elas, cuidando de hipóteses diversas, tratam da conversão dos valores contratuais para URV e depois para REAL, resguardando o direito das contratadas ao devido reajuste dos preços, na forma estabelecida nos próprios contratos.

A Lei 8.880/94 aplica-se aos contratos com cláusula de reajuste de preços por índices pós-fixados, em que a periodicidade do reajuste seja igual à periodicidade do pagamento. Que é o caso dos contratos firmados pelas empresas do SINICESP.

As Medidas Provisórias aplicam-se aos contratos que não tinham sido convertidos em URV em 1º de abril de 1994, ou seja, aqueles contratos cujas obrigações tinham sido mantidas em cruzeiros reais por força do contido na lei 8.880/94 (arts. 14, 15 § 1º, 16).

2) *As disposições contidas na regulamentação de reajustamento de preços (decretos nºs 32.117/90 e 27.133/67 e, ainda, o ofício da FIPE de 23.06.94) permitem a aplicação de reajuste dos valores dos contratos do DER entre 15.3.94 e 31.03.94, na forma de “pro rata” prevista no item I do § 2º do art. 15 da Lei nº 8.880/94?*

Sim. Se os contratos das empresas-representadas pela consulente previam reajuste de preços sintético, dessa forma é que se deve “reapctuar” os contratos. Ora, se o decreto estadual 27.133/87, ao dispor sobre reajuste

de preços, vincula a tabela de preços iniciais com a data-base em que a coleta dos custos dos insumos é realizada; se esta data-base cai no dia 15 (como assegura a FIPE, instituição autorizada pelo Estado para processar a coleta de preços), correto será o reajustamento pleno dos preços à data-base (dia 15). A utilização do reajuste “pro rata”, referentemente ao período de 15 a 31 de março, cumprirá o estabelecido no art. 15, § 2º, inciso I da Lei 8.880/94 — por impossibilidade prática de se indicar a correta variação dos preços nesse período.

3) *A Portaria SUP/DER-8 de 02.02.95 pode ser aplicada aos contratos do DER já repactuados com base na Portaria SUP/DER-90 de 22.11.94?*

Depende. Se as Portarias anteriores indicassem uma fórmula incorreta de “reapctuação” (afrontando a lei 8.880/94 ou M. Provisórias), teria o D.E.R. o dever-poder de alterar os contratos já aditados, pactuando Termos de Retificação.

Porém, se as Portarias anteriores estivessem corretas — e, portanto, incorreta a Portaria SUP/DER 8/95 — entendemos que os contratados poderiam recusar-se a efetivar a “reapctuação”. E é isso que está ocorrendo.

Todavia, como essa atitude fatalmente geraria a “sanção” da contratante — embora em claro desvio de poder — rescindindo o contrato, só restaria às contratadas valerem-se do Poder Judiciário, na busca de seus direitos.

Ressalte-se, por pertinente, que tanto os contratos já aditados, como os ainda a serem aditados não poderão receber tratamento diferenciado, tendo em vista este discrimen. O mero aditamento contratual não constitui direito. Apenas declara-o.

II — Quesitos nossos

a) *o reajuste dos contratos — com cláusulas de reajuste de preços por índices pós fixados, com periodicidade do reajuste igual à periodicidade do pagamento (i.e., os contratos referidos no § 2º do art. 15 da Lei 8.880/94) — deve obedecer à lei 8.880/94 e utilizar o “pro rata”?*

Sim. Os contratos devem ser repactuados de acordo com a Lei 8.880/94 — com reajuste de preços na forma estabelecida no contrato (reajuste pleno até 15.3) e “pro rata” (até 31 de março) — e depois convertidos em URV.

b) *quando se aplica a Lei 8.880/94 e quando se aplicam as Medidas Provisórias?*

Os contratos que se enquadram no § 2º do art. 15 da Lei 8.880/94 serão “repactuados” na forma estabelecida em seu inciso I — “reajuste pro rata” até 31/3. E isso a qualquer tempo, independentemente da edição das Medidas Provisórias.

As Medidas Provisórias serão aplicadas às outras hipóteses que não as do § 2º do art. 15 da Lei 8.880/94.

c) *as formas de reajuste estabelecidas na Lei 8.880/94 e nas MPs posteriores, são diferentes? Ambas prevêm “pro rata”?*

Em princípio, a Lei 8.880/94 cuidou do reajuste dos contratos enquadrados no § 2º do seu art. 15 e as Medidas Provisórias dos contratos ainda não assinados (contratos “novos”), ou dos que — por determinação da lei 8.880/94 — não haviam sido aditados. Assim, muito embora ambas prevejam “pro rata”, a Lei 8.880/94 contempla — após o reajuste “pro rata” até 31.3 — “atualização financeira” (pela URV) de 1º de abril a 30 de junho, enquanto as Medidas Provisórias proporcionam fórmula diferente de cálculo do “pro rata” (até 30 de junho) para contratos não aditados e, portanto, não reajustados e nem atualizados (pela URV).

Todavia, em ambos os casos, deve-se chegar a um mesmo valor (utilizando a “pro rata”), sob pena de ferir os princípios da isonomia, da irretroatividade da lei e da manutenção da equação econômico-financeira do contrato.

d) *o reajuste pleno — com base nos índices inicial (mês da coleta dos insumos ou apresentação da proposta) e o do mês de março/94 — deverá ser realizada até 15 de março (data-base da coleta dos custos pela FIPE) e só depois aplicar o “pro-rata” (do dia 15 do dia 31 de março)?*

Sim. Em cumprimento às cláusulas de reajustamento previstas nos contratos (cf. art. 15 da Lei 8.880/94), e em consonância com o decreto estadual 27.133/87.

É o parecer. SMJ

S. Paulo, 17 de abril de 1995

GERALDO ATALIBA

ROSOLEA M. FOLGOSI