

ESTUDO SOBRE AS REPERCUSSÕES DOS PLANOS ECONÔMICOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

PARECER

I. DAS QUESTÕES SUSCITADAS

1. A CONSTRUTORA expõe uma série de questões a respeito dos reajustes e da correção monetária dos contratos em geral, e naqueles firmados com a Administração Pública, em particular, tendo em vista as regras estabelecidas nas várias fases dos diversos planos econômicos em geral e especialmente do chamado Plano Real. Para estruturação de uma ex-

posição lógica, optamos por dividir os diversos assuntos em alguns tópicos.

2. Em primeiro lugar vamos analisar o problema da correção monetária dos pagamentos em atraso, questão que comporta uma apreciação única para todos os contratos. Em seguida abordaremos o problema da correção monetária das parcelas contratuais futuras, subdivididas entre aquelas de contratos anteriores ao Plano e aquelas dos contratos posteriores.

3. O passo seguinte será a avaliação das discussões em torno dos reajustes de preços.

lícitos do sujeito passivo, anteriores à ocorrência do fato gerador.

Evadir é evitar o pagamento de tributo devido, reduzir-lhe o montante ou postergar o momento em que se torne exigível, por atos ou omissões do sujeito passivo, posteriores à ocorrência do fato gerador” (Caderno de Pesquisa Tributária nº 14, co-edição CEEU/Res. Tributária, 1989, p. 491).

24 O XIII Simpósio Nacional de Direito Tributário também concluiu em plenário que: “Não existe, na legislação tributária brasileira, dispositivo expresso algum que preveja a aplicação genérica da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

Embora algumas decisões em matéria tributária façam referência à doutrinada desconsideração da personalidade jurídica, a jurisprudência não é conclusiva quanto à sua aplicabilidade neste campo.

Entende-se impossível a adoção da “doutrina” pela jurisprudência sem expressa autorização legal específica” (Caderno de Pesquisas Tributária nº 14, ob. cit., p. 494).

4. Por fim, restará apreciar os critérios de conversão dos contratos antigos para o novo padrão monetária, considerando-se as inúmeras hipóteses possíveis.

5. É importante, porém, antes de mais nada, distinguir a correção monetária do reajuste de preços, dois conceitos diferentes que foram muito confundidos nos diversos diplomas legais recentes. A distinção é fundamental para o presente trabalho, por servir obrigatoriamente de base para a interpretação das normas eventualmente aplicáveis aos contratos em discussão.

6. A correção monetária é a pura e simples recomposição nominal do poder aquisitivo da moeda corroído pela inflação. A doutrina e a jurisprudência são unânimes em reconhecer que a correção monetária não é nem um *plus* nem um *minus*, mas a mera atualização dos montantes descaracterizados pela passagem do tempo. A aplicação da correção monetária não aumenta nem diminui o valor intrínseco do dinheiro, mas apenas restabelece o *quantum* original, adaptando-o à nova realidade monetária.

7. Assim, se num determinado período de tempo ocorreu uma inflação (desvalorização da moeda) de 10%, uma quantia originalmente de R\$ 100 tem que ser atualizada — corrigida — para R\$ 110 para que preserve o seu valor. Economicamente, os R\$ 100 originais são rigorosamente idênticos aos R\$ 110 posteriores.

8. Já o conceito de reajuste de preços é uma idéia diversa, que não deve se confundir com a da correção monetária. Em nenhuma economia, por mais indexada que seja, os preços dos vários setores progridem uniformemente. Haverá sempre fatores localizados, que farão com que determinados preços aumentem mais ou menos do que outros, em um determinado período. O exemplo clássico é o dos produtos agrícolas, que são fortemente influenciados pelas condições climáticas, podendo ter os seus preços aumentados consideravelmente em caso de geadas ou secas, muito acima da inflação global da economia. Da mesma forma as “supersafras” reduzem o preço dos produtos em função do excesso de oferta. Os próprios juros oscilam conforme a existência

de maior ou menor fatia de recursos para atender a demanda de financiamento.

9. Em qualquer atividade econômica o preço é influenciado pelos custos de mão-de-obra, pela oferta da concorrência etc., e todos estes são fatores que se modificam desigualmente nos vários setores da vida nacional.

10. A idéia de reajuste de preço leva em consideração as particularidades de uma determinada atividade. Assim ocorre quando as partes convencionam em um contrato de construção de um prédio, que o reajuste do preço do contrato levará em conta a realidade específica do setor da construção civil e mais as particularidades da obra em questão.

11. Ora, pode ser que o custo de uma determinada obra tenha aumentado mais, ou menos, do que a inflação constatada na economia como um todo. Desta forma, o reajuste do preço deverá ser feito de acordo com esta variação — custo da obra em questão, podendo ser maior ou menor do que a pura e simples correção monetária, mesmo que calculada por índices setoriais.

12. A própria idéia de reajuste é a de acerto, de restabelecimento da equação original. O reajuste de preço corresponde, portanto, ao realinhamento do preço relativamente ao resto da economia, e foi tratado em alguns pontos da legislação como “revisão contratual”. O termo revisão nos parece um pouco menos apropriado, por envolver, até mesmo inconscientemente, a idéia de repactuação, que não corresponde ao espírito do instituto, que melhor se define como atualização do contrato.

13. Por se tratarem de noções distintas — correção monetária e reajuste de preços — é óbvio que o seu tratamento legal deve também ser diferenciado, sendo inadmissíveis as interpretações que as confundam.

14. Isto posto, cumpre agora analisar as diversas questões que nos foram colocadas.

II. DO ATRASO DE PAGAMENTO E DA CORREÇÃO MONETÁRIA

15. Cumpre analisar se existe, na letra ou no espírito dos recentes diplomas legais edi-

tados no bojo do Plano Real, alguma limitação à incidência da correção monetária sobre as parcelas de pagamentos contratuais em atraso.

16. Embora um dos pilares do plano econômico seja a restrição às cláusulas de indexação, as leis se referem à periodicidade da correção monetária das parcelas futuras, nunca as já vencidas e não pagas.

17. Ora, é de hoje um verdadeiro princípio geral de direito que a correção monetária deve incidir sempre que seja necessária para evitar o enriquecimento sem causa e ilícito do devedor inadimplente. São inúmeras as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito, reconhecendo a incidência da correção, nesses casos, independentemente de previsão contratual ou legal expressa, porquanto o inadimplemento transforma a dívida simplesmente pecuniária em dívida de valor.

18. É discutível até mesmo se os tribunais poderiam considerar como sendo constitucional uma lei que restringisse a incidência de correção monetária sobre as obrigações vencidas e não pagas em tempo. De qualquer forma, no caso específico, a legislação foi omissa.

19. Sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 43, segundo a qual “incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”. Segundo a jurisprudência do STJ, deve se entender a data do prejuízo como o momento a partir do qual a obrigação não foi satisfeita, ou seja, a data do inadimplemento.

20. É manso e pacífico, na jurisprudência, que a referida Súmula nº 43 se aplica tanto aos casos de ato ilícito absoluto quanto às hipóteses de ilícito contratual. Sendo assim e, repita-se, não tendo a legislação feito qualquer menção expressa à questão da correção monetária das dívidas em atraso, permanece inalterado o princípio de que ela é plenamente aplicável.

21. Ademais, o artigo 15 da Medida Provisória nº 1.106, de 29.08.95, diz permanecerem em vigor as disposições legais relativas à correção monetária dos débitos judiciais. Ora, já que, se o devedor em atraso for acionado em

Juízo, ele terá que pagar a correção monetária desde o vencimento até o momento do pagamento, é claro que esta correção é devida também independentemente de decisão judicial. O pagamento atrasado, sem correção, não exonerará o devedor.

22. Por outro lado, o § 6º do artigo 28 da Lei nº 9.069, de 30.06.95, diz que o devedor que quiser amortizar antecipadamente o seu saldo devedor contratual pode fazê-lo, desde que atualizando o saldo *pro rata*. Ora, se aquele que paga antecipadamente deverá fazer incidir a correção monetária proporcionalmente, com muito mais razão terá esta obrigação o devedor em mora.

23. Do exposto, conclui-se que o Plano Real não alterou o regime da correção monetária devida por atraso de pagamento, que continua plenamente aplicável, sem quaisquer restrições quanto à sua incidência.

III. DA CORREÇÃO MONETÁRIA FUTURA

24. Ultrapassada a questão da correção monetária por atraso de pagamento, cabe agora a análise da correção sobre as parcelas futuras, especialmente no tocante à periodicidade desta atualização.

25. Embora haja decisões na jurisprudência admitindo a incidência de correção monetária independentemente de previsão contratual, como princípio a evitar o desequilíbrio entre as partes e o enriquecimento sem causa de um em detrimento do outro, reconhece-se de outro lado, normalmente, o poder do legislador em matéria monetária, inclusive no tocante à correção monetária.

26. Assim, em princípio, pode a lei nova, de ordem pública, disciplinar os efeitos futuros dos contratos em curso, desde que respeitados determinados direitos adquiridos. Nos casos discutidos pelos tribunais em torno de cadernetas de poupança, por exemplo, solidificou-se a jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade da mudança das regras de correção para um período já em curso, sendo a mesma aceitável, porém, para os períodos subsequentes.

27. Desta forma, pode-se considerar que os tribunais terão a tendência de aceitar a validade das limitações à periodicidade futura das cláusulas de correção monetária, especialmente se a inflação se mantiver nos níveis atuais, razoavelmente baixos em comparação aos últimos anos.

28. Um dos pilares do Plano Real, como o de outros planos, é o limite da periodicidade da correção monetária. Como de hábito, fixou-se a idéia de que a periodicidade mínima deveria ser de um ano (Lei nº 9.069/95, art. 28 e Medida Provisória nº 1.106/95, art. 2º). O critério é um tanto aleatório, e embora limite a incidência da correção, reconhece a sua necessidade, no final de um determinado período de tempo, apesar de se proclamar a desindexação total da economia, com uma suposta extinção da correção monetária (v. art. 1º da Medida Provisória nº 1.106/95), que todavia, enquanto se mantiver a inflação, renascerá das suas próprias cinzas.

29. Daqui para a frente, nos contratos novos, a periodicidade da correção monetária está limitada a um prazo mínimo de um ano, ou seja, os preços deverão, em princípio, permanecer inalterados em cada período de um ano.

30. Nos contratos anteriores, existe o problema da conversão da moeda velha (CR\$) para a URV e/ou o Real. Naqueles convertidos por aditamento contratual, deverá prevalecer o pactuado em tal aditamento, sendo muito difícil qualquer alteração pela via judicial, que pressuporia a anulação do aditamento por coação, erro ou outro vício, de prova sempre complexa.

31. Quanto aos contratos convertidos *ex vi legis*, cujos critérios de conversão serão analisados oportunamente, prevalecerá como marco inicial desta periodicidade o momento de conversão para Real (art. 28, § 3º, I, da Lei nº 9.069/95).

32. Note-se que a periodicidade mínima de um ano é, em princípio, legal e constitucional, pouco importando, a rigor, o seu marco inicial, desde que a fixação deste marco não implique, por si só, no enriquecimento sem causa de uma das partes, em prejuízo da outra. Tal não ocorrerá se, no momento deste marco,

o preço — valor da prestação — estiver alinhado, ou seja reajustado (revisado) de acordo com os critérios expostos acima.

33. O § 2º do art. 2º da Medida Provisória nº 1.106/95 reconhece este conceito, ao disciplinar que, em havendo revisão contratual (entenda-se como a nossa definição de reajuste do preço), a data desta revisão funcionará como termo inicial do período de um ano para incidência da correção. O dispositivo legal é um tanto confuso, porém, ao misturar as idéias de revisão, reajuste e correção monetária.

34. Resta o problema inerente ao artigo 3º da Medida Provisória nº 1.106/95, que determina que nos contratos nos quais tome parte a Administração, a correção monetária incidirá “na forma da regulamentação a ser baixada pelo Poder Executivo”. Pensamos que, caso a referida regulamentação venha a prejudicar o particular, gerando o enriquecimento da Administração às custas do contratado (empreiteiro ou construtor), haverá boas possibilidades de êxito numa demanda judicial por parte do lesado. As regras unilaterais costumam ser rejeitadas pela Justiça, em sintonia com princípios gerais de boa-fé e equidade e ainda pelo seu caráter puramente potestativo.

35. Por outro lado, embora a Administração tenha amplos poderes discricionários em matéria de contratos administrativos, as regras constitucionais e legais garantem ao particular a imutabilidade da equação econômico-financeira, não podendo a Administração alterá-la unilateralmente.

36. Sendo assim, parece-nos que o particular poderá discutir em Juízo quaisquer prejuízos que, porventura, venha a ter em função da regulamentação a ser baixada pelo Poder Executivo com relação aos contratos administrativos.

IV. OS REAJUSTES DE PREÇOS (REVISÃO CONTRATUAL)

37. Ao lado e independentemente da questão da correção monetária, surge o problema dos reajustes dos preços. Como já esclarecemos acima, os dois assuntos foram bastante

confundidos na legislação do Plano Real, como aliás nos demais planos econômicos que o antecederam, além de, em alguns dispositivos, chamar o reajuste de revisão contratual.

38. Na realidade, o único lugar no qual a matéria foi objetivamente tratada é o § 2º do artigo 2º da Medida Provisória nº 1.106/95, no qual se estabelece que, feita uma revisão, “o termo inicial do período (...) de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido”. A confusão completa entre correção, reajuste e revisão dá a entender que a intenção teria sido de também limitar as revisões — que preferimos chamar de reajustes — a períodos mínimos de um ano.

39. A limitação temporal das revisões é, porém, a nosso ver, de obrigatoriedade e constitucionalidade duvidosa. A comutatividade das prestações é da essência dos contratos bilaterais, e a doutrina e a jurisprudência consagraram a necessidade imperiosa de revisão (reajuste) sistemática mediante a aplicação da teoria da imprevisão e da cláusula *rebus sic stantibus*. O direito ao reequilíbrio contratual, uma vez rompida a comutatividade entre as obrigações, é proteção fundamental dos contratantes, especialmente no direito administrativo, transformando-se, atualmente, num verdadeiro princípio geral de direito.

40. Quanto aos contratos administrativos, as próprias regras constitucionais determinam a preservação do equilíbrio na relação contratual. A Constituição de 1969 falava expressamente no equilíbrio econômico-financeiro, enquanto a Carta de 1988 fala em manutenção das condições efetivas da proposta. Em nível infra-constitucional, tanto o Decreto-lei nº 2.300/86 quanto a Lei nº 8.666/93 reforçaram a garantia da preservação, para o contratante particular, da equação econômico-financeira da pactuação administrativa.

41. Assim, entendemos que a limitação da periodicidade da revisão contratual vai contra os princípios aqui expostos, podendo ser discutida em Juízo com razoável possibilidade de êxito, em termos concretos, caso a caso, uma vez demonstrado o rompimento do equilíbrio em cada situação de fato, especialmente se a inflação alcançar níveis considerados

como risco inaceitável pelo contratado particular, aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

42. Por outro lado, é uma regra de interpretação jurídica que a lei geral não revoga a lei especial. Assim, havendo antinomia entre uma lei geral (para todos os contratos) e outra especial (para contratos administrativos), esta última deve prevalecer.

43. Dito isto, podemos concluir que, comprovando-se, na prática, que a espera do decurso de um ano para se efetuar a revisão/reajuste implica no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato (se o mesmo não for suportável), poderá o contratante particular reclamar judicialmente, com boas possibilidades de sucesso, seja a própria revisão, seja uma compensação ou indenização.

44. A tentativa, porém, dependerá da comprovação da situação fática caso a caso, e traz em si os riscos e custos de uma demanda judicial desta natureza.

45. Ressalte-se, neste particular, que também a limitação de periodicidade da simples correção monetária, embora seja em princípio legal, poderá acarretar, em situações particulares, o rompimento da equação contratual, notadamente na contenção do fluxo de caixa do empreiteiro. Também nesta hipótese, em tese, o recurso ao Judiciário seria admissível, desde que comprovado o desequilíbrio e a excessiva onerosidade imposta ao particular, conforme jurisprudência já existente na matéria.

V. AS CONVERSÕES DOS CONTRATOS

46. No campo das “conversões” dos contratos, a matéria se complica consideravelmente no aspecto prático, porquanto são diversas as hipóteses. Para os contratos antigos, existem duas transições marcantes, do CR\$ para a URV e desta para o R\$. Alguns contratos pularam diretamente do CR\$ para o R\$, e outros, mais recentes, foram firmados em URV e depois convertidos em R\$.

47. A legislação é bastante confusa, prevenindo as inúmeras possibilidades. Tentaremos nos concentrar nos princípios básicos.

48. Pelos mesmos motivos expostos acima quanto aos reajustes de preços (revisão contratual), também as conversões, em princípio, devem respeitar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, devendo ser economicamente neutros e não podendo ensejar o enriquecimento de uma das partes contratantes em detrimento da outra. Trata-se tanto de considerar as restrições ao poder que o legislador tem de regulamentar a moeda e demais matérias de ordem monetária, quanto da aplicação do princípio de que a lei especial prevalece sobre a geral.

49. Além do mais, em se tratando de contratos com a Administração Pública, o particular tem direito à remuneração nos moldes pactuados, justamente por ser a parte “fraca” do contrato, dispondo o ente público de uma série de direitos discricionários inexistentes nas relações entre partes privadas.

50. A diferenciação que nos parece fundamental é entre as conversões de contratos que foram feitas mediante assinatura de termos aditivos e aquelas operadas mediante pura e simples aplicação da lei.

51. Nos primeiros, qualquer reclamação quanto ao critério de conversão esbarrará no acordo expresso no respectivo aditamento contratual. A tendência do Judiciário deverá ser no sentido de caracterizar o acordo como reconhecimento da manutenção das condições pactuadas, ou seja, dizer que o particular aceitou ou até reconheceu expressamente que o critério do aditivo preservou o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A situação é diferente nos casos de ressalvas ou de reservas feitas no aditamento ou em outro documento.

52. O pedido de indenização, ou de revisão do contrato, dependerá, *a priori*, da comprovação, sempre difícil, de um vício de vontade na assinatura do aditivo, como coação ou erro. As possibilidades do êxito, salvo em casos especialíssimos, nos parecem reduzidas.

53. Já quanto aos contratos convertidos automaticamente, em aplicação aos critérios legais, a situação muda bastante de figura. Sendo a manutenção do equilíbrio um direito fundamental da parte contratante privada, que prevalece sobre a regra monetária geral, os

parâmetros da conversão dos contratos administrativos podem ser discutidos em Juízo, se gerarem desequilíbrio e romperem a equação contratual.

54. Qualquer tipo de conversão que implique em expurgos poderá ser contestada, com boas possibilidades de sucesso. Além da jurisprudência razoavelmente consolidada dos planos econômicos anteriores, já começam a sair as decisões recentes sobre o Plano Real, recusando os critérios do artigo 38 da Lei nº 8.880/94. Há decisão recente, em ação cautelar, da 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em caso envolvendo a Telerj, na qual foi assegurado ao particular o direito de uma conversão do CR\$ para o R\$ sem redução dos valores, ou seja, mantendo-se o equilíbrio contratual. A própria questão das “tablitas” ainda não foi decidida definitivamente, aguardando decisão do Supremo Tribunal Federal que nos parece imprevisível, mas deverá ocorrer nos próximos meses.

55. Assim, pode-se concluir que, em matéria de conversão dos contratos administrativos, aquelas feitas por aditamento provavelmente prevalecerão, e aquelas feitas *ex vi legis* poderão ser discutidas, com razoáveis chances de vitória para o particular, sempre que ficar caracterizado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do pacto.

VI. CONCLUSÕES

56. Fica claro, de todo o exposto, que devem prevalecer, sempre que possível, as condições iniciais do contrato administrativo, adaptadas para a nova realidade econômica do país.

57. O legislador pode disciplinar a indexação, mas não poderá violar princípios jurídicos fundamentais, cancelar o enriquecimento sem causa ou estabelecer condições unilaterais ou potestativas, em favor do próprio ente público, invocando seu poder monetário, pois isto implicaria em claro desvio de poder, que pode ser cometido pelo Executivo, mas também pelo Legislativo.

58. Por outro lado, como a legislação editada foi geral, não pode contrariar preceitos

fundamentais da legislação especial dos contratos administrativos, dentre os quais o equilíbrio econômico-financeiro, que é garantido até em texto da Constituição. Este equilíbrio, por sua vez, tanto se caracteriza na remuneração global do serviço (equilíbrio econômico), como num fluxo de caixa mínimo capaz de manter o giro do negócio (equilíbrio financeiro), tudo como planejado e convencionado inicialmente.

59. Assim, sempre que as regras quanto aos índices ou à periodicidade da correção monetária, ou quanto aos critérios e prazos de reajustes de preços ou revisões contratuais, romperem a equação financeira contratual, o particular poderá, em princípio, reclamar administrativa e judicialmente.

60. As ações visando a imediata recomposição das condições originalmente contratadas esbarram, porém, no problema da demora da Justiça, e as questões costumam ser demasiado complicadas para serem resolvidas em sede liminar, especialmente quando se discutem os dados fáticos — econômicos — de contratos complexos, além de não serem admitidas, em tese, as chamadas liminares e cautelares satisfativas. As ações de indenização são normalmente mais seguras, mas o contratante só vem a receber alguma coisa, muitos anos depois, criando uma situação por vezes insustentável neste meio tempo.

61. Uma das particularidades do Plano Real foi a busca, pelo Governo, de evitar as discussões judiciais em torno das “quebras de contratos”, e foi por tal motivo que se previu o mecanismo de conversões contratuais mediante aditamentos formais. Embora seja sabido que tais aditamentos foram muitas vezes impostos aos contratantes, a existência de um documento bilateral, no qual se prevê a nova fase de economia “desindexada” e de inflação mais baixa, efetivamente dificulta os pleitos da parte contrária nestes casos.

62. Como já assinalamos, a discussão probatória em torno da eventual coação na assinatura dos aditamentos é muito difícil.

63. O presente trabalho engloba uma visão geral dos problemas colocados, não se detendo em cada particularidade, porquanto as hi-

póteses são as mais variadas. Partindo-se dos princípios expostos, entretanto, é possível se chegar às conclusões para cada caso individual.

64. Cabe acrescentar que, em nosso entender, as dívidas decorrentes de contratos administrativos são dívidas de valor, que não se confundem com os débitos de dinheiro, não se admitindo, em relação a elas, qualquer espécie de manipulação monetária, seja quanto à moeda de pagamento ou à moeda de conta (indexador).

65. Acresce que além da garantia específica da manutenção da equação financeira nos contratos (art. 37, XXI), a Constituição vigente assegura o chamado devido processo legal substantivo (*due process of law*), em virtude do qual não se admite qualquer lesão patrimonial sem obediência à lei.

66. Vários julgados, que examinaram as questões monetárias, entendem que a correção monetária que se impõe não pode ser a formal, definida pelo legislador, mas deve ser a real, decorrente das estatísticas e da vida econômica.

67. Por outro lado, mesmo não sendo inconstitucional a lei em si, no momento em que promulgada, os seus efeitos podem produzir o que se denomina a *inconstitucionalidade material*, que tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, quando um texto legal, sem maiores vícios em si, produz efeitos de caráter confiscatório ou lesivo aos direitos patrimoniais ou pessoais do indivíduo. Assim, em determinados votos, têm entendido alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal que as “tablitas”, que parecem constitucionais, não devem incidir quando, pelos resultados obtidos, prejudicam substancialmente direitos individuais. Neste sentido, os conceitos de razoabilidade e de proporcionabilidade, de igualdade dos encargos e outros desenvolvidos pela jurisprudência assumem maior importância, para impedir que a política monetária seja uma forma de redistribuição de riqueza.

68. Passamos agora às “respostas” aos problemas levantados, um a um, com base na exposição feita.

VII. QUESTÕES E RESPOSTAS

69. PRIMEIRA QUESTÃO:

“É constitucional que a lei determine regras de conversão para os contratos administrativos bem mais rigorosas (prejudiciais) que aquelas determinadas para os contratos em geral, estipulando tratamento desigual entre aqueles que contratam no âmbito privado e aqueles que contratam com a Administração Pública?”

RESPOSTA À PRIMEIRA QUESTÃO:

70. Como exposto, as regras de conversão dos contratos administrativos devem obedecer à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do pacto, até em função de determinações constitucionais. Quanto aos demais contratos, prevalece de qualquer forma, como princípio geral de direito civil e comercial, a teoria da imprevisão e a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, a parte que porventura tenha a sua situação onerada excessivamente, em razão da quebra da comutatividade contratual, poderá pleitear a revisão judicial. Embora o legislador tenha o poder monetário geral de disciplinar a transição de um regime econômico para outro, deverá respeitar as peculiaridades de cada área, que, como visto acima, nem sempre são idênticas, e, em nosso entender, não pode tomar medidas que, em si ou pelos seus resultados no tempo, tenham caráter confiscatório.

71. SEGUNDA QUESTÃO:

“São constitucionais as determinações de “expurgo” da “expectativa inflacionária” explícita ou implícita, sendo esta última correspondente ao IGP-DI do mês de apresentação ou referência da proposta (Lei nº 8.880/94, art. 15, § 2º, II) ou do mês de junho/94 (MP do Real, art. 23, § 1º e 2º), caso o contrato não preveja correção monetária entre a data do adimplemento da parcela e a data contratual de pagamento?”

RESPOSTA À SEGUNDA QUESTÃO:

72. A jurisprudência tem sido extremamente crítica dos seguidos expurgos inflacionários do Governo, nos diversos planos econô-

micos. Assim, sendo viável a comprovação de fato do expurgo, e mormente demonstrando-se que tal expurgo implica em quebra da equação contratual, estes critérios de conversão ou correção poderão ser derrubados judicialmente, especialmente se comprovados os requisitos de aplicação da teoria da imprevisão (perdas do empreiteiro e enriquecimento sem causa da pessoa de direito público em virtude da redução do preço efetivo).

73. TERCEIRA QUESTÃO:

“Ainda que o particular contratado haja concordado, através de aditivo contratual, com o “expurgo” do IGP-DI de junho-94 (46,8%) determinado pelas MPs do Real, é viável reivindicar, com boas chances de sucesso, revisão contratual com vistas a alterar esta cláusula, ainda que seja para substituir o “expurgo” por aquele correspondente ao IGP-DI relativo, conforme o caso, ao mês de apresentação ou de referência da proposta?”

RESPOSTA À TERCEIRA QUESTÃO:

74. Como exposto acima, ao longo do texto, a concordância expressa do particular em termo aditivo dificulta enormemente a discussão judicial de um eventual expurgo, reduzindo muitíssimo a probabilidade de êxito. É possível que o Judiciário exija a prova de que o acordo foi dado mediante coação irresistível ou erro, o que apresenta enormes inconvenientes processuais e reduz substancialmente as chances de vitória. A situação é diversa nos casos em que o empreiteiro recebeu pagamentos expurgados, sem que tivesse havido aditamento, ensejando, no caso, maior possibilidade de discussão.

75. QUARTA QUESTÃO:

“É constitucional a estipulação legal de reajuste de preços ou correção monetária com base em índices calculados em URV/Real, tal como estipulam os arts. 15, § 2º, II, e 38 da Lei nº 8.880/94 e 24 e 27, § 3º das Medidas Provisórias do Real, índices estes que a FGV recentemente definiu como “ajustados”, e que impõem expurgo da inflação relativa aos 15 dias do mês de março ou de junho de 1994, conforme hajam sido os

valores contratuais convertidos segundo os critérios da Lei nº 8.880/94 ou das Medidas Provisórias do Real?"

RESPOSTA À QUARTA QUESTÃO:

76. Como já foi dito, a tendência dos tribunais é de rejeitar as manobras e manipulações governamentais que impliquem em expurgos ou em não computar determinados períodos de inflação. Assim, em se tratando de conversões operadas *ex vi legis*, sem convenção aditiva, são boas as possibilidades de êxito na contestação ao critério, notadamente em matéria de contratos com a Administração, seja por que a União não pode legislar em causa própria, seja pelo fato do expurgo implicar em quebra da equação contratual.

77. QUINTA QUESTÃO:

"Ainda que o particular contratado haja concordado (por aditivo contratual) com a adoção do cálculo de reajuste/correção monetária em observância ao disposto nos referidos dispositivos legais, é viável reivindicar a recomposição das perdas decorrentes, sob o argumento de que estas só recentemente foram confirmadas pela Fundação Getúlio Vargas?"

RESPOSTA À QUINTA QUESTÃO:

78. A alegação implica na tentativa de anulação do termo aditivo por erro, ou seja, o particular teria imaginado estar concordando, com critérios idôneos que apenas depois se revelaram viciados. O pleito parece difícil, pois, sendo o contratado empresa comercial de grande porte, a alegação de desconhecimento das conseqüências práticas do aditivo tem grandes possibilidades de ser rejeitadas, mas pode ser tentada a anulação se justificando o erro por estudos ou pareceres econômico-financeiros de especialistas.

79. SEXTA QUESTÃO:

"É constitucional restringir a aplicação de cláusulas de reajuste de preços ou de correção monetária, inclusive por atraso de pagamento, seja através de determinação legal de suspensão de sua aplicação (Lei nº 8.880, art. 11, art. 15 'caput' (in fine) e § 4º) ou de adoção de periodicidade anual (MP do Real, art. 28)?"

RESPOSTA À SEXTA QUESTÃO:

80. O tema já foi abordado ao longo do texto. *A restrição da correção monetária por atraso de pagamento não foi cogitada nos textos legais*, e se o fosse, iria contra princípios gerais de direito, sendo provavelmente rejeitada nos tribunais. A questão dos reajustes de preços (revisão contratual) é regulada, em matéria de contratos administrativos, pela Constituição e pela legislação específica, não podendo ser contrariada por mera lei geral. Já a regulamentação da correção monetária, em geral, está presumidamente dentro do poder monetário do legislador, desde que respeitados determinados direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e demais preceitos constitucionais aplicáveis em cada ramo do direito. Assim, conforme o ritmo da inflação, poderá ser intentada ação judicial para exigir a correção monetária em prazo menor (do que um ano) se aplicação da atual legislação ensejar a quebra do equilíbrio contratual.

81. SÉTIMA QUESTÃO:

"Decorrido o prazo de suspensão por um ano da aplicação das cláusulas de reajuste e de correção monetária (Lei nº 8.880, art. 11, art. 15, "caput", in fine e § 4º), voltam tais disposições a vigorar tal como originalmente pactuadas ou passam a ter periodicidade anual?"

RESPOSTA À SÉTIMA QUESTÃO:

82. Em princípio, a periodicidade passa a ser anual em função do que dispõem a Lei nº 9.069/95 (art. 28) e a Medida Provisória nº 1.106/95 (art. 2º, § 1º), pois a regulamentação dos efeitos futuros dos contratos em curso está, em tese, dentro do poder monetário do legislador. Deve ser feita a ressalva de, em sede de contrato administrativo, ser imperiosa a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do pacto, sendo possível o restabelecimento das disposições originais se esta for a única forma de manter tal equilíbrio.

83. OITAVA QUESTÃO:

"O disposto nos artigos 27 e 28 das Medidas Provisórias do Real refere-se simultaneamente à correção monetária — inclusive por

atraso de pagamento — e a reajuste de preços?”

RESPOSTA À OITAVA QUESTÃO:

84. A questão se refere aos artigos 27 e 28 da Lei nº 9.069/95, em que se converteu a Medida Provisória nº 1.027/95. A nosso ver, os dispositivos mencionados referem-se exclusivamente à correção monetária, não atingindo os reajustes de preços (por vezes chamados pelo legislador de revisões contratuais). Tampouco se referem à correção monetária por atraso de pagamento, cujo regime jurídico é específico e não tem relação com o tipo de regra ali determinado. Os dispositivos são típicos de correção monetária simples de obrigações contratuais ou legais não provenientes de ilícito (dívidas de dinheiro e não dívidas de valor).

85. NONA QUESTÃO:

“O disposto no art. 27 aplica-se aos contratos de obras (de longa duração)?”

RESPOSTA À NONA QUESTÃO:

86. Sim, desde que não seja contrariada a legislação específica, já que a lei geral não revoga a especial. Assim, se o contrato for de obras públicas, continua vigente o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, que não poderá ser contrariado na aplicação do referido dispositivo.

87. DÉCIMA QUESTÃO:

“Ainda que o particular contratado haja concordado, através de aditivo contratual, com a suspensão da cláusula de reajuste ou com a adoção da periodicidade anual de reajuste, é viável reivindicar, com boas chances de sucesso, a reposição das perdas havidas pelo contratado em função da subsistência da inflação durante o período? E quanto à correção por prazo concedido para pagamento? E quanto à correção monetária por atraso de pagamento?”

RESPOSTA À DÉCIMA QUESTÃO:

88. A reposição de perdas inflacionárias não cobertas pelo aditivo contratual assinado esbarra na dificuldade já apontada: a tendência

do Judiciário deverá ser a de interpretar a assinatura do aditivo como um acordo expresso, bilateral, quanto às novas regras contratuais. A nosso ver, as chances de êxito estão intimamente ligadas a dois fatores, quais sejam, a prova de coação na pactuação do aditivo e/ou a completa imprevisibilidade das perdas no momento do novo acordo. Este segundo aspecto é dificultado, pelo relativamente curto espaço de tempo entre a assinatura e o pleito, parecendo-nos, à primeira vista, difícil alegar a imprevisibilidade da taxa de inflação brasileira desde a introdução da URV e do Real.

89. Quanto ao “prazo concedido para pagamento”, tudo dependerá de cada caso concreto. A questão é muito mais de interpretação da intenção das partes nesta “concessão de prazo” (mediante análise dos documentos, tais como cartas trocadas de parte a parte). Se ela for interpretada como repactuação do prazo daquela obrigação, sem ressalvas, será difícil de se exigir alguma coisa. Se for interpretada como mera liberalidade ou tolerância, as chances melhoram um pouco, especialmente em havendo ressalva de compensação das eventuais perdas, mas ainda serão muito dependentes de uma interpretação da intenção específica das partes naquele ato jurídico.

90. A correção por atraso de pagamento não nos parece ser afetada, a não ser que haja expressa menção, no aditivo, de sua não-incidência, o que, ainda assim, seria de validade duvidosa a discutível caso a caso.

91. DÉCIMA PRIMEIRA QUESTÃO:

“Ficando demonstrado que a periodicidade anual de reajuste ou de correção monetária estabelecida por aditamento contratual, em atendimento às regras legais de conversão dos valores para o Real, desequilibram econômica e financeiramente a relação contratual inicialmente pactuada, seria viável postular, com razoável chance de sucesso, a revisão de tais cláusulas, de modo que afetem o mínimo possível a equação contratual?”

RESPOSTA À DÉCIMA PRIMEIRA QUESTÃO:

92. Entendemos que sim. Tudo dependerá

do efetivo rompimento do equilíbrio e em certo sentido da violência ou densidade da ruptura, desprezando-se valores reduzidos (por exemplo 5% ao ano). De qualquer modo, como já exposto, a regra especial dos contratos administrativos (que tem repercussões até mesmo constitucionais) deve prevalecer sobre a regra geral.

93. DÉCIMA SEGUNDA QUESTÃO:

“O disposto no art. 23, “caput”, das Medidas Provisórias do Real alcança contratos já convertidos anteriormente (por aditamento contratual) segundo os critérios da Lei nº 8.880/94?”

RESPOSTA À DÉCIMA SEGUNDA QUESTÃO:

94. O dispositivo em questão trata da conversão de contratos para o Real, enquanto a Lei nº 8.880/94 tratava da conversão para URV. Se os aditamentos já continham menção expressa à futura conversão para Real, seus dispositivos devem, em princípio, prevalecer. Caso contrário, são aplicáveis as determinações da lei.

95. DÉCIMA TERCEIRA QUESTÃO:

“A revogação do artigo 11 da Lei nº 8.880/94, determinada pelo art. 82 das Medidas Provisórias do Real, afeta os contratos convertidos anteriormente (segundo a Lei nº 8.880/94) mediante termos aditivos que contemplem condição estabelecida pelo dispositivo revogado?”

RESPOSTA À DÉCIMA TERCEIRA QUESTÃO:

96. A revogação de um dispositivo legal não tem o condão de, por si só, revogar cláusulas contratuais pactuadas sob a égide da regra anterior. Não obstante, se a nova regulamentação aplicável for incompatível com a dita cláusula, esta poderá ser modificada pela lei nova de ordem pública, cabendo, todavia, ressaltar o direito adquirido. No caso específico, o artigo revogado previa a possibilidade de cláusulas de indexação fundadas em determinados parâmetros que continuam legalmente válidos (Medida Provisória nº 1.106/95, art.

2º, caput), com a mera ressalva, antes inexistentes, de uma periodicidade mínima anual (§ 1º do art. 2º). Assim, a não ser pela limitação de periodicidade anual, os aditivos fundados no artigo 11 da Lei nº 8.880/94 permanecem em pleno vigor.

97. DÉCIMA QUARTA QUESTÃO:

“A que serve e qual o alcance do disposto no § 7º do artigo 28 das Medidas Provisórias do Real?”

RESPOSTA À DÉCIMA QUARTA QUESTÃO:

98. O referido dispositivo se dirige aos contratos que não foram convertidos em URV no período intermediário do plano, ou seja, aqueles que passaram diretamente do Cruzeiro Real para o Real. O princípio é de um pagamento atualizado da obrigação, um ano depois do Real ou *pro rata* se vencido anteriormente, para se evitar o enriquecimento sem causa da parte devedora. A redação é um tanto confusa, mas o termo “vencimento final” dá a entender que se pensou nas obrigações a prazo fixo, mas não naquelas parceladas ou de trato sucessivo. Não obstante, o princípio de pagamento *pro rata* é consagrado na jurisprudência como critério justo e que preserva a comutatividade contratual. É difícil avaliar a interpretação definitiva a ser dada ao dispositivo pelos tribunais, em razão de sua redação confusa, mas não deixa de ser, tal como o § 6º logo anterior, uma brecha aberta para o pedido de pagamento atualizados *pro rata* mesmo antes de decorrido um ano da introdução do Real.

99. DÉCIMA QUINTA QUESTÃO:

“Contratos que contemplem correção monetária por atraso de pagamento com base na variação da TR: (a) é necessário substituir o indexador? (b) estão sujeitos à periodicidade anual?”

RESPOSTA À DÉCIMA QUINTA QUESTÃO:

100. Independentemente da nova regulamentação, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça já se

manifestaram pela inconstitucionalidade/ilegalidade da correção monetária com base na TR quando a correção monetária foi convenionada antes da existência da TR, porquanto se trata de índice cujo cálculo é desvinculado da mera perda do poder aquisitivo da moeda e cuja natureza de média de juros é incompatível com a noção de correção monetária. Quanto à periodicidade anual, entendemos que a mesma não se aplica à correção monetária por atraso de pagamento, a qual, salvo convenção expressa em contrário, deverá ser integral desde o vencimento original até a data do pagamento, calculada *pro rata tempore*.

101. Como observação complementar e

considerando as dificuldades de soluções administrativas amigáveis, em determinadas circunstâncias, assim como a demora dos processos judiciais, um aspecto que nos pareceria interessante consistiria em admitir a arbitragem nos conflitos entre a administração e os construtores, o que exigiria modificação na lei de licitações.

É o que nos cabia opinar.

São Paulo, 04 de setembro de 1995.

Arnoldo Wald

Advogado Inscrição OAB/RJ.65.822 — SP
46.560.A

Professor Catedrático da Universidade do Estado do Rio de Janeiro