PARECER

I

DAS PECULIARIDADES DO CONTRATO DE EMPREITADA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

1. O Código de Contabilidade da União, em seu regulamento, aprovado pelo Decreto nº 15.783, de 9.11.22, estabelecia no seu art. 766, que:

"Os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo das vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas neste capítulo."

2. Entendeu, pois, na época, o legislador federal que, no tocante às relações entre os contratantes, ou seja, no que se referisse aos direitos e deveres do empreiteiro e da pessoa jurídica de direito público contratante, não deveria haver normas especiais distintas das existentes no direito privado, só se justificando a existência de regras próprias para reger as formas de estipulação, aprovação e execução do contrato, ou seja, a parte processual-administrativa da feitura e aplicação do contrato.

3. Verificamos, todavia, que algumas normas de direito privado não se aplicam ao contrato de empreitada pública. Assim, a inalterabilidade do preço, o não-pagamento das obras contratualmente não previstas, quando necessárias e imprescindíveis à conclusão dos trabalhos, a invocação da cláusula *non adimpleti contractus* e o direito de retenção atribuído, pela lei civil, ao empreiteiro, são normas privatistas que não se aplicam à empreitada de obra pública.

4. As razões pelas quais o direito administrativo apresenta maior flexibilidade no tocante ao reajustamento do preço e ao eventual pagamento de obras não previstas, inicialmente, no contrato, decorrem da prevalência do interesse público que justifica a exigência de modificações contratuais diante de obstáculos supervenientes, não liberando o empreiteiro das suas obrigações diante de tais fatos, mas concedendo-lhe uma justa e adequada compensação. Na realidade, os dois princípios — da *continuidade do serviço público* e da *manutenção da equação financeira* nas relações entre o Estado e o empreiteiro — se complementam. É em virtude do princípio da continuidade que a obra deve terminar nos termos contratuais ou até eventualmente fora deles, garantindo-se a correspondência adequada entre a despesa e o esforço feitos pelo empreiteiro, de um lado, e o reajustamento do preço, de outro, constituindo tal

reajustamento a adequada compensação para permitir a aplicação do princípio da continuidade.

5. A doutrina tem salientado, oportunamente, a maior severidade do direito administrativo em relação ao contratante inadimplente, ao mesmo tempo que lhe assegura, no caso de exato cumprimento das suas obrigações, mesmo transpondo os deveres estritos do contrato, uma justa e ampla compensação. Aplicam-se ao empreiteiro as afirmações que os grandes mestres de direito administrativo, desde Fritz Fleiner até Gaston Jèze, fizeram em relação ao concessionário de serviço público, salientando-se que o interesse geral do serviço público exige uma interpretação mais rigorosa das obrigações do empreiteiro de obras públicas. A compensação desse rigor maior, decorrente da exigência do interesse público, consiste no reajuste de preços, sempre que necessário para manter a equação financeira.

6. Em virtude da presença no contrato administrativo do *interesse público,* a fim de ser continuada e terminada a obra, com as modificações unilaterais que costumam ser impostas ao empreiteiro pelo poder público, é que se compensa o contratante particular, assegurando-lhe a equação financeira do contrato. Assim, em todo contrato administrativo, existe, explícito ou implícito, um direito do contratante particular ao equilíbrio financeiro. A doutrina explica que o mencionado equilíbrio consiste em entender o contrato administrativo como um todo, no qual os interesses das partes se condicionam. Assim, quando, em certas condições, ocorre uma ruptura do equilíbrio inicial em detrimento do contratante particular, este tem direito do restabelecimento desse equilíbrio mediante o pagamento, pela administração, de uma compensação pecuniária, ou seja, de um complemento ou reajuste de preço. Embora se considere que tal regra decorre da própria intenção das partes, ela é aplicável, segundo a melhor doutrina, mesmo quando não consta expressamente do contrato (Laubadère. *Traité élémentaire de droit administratif.* 4. ed. Paris, 1967. p. 319, n. 569) e *a fortiori* quando nele incluída expressamente.

7. Na França, coube à jurisprudência administrativa consagrar a teoria da equação financeira, salientando que é da essência do contrato administrativo procurar e realizar, na medida do possível, uma compensação ou igualização entre as vantagens oferecidas ao empreiteiro e os encargos que lhe são impostos. Vantagens e encargos devem ficar balanceados de modo a constituir a contrapartida dos **lucros prováveis** e dos prejuízos previstos. Em todo contrato administrativo, conclui a doutrina francesa, deve haver, necessariamente, uma "equivalência honesta" entre o que se concede ao empreiteiro e o que dele se exige. É o que se denomina a *equação financeira* e comercial *do contrato* (Laubadère, op. cit. p. 319, nota 1).

8. A doutrina tem, pois, considerado o equilíbrio financeiro do contrato "um direito fundamental" de quantos pactuam com o Estado (Waline, M. *Droit administratif.* 9. ed. Paris, Sirey, 1963. p. 617, n. 1037), "uma norma fundamental da teoria dos contratos administrativos" (De Soto), o primeiro "direito original do co-contratante da Administração" (Péquignot).

9. Como salienta Caio Tácito na monografia *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público,* na qual traz à colação a mais recente doutrina estrangeira, "o princípio visa, sobretudo, à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos (...)" (p. 5).

10. Basicamente, no direito administrativo, a autoridade pode modificar as obrigações do outro contratante, mas *não lhe é lícito modificar a relação,* ou seja, o equilíbrio financeiro, de tal modo que a qualquer novo encargo que atribua ao contratante particular, deve corresponder uma compensação adequada.

11. Neste sentido é a lição de Marcel Waline, que afirma ter o empreiteiro direito à equação financeira do contrato, o que não significa que se lhe garanta um lucro determinado, mas a manutenção da equiva-

lência entre as vantagens e os encargos estabelecidos no contrato.

12. O princípio do equilíbrio financeiro do contrato, que é comum a todas as convenções de direito administrativo, aplicando-se, pois, também à empreitada, tem as suas origens na jurisprudência do Conselho de Estado. datando de 1910, quando Léon Blum defendeu a consagração, pelo tribunal administrativo, da idéia de acordo com a qual deveria ser mantida, entre as partes contratantes, o que ele denominou *"une equivalence honnête"*.

13. Frisou, na época, Blum, que em todo contrato assegura-se ao contratante particular uma equivalência honesta entre o que se lhe oferece e o que se lhe pede. Este cálculo de equivalência é essencial no contrato administrativo, de tal modo que, na hipótese de estabelecimento de maiores encargos, qualquer que seja o motivo dos mesmos, deve ser garantido ao contratante onerado "un droit à indemnité, ou, plus, exactement, le droit de réclamer un supplément de rémunération" (ou seja, "o direito a uma indenização, melhor dizendo, o direito de reclamar um suplemento de remuneração) (Tácito, Caio. op. cit., p. 7).

14. Assim, já se afirmou que, enquanto o equilíbrio do contrato de direito privado é *estático* por excelência, não podendo nenhuma das partes infringir as normas convencionadas, ou modificá-las unilateralmente, ao contrário, o equilíbrio dos contratos administrativos é essencialmente *dinâmico,* justamente em virtude do princípio da continuidade das obras e da possibilidade decorrente, para a administração, de adequar o contrato à realidade e a fatos imprevistos ou supervenientes.

15. Não se deve considerar a teoria da equação financeira como realidade peculiar do direito francês, pois, ao contrário, a tese mereceu acolhida no direito brasileiro, tanto no plano da Constituição, como da legislação ordinária e da doutrina e jurisprudência, como se verifica pelas lições de Bilac Pinto, Francisco Campos, Meirelles Teixeira, Caio Tácito, Hely Lopes Meirelles, José Cretella Júnior e Érico Baumgarten.

16. Assim, Bilac Pinto, que reconhece a influência francesa preponderante no nosso direito administrativo, considera o equilíbrio econômico das concessões como princípio constitucional e da lei ordinária, que inspira a jurisprudência administrativa e judicial e encontra refúgio na opinião dos doutores (Parecer. *Revista Fonsense, 130*:57, apud Tácito, Caio, op. cit. p. 77).

17. Também Francisco Campos admite, em pareceres, que a equação entre os encargos e a remuneração constitui a causa, no sentido jurídico, do contrato. Conclui que:

"Se, portanto, vem a incidir sobre a relação entre os termos da equação financeira um fator que a faça variar em detrimento do concessionário (ou acrescentaríamos do empreiteiro) nasce para o concedente (para a pessoa de direito público) a obrigação de *restaurar a relação primitiva ou o equilíbrio na economia da concessão*" (Campos Francisco, *Direito constitucional.* Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956. v. 1, p. 113).

18. Logo em seguida, acrescenta o antigo ministro da Justiça:

"A equação econômica constitui o conteúdo da *situação jurídica individual do concessionário* (ou do empreiteiro), *que é, na nossa terminologia legal, um ato jurídico perfeito ou um direito adquirido*" (op. cit. p. 127).

19. Por sua vez, Meirelles Teixeira, em parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo,* v. 50, p. 420, esclarece que existe um direito do contratante particular "em ter assegurada a realização da equação financeira do contrato, isto é, em obter o lucro que lhe foi prometido (...)".

20. Ainda reconhecem a aplicação da teoria da equação financeira nos contratos administrativos Caio Tácito, na sua tese já referida (que também se encontra publicada, em três partes, na *Revista de Direito Administrativo,* v. 63-65), Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro.* 2. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1966. p. 239), José Cretella Júnior (*Tratado de direito administrativo.* Rio de Janeiro, Forense, 1966. t. 3 p. 53, n. 32) e Érico Baumgarten (*Di-*

reito administrativo: pareceres. Rio de Janeiro, 1970. p. 179 e segs.) e muitos outros autores.

21. Também a jurisprudência tem admitido o princípio da equação financeira do contrato, conforme se verifica pelo acórdão da, Apelação Cível nº 23.983, publicado na *Revista de Direito Administrativo,* v. 38, p. 333.

22. No direito positivo brasileiro, o respeito à equação financeira decorre de mandamento constitucional. Com efeito, o art. 167 da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 1), repetindo o art. 160 da Constituição de 1967, ainda que se referindo especificamente às concessões, abrange, na realidade, todos os contratos administrativos. Assim, o art. 167 da Constituição vigente garante, a quem contrata com a administração "tarifas (...) que assegurem o *equilíbrio econômico e financeiro do contrato.*"

23. Com efeito, trata-se de inovação construtiva com relação aos textos constitucionais promulgados até 1946, nos quais prevalecia uma desconfiança em relação ao concessionário, procurando-se, naquelas disposições, evitar que a remuneração do capital fosse excessiva, conforme assinalou Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição brasileira.* São Paulo, Saraiva, 1977, v. 3, p. 175). Atualmente, o mandamento constitucional é no sentido de assegurar ao particular, que contrata com a administração pública, uma remuneração adequada, utilizando a Constituição as expressões *equilíbrio econômico* e *equilíbrio financeiro.*

24. Assim, o dever ético de garantir a equação econômica é também um *dever jurídico* da Administração, como corolário específico do princípio constitucional, que não admite o sacrifício dos interesses particulares, em proveito do interesse público, sem o justo ressarcimento, vedando-se a desapropriação não só de bens imóveis, mas de quaisquer direitos ou crédito sem a prévia e justa indenização paga em dinheiro (art. 153, § 22, da Constituição Federal).

25. É possível a distinção entre o equilíbrio financeiro e o equilíbrio econômico do contrato. Asim, o equilíbrio financeiro é a garantia do cumprimento do *cash flow* (*entrada firme de fundos financeiros*), inicialmente previsto, a fim de evitar que o particular seja obrigado a financiar a Administração, *quando não haja convenção prévia neste sentido.* A norma constitucional significa que o particular deve receber *pari passu* os valores de que necessita para manter o equilíbrio entre as suas receitas (entradas) e as despesas necessárias para permitir a realização de obras (saídas). Há, pois, nos contratos administrativos, uma obrigação de origem constitucional, de realizar os pagamentos no momento adequado e com os reajustamentos decorrentes da inflação, atendendo às variações do custo do dinheiro no mercado a fim de ser garantido o equilíbrio financeiro que se impõe nas épocas de depreciação acelerada da moeda.

26. A equação financeira passou, pois, a significar a obrigação de pagar, na forma contratual, inicialmente fixada, sob pena de ressarcimento do *quantum* do principal acrescido dos custos financeiros para garantia da manutenção do *status quo* contratual. Não o respeitando, a Administração desapropria o direito ao uso do dinheiro e só pode fazê-lo indenizando-o adequadamente. Assim, o pagamento dos custos financeiros representa, no caso, uma conseqüência necessária da intangibilidade da remuneração do contratado, que não pode ser onerado de forma não prevista nas cláusulas contratuais, devendo a Administração arcar com os encargos financeiros reais do empreiteiro ou consultor.

27. Na realidade, não cumprindo a obrigação de manter o equilíbrio financeiro, a Administração Pública, além de violar frontalmente o art. 167 da Constituição, também pratica, por via oblíqua, uma desapropriação em relação ao contratado, razão pela qual Caio Tácito conclui que, "no direito brasileiro, a tarifa confiscatória (ou a remuneração confiscatória do empreiteiro) importa também em infração à garantia constitucional do direito de propriedade (art. 153, § 22 da Emenda Constitucio-

nal nº 1)" (Tácito, Caio. *Direito administrativo.* São Paulo, Saraiva, 1975, p. 246).

28. Já a *equação econômica* é a garantia da rentabilidade do contrato em seu aspecto global, assegurando ao particular, que contrata com a Administração, um *direito adquirido ao lucro previsto na equação financeira inicialmente pactuada.* Assim, o dispositivo constitucional visa basicamente garantir a "intangibilidade da remuneração do contratado", com a finalidade de não permitir que eventuais modificações no contrato, determinadas pelo contratante, ou mesmo medidas de política econômica mais gerais, notoriamente imprevistas, possam prejudicar a posição do particular. Com efeito, este último tem direito, conforme ressalta a doutrina, à "imutabilidade da equação econômica do contrato". Dromi, José Roberto. *Contratos administrativos. Regímenes de pago e actualización.* Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1977. p. 118). Tal direito decorre, em última instância, da própria natureza do contrato administrativo, no qual, diferentemente do que ocorre com os ajustes de direito privado, uma das partes — a Administração — pode modificar unilateralmente as obrigações inicialmente acordadas, indenizando a outra pelas conseqüências dessa modificação.

29. A necessidade de ser mantido o equilíbrio econômico resulta do fato de que o particular, ao contratar com a Administração, ainda que colaborando para a consecução de objetivos de interesse público, visa fundamentalmente a maximização de seus lucros. Assim, conforme ressalta Marcelo Caetano, o particular, ao colocar a serviço do interesse público o seu interesse privado, está disposto a correr o risco normal da empresa, sem que lhe possa ser pedido um sacrifício desinteressado e excepcional. Daí, resulta que:

"Se o contrato tiver de ser executado em conjuntura econômica que subverta o equilíbrio financeiro estabelecido e que não tivesse podido ser prevista no momento da celebração, a *Administração deve partilhar dos prejuízos verificados ou rever o contrato* (...)." (Caetano, Marcelo. *Manual de direito administrativo.* p. 630).

II

AS FÓRMULAS DE INDEXAÇÃO E O RESTABELECIMENTO CABAL E COMPLETO DA EQUAÇÃO FINANCEIRA

30. O índice que assegura o equilíbrio econômico e financeiro deve ser correto e adequado de modo a manter, na vigência do contrato e até o fim de sua execução, a correspondência determinada pela Constituição e que, como vimos, se aplica a todos os contratos administrativos, conforme entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência.

31. O direito administrativo tratou da matéria a partir da década de 60, tendo a Lei nº 4.379, de 28.7.64, admitido expressamente a estipulação das cláusulas de revisão, que passaram a ser institucionalizadas com o Decreto-lei nº 185, de 23.2.67, que previu o reajustamento de 90% da variação dos custos, presumindo que a diferença de 10% representaria o lucro do empreiteiro.

32. Partindo do pressuposto da excepcionalidade da inflação, o legislador a equiparou, na época, a um fato imprevisível cujos riscos deviam recair sobre ambos os contratantes, pois, naquela época (a inflação), além de parecer debelada, ainda não ensejara a institucionalização e generalização da correção monetária, que viria a ser consagrada posteriormente.

33. Na realidade, o próprio Decreto-lei nº 185, dentro dos limites em que rompia o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, poderia ter sido considerado como inconstitucional por contrariar o art. 167 anteriormente transcrito. Na realidade, o constituinte pretendia, como vimos, manter uma relação de proporcionalidade entre deveres e obrigações, garantindo um lucro previamente calculado e estabelecido, que deveria ser expresso em moeda constante, sob pena de fraude ao princípio constitucional. Assim sendo, a restrição pareceu discutível desde os seus inícios.

34. Surgiu, na ocasião, outra restrição ao reajustamento, contida no Decreto federal nº 60.706, que não aplicava a fórmula no caso de reajustamentos superiores a 35%, tendo o referido decreto sido considerado, na ocasião, inconstitucional pela doutrina, o que ensejou a sua revogação.

35. Mesmo considerada válida a fórmula do Decreto-lei nº 185, reconheceu-se o caráter excepcional e extravagante do indexador de 90%, considerando-o como verdadeira norma de direito singular, pois tanto a Constituição como os princípios gerais do direito não admitem o ressarcimento parcial dos prejuízos ou das variações contratuais, devendo a correção, no caso de inflação, ser plena, ressalvadas as hipóteses de financiamento incentivadas, que têm natureza especial.

36. Diante dessa peculiaridade da natureza do indexador, a doutrina admitiu que o multiplicador 0,90 só deveria ser aplicado na vigência do contrato, dentro do prazo inicialmente previsto, e em relação às obras inicialmente contratadas. *A contrario sensu*, nas prorrogações, sem culpa do empreiteiro ou prestador de serviços, e nas obras ou serviços não incluídos inicialmente no contrato, a fórmula deveria ser aplicada sem redutor, ou seja, com a correção plena de 100%, em vez de 90%.

37. Hely Lopes Meirelles reconheceu a este respeito que:

"Em conclusão, é forçoso reconhecer que o reajustamento, nos termos do Decreto-lei nº 185 (e de todas as normas locais que tomaram a federal por paradigma), não se presta à manutenção do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, consubstanciando mero paliativo, em face de sua tríplice defasagem: *na substância*, pela indexação dos índices oficiais à realidade da conjuntura econômica; *no tempo*, pela inexistência de simultaneidade entre o valor encontrado e o realmente pago, em razão da referida redução de 10% (...)" (*Pareceres de direito público*. v. 3, p. 279).

38. O mesmo autor considera, em outro parecer, "esdrúxulo o fator 0,90", para salientar que:

"Conseqüentemente, e considerando que, como demonstramos na resposta ao primeiro quesito, a sua finalidade precípua é a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, *direito de todos* quantos contratam com o Poder Público, *o Decreto-lei nº 185/67 deve ser sempre interpretado a favor e não contra o contratado*" (*Pareceres de direito público*. v. 6, p. 113-4).

39. Partindo dessas premissas, podemos fazer a distinção entre a revisão ordinária, baseada no art. 6º do Decreto-lei nº 185, que se aplica no prazo contratual, incidindo o redutor 0,90, e a revisão extraordinária, que se aplica após o término do prazo inicial previsto pelo contrato, não mais incidindo o redutor. (Meirelles, Hely Lopes *Pareceres*. v. 3, p. 286).

40. Por outro lado, o Decreto-lei nº 2.037, de 28.6.83, aumentou o multiplicador de 90% e o Decreto nº 92.042 vinculou o reajustamento à aplicação dos índices pactuados sem qualquer redução, ou seja, na base de 100%.

41. Entendemos que, embora o Decreto-lei nº 2.037 se refira aos contratos assinados a partir de sua vigência, ambas as disposições entram em vigor na data neles prevista, alcançando os contratos em curso, pelo fato de mitigar o primeiro e eliminar o segundo, restrição inconstitucional e não-eqüitativa, impondo-se a nova norma de ordem pública, inclusive, em relação aos contratos em curso, quando não fere direito adquirido das partes, como é o caso. Trata-se, aliás, de aplicação do princípio constitucional da insonomia, que assegura a igualdade de tratamento de todos os contratados (art. 151, § 1º, da Constituição Federal).

42. Na realidade, a nova norma impõe um novo regime de direito público, que as pessoas jurídicas de direito público e as empresas públicas e sociedades de economia mista devem respeitar e aplicar imediatamente.

43. Concluímos assim, numa interpretação construtiva e sistemática das normas aplicáveis no caso, que:

a) no contrato de *27.7.82*, o Decreto-lei nº 185 incidiu a partir do início de sua

vigência, até *28.6.83*, data da qual passou a vigir a fórmula prevista no Decreto-lei nº 2.037. (Numa interpretação restritiva e literal do Decreto-lei nº 2.037, que não nos parece a melhor, o multiplicador 0,90 aplicar-se-ia até o final do prazo contratual, ou seja, até julho de 1985.)

b) no mesmo contrato que previa uma duração de 36 meses (capítulo IX do edital, cláusula 14 do contrato), a fórmula do Decreto-lei nº 185 passou a incidir sem o multiplicador (de 0,95), a partir do decurso do mencionado prazo (*julho* 85);

c) no contrato de 2.12.86, a fórmula de reajustamento deve ser usada sem qualquer redutor, aplicando-se o Decreto nº 94.042, de 18.2.87, com a redação que lhe deu o art 1º do Decreto nº 94.233, de 15.4.87, publicado no *Diário Oficial* de 21.4.87.

III

DO CONGELAMENTO DE PREÇOS E DE SEUS EFEITOS

44. Ao contrário do que entendeu grande parte da Administração Federal direta e indireta, os contratos de empreitada pública não tiveram os seus preços congelados em 28.2.86, por constituírem "divisas de valor".

45. É manso e pacífico que o Decreto-lei nº 2.284, na sua redação original, não se aplicava aos contratos de média e longa duração, como são os de obras e serviços públicos, que não se caracterizam como "obrigações pecuniárias".

46. O art. 7º se destina a vedar contratos com *correção monetária* a partir da data da vigência do novo decreto-lei nos seguintes termos:

"Art. 7º A partir da vigência deste decreto-lei, é vedada, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste monetário nos contratos de prazos inferiores a 1 (um) ano. As obrigações e contratos por prazo igual ou superior a 12 (doze) meses poderão ter cláusula de reajuste, se vinculada a OTN em cruzados."

47. A este artigo foi dada nova redação pelo Decreto-lei nº 2.288, de 23.7.86:

"Art. 18 O art. 7º do Decreto-lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, passa a ter a seguinte redação:

'A partir da vigência deste decreto-lei, é vedada, sob pena de nulidade, *cláusula de reajuste monetário*. As obrigações e contratos por prazo igual ou superior a 12 meses poderão ter cláusulas de *reajuste* se *vinculada a índices setoriais de custos e pela variação da Obrigação do Tesouro Nacional (OTN)*'."

48. Como se vê, a proibição sofreu limites na sua área de incidência e no tempo. Na área de incidência, pois, *veda tão-somente "a cláusula de reajuste monetário"*, não afetando, evidentemente, nem a correção cambial, nem as cláusulas de composição ou recomposição de preços, mediante o uso de fórmulas contendo índices setoriais, que se aplicam às dívidas de valor.

49. Por outro lado, esclareceu que os contratos por prazo igual ou superior a um ano poderão ter cláusulas de reajuste vinculadas a índices setoriais e pela variação da OTN, usando-se, naquelas, a *cláusula-índice* e, nestas, o reajuste monetário.

50. Ficou, pois, proibido contratar por prazo inferior a um ano, com cláusula de reajuste monetário, e permitido contratar, por prazo igual ou superior, adotando como unidade de conta tanto a OTN como os índices setoriais.

51. *Não consta do decreto-lei a proibição de contratar reajuste de acordo com os índices setoriais mesmo nos contratos por prazo inferior a um ano,* embora o legislador tenha feito a distinção entre *cláusula-índice* e coreção monetária.

52. Tratando-se de norma proibitiva, não deve a mesma ser interpretada ampliadamente, tanto mais que, de acordo com a Constituição, a obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa tem de decorrer de lei (art. 153, § 2º, da Emenda Constitucional nº 1) e que o princípio básico, no campo contratual, é o da liberdade plena, abrangendo a faculdade de contratar e de não contratar, e ainda a de fixar livremente as cláusulas e condições contratuais, quando inexiste norma legal expressa em contrário.

53. O art. 8º trata exclusivamente das "obrigações de pagamento expressas em cruzeiros sem cláusula de correção monetária ou com cláusula de correção monetária prefixada", hipótese que evidentemente difere da prevista nos contratos de que trata o presente parecer, nos quais existe preço determinável com cláusula-índice.

54. Finalmente, o art. 9º do Decreto-lei nº 2.284/86 tem a seguinte redação:

"Art. 9º *As obrigações pecuniárias* anteriores a 28 de fevereiro de 1986 e expressas em cruzeiros, *com cláusula de correção monetária,* serão naquela data reajustadas 'pro rata', nas bases pactuadas e em seguida convertidas em cruzados na forma do § 1º do art. 1º."

55. Como vimos, também esta norma não se aplica à situação prevista na consulta, pois as obrigações decorrentes do contrato da Barragem de Flores, de 23.4.82, e seus aditivos são, na realidade, *obrigações ou débitos de valor* e não *obrigações pecuniárias* ou de dinheiro, tanto *ex vi legis,* em virtude do princípio do respeito à equação contratual, como em virtude das próprias cláusulas dos respectivos instrumentos convencionais, que prevêem um preço determinável de acordo com a fórmula específica do Decreto-lei nº 185 e, ainda, por determinação do art. 2º da Lei nº 6.423, de 17.6.77.

56. Por outro lado, a hipótese dos contratos que ora se discutem não é de *correção monetária,* mas sim de cálculo de insumos, razão pela qual também não se aplica o art. 9º do Decreto-lei nº 2.284/86.

57. A distinção entre as duas situações não é mera criação intelectual ou doutrinária, mas deflui da própria legislação e, em particular, da Lei nº 6.423/77, que, no seu art. 1º, tratou da correção monetária aplicável às *obrigações pecuniárias* e, no art. 2º, definiu a situação jurídica dos contratos nos quais a empresa se obriga "a vender bens para entrega futura ou a prestar ou fornecer serviços a serem produzidos", caso em que esclareceu a lei: *"(o) preço poderá reajustar-se em função do custo de produção ou da variação no preço de insumos utilizados"* (art. 2º da Lei nº 6.423/77).

58. Em outros artigos, o decreto-lei tratou explicitamente de outras relações jurídicas, como os salários e aposentadorias (arts. 19 a 21), os aluguéis residenciais e as mensalidades escolares (art. 10), as cadernetas de poupança e o fundo de garantia por tempo de serviço, e PIS/Pasep (art. 12 do Decreto-lei nº 2.284/86).

59. Examinando, assim, a legislação contida nos decretos-leis, que se equiparam às leis em sentido formal, concluímos que o legislador tratou tão-somente das *dívidas pecuniárias* sujeitas ou não à correção monetária e de outras situações específicas às quais se referiu expressamente, como foi o caso dos salários, aluguéis residenciais e mensalidades escolares.

60. O legislador não cogitou de qualquer modificação no tocante à correção cambial, que continua obedecendo ao sistema anterior, e ao preço determinável dos contratos administrativos sujeito ao sistema do Decreto-lei nº 2.037/83, de acordo com fórmulas especiais, que se aplicam tanto à construção de obras públicas, pelos empreiteiros, como às encomendas de bem de capital, feitas aos fabricantes e fornecedores das empresas estatais, atendidas as particularidades de cada contrato.

61. Essa analogia entre a correção cambial e os preços dos contratos administrativos, ambos excluídos da regulamentação da Reforma Monetária, se explica pelas suas peculiaridades e por constituírem direito especial, não modificado pela lei geral posterior. São verdadeiras dívidas de valor, que se distinguem das obrigações pecuniárias.

62. Na realidade, a nova legislação afetou tão somente o sistema da correção monetária que, em virtude da legislação anterior, tinha passado a estar vinculado, exclusivamente, à ORTN (art. 1º da Lei nº 6.423/77). Este sistema que dominou a nossa economia é que foi modificado, revogando-se o art. 1º da Lei nº 2.423, para proibir a correção de acordo com a diminuição do poder aquisitivo da moeda, nos contratos dos quais fossem oriundos *débi-*

tos pecuniários. Não foram afetados, pela nova lei, nem a correção cambial, nem os demais índices permitidos pelo art. 2º da Lei nº 6.423, pois, na palavra do Presidente Sarney, extinguiu-se "a correção monetária generalizada" (*Conjuntura Econômica,* 40) (3): (17 mar. 1986) e tão-somente ela.

63. Suscitadas dúvidas quanto à revogação do Decreto-lei nº 857, de 11.9.69, e dos diplomas posteriores que tratam da correção cambial (Resolução nº 63 e seguintes), o Banco Central esclareceu adequadamente, na sua Circular nº 1.032, de 21.5.86:

"A Diretoria do Banco Central do Brasil esclarece que *o disposto no art. 7º do Decreto-lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, não se aplica às operações de repasse de recursos externos, amparadas pela Resolução nº 63,* de 21 de agosto de 1967, *nem às operações de arrendamento mercantil de que trata a Resolução nº 980,* de 13 de dezembro de 1984, *com cláusula de paridade cambial.*

2. Permanece *facultada a transferência às arrendatárias da responsabilidade pela paridade cambial,* nos termos do art. 38 do Regulamento anexo à mencionada Resolução nº 980/84."

64. O mesmo raciocínio se aplica necessariamente aos contratos administrativos e aqueles, regidos pelo art. 2º da Lei nº 6.423/77, pois, em ambos, não incidia a "correção monetária generalizada".

65. É verdade que, posteriormente, houve uma regulamentação dos decretos-leis, abrangendo matérias neles previstas e outras das quais não cogitaram. Enquanto não há dúvida quanto à legitimidade formal do Decreto nº 92.590, que regulamentou as mensalidades de estabelecimentos de ensino, o mesmo não acontece com o Decreto nº 92.592, especialmente quando trata dos contratos regulados pelo art. 2º da Lei nº 6.423/77.

66. Neste sentido, cabe examinar mais detidamente o art. 7º e seu § 3º do Decreto nº 92.592, que têm a seguinte redação:

"Art. 7º *Nos contratos celebrados anteriormente a 28 de fevereiro de 1986,* e que não se refiram a saldos devedores regulados pelos artigos 1º e 3º deste decreto, tais como os de prestação de serviços em geral ou de locação de prédios urbanos não-residenciais, ou de arrendamento de prédio rústico não-residencial, ou de locação de coisas móveis, bem como os valores exigíveis em decorrência de autorização, permissão ou concessão de uso ou de direito real de uso, e *que tenham bases pactuadas com correção monetária pela variação do IPCA ou da ORTN,* terão seus valores em cruzeiros atualizados *pro rata tempore* e serão convertidos em cruzados obedecendo o seguinte procedimento: (...)

§ 3º A atualização *pro rata tempore* e *a conversão dos valores de contratos, com correção monetária pactuada pela variação de outros índices, e dos contratos regulados pelo art. 2º da Lei nº 6.423, de 17 de junho de 1977,* ficam submetidas aos procedimentos de cálculos a serem baixados pelo Ministro da Fazenda."

67. Devemos salientar que, no decreto assinado em 25.4.86, ou seja, mais de 40 dias após a entrada em vigor do Decreto-lei nº 2.284, o legislador reconhece que ainda está em vigor o art. 2º da Lei nº 6.423/77, tanto assim que se refere expressamente aos "contratos regulados pelo art. 2º da Lei nº 6.423".

68. Não utilizou o verbo no passado ("que eram regulados"), mas admitiu que, depois da vigência do Decreto-lei nº 2.284, continuavam os mencionados contratos vinculados ao art. 2º, cuja vigência, assim, reconheceu de modo expresso.

69. Por outro lado, de acordo com a nossa tese, que distingue os contratos da consulente dos contratos com correção monetária, o decreto admitiu que pretendia incidir sobre duas espécies de instrumentos distintos:

a) os contratos com correção monetária e os pactuados pela variação de outros índices (obrigações pecuniárias);

b) os contratos regulados pelo art. 2º da Lei nº 6.423/77 (que não se confundem com os contratos com correção monetária, pactuada seja de acordo com a variação da ORTN, seja de acordo com a variação

de outros índices referidos na letra *a*, pois envolvem as dívidas de valor).

70. Como vimos, não havia no Decreto-lei nº 2.284 qualquer referência a esses contratos (regidos pelo art. 2º da Lei nº 6.423/77), que somente foram referidos no Decreto-lei nº 2.288, com a finalidade ex-exclusiva de *explicitar que, no futuro, poderiam os contratos por mais de um ano utilizar não só a OTN, mas, também, os índices setoriais, sem vedar a utilização de tais índices em contratos de menos de um ano*, o que, aliás, é despiciendo para o caso da presente consulta.

71. Quanto à fixação do índice para a conversão, deflator e outras medidas, não cogitara o Decreto-lei nº 2.284/86 da situação desses contratos, por se tratar, como vimos, de matéria regida por direito especial, do mesmo modo que os contratos internacionais e os seus repasses internos, que utilizavam a correção cambial.

72. Em nenhum momento, o Decreto-lei nº 2.284 ou as normas posteriores derrogaram o art. 2º da Lei nº 6.423, cuja continuação de vigência passou a ser reconhecida expressamente pelo Poder Executivo, no Decreto nº 92.592, para o efeito de aplicar, aos contratos regidos pelo mencionado diploma legal, normas que limitam e reduzem substancialmente o seu alcance.

73. Tivemos, assim, um decreto que regula matéria (não abrangida no Decreto-lei nº 2.284/86) sujeita à incidência do art. 2º da Lei nº 6.423/77, modificando as regras estabelecidas neste último diploma legislativo, que — conforme reconhece o própria decreto — não foi atingido pela Reforma Monetária.

74. Basta, assim, a leitura do art. 7º, § 3º, do Decreto nº 92.592 para convencer-nos de que:

a) o art. 2º da Lei nº 6.423 continua em vigor, conforme reconhecido pelo próprio legislador;

b) pretendeu-se modificar os critérios da lei, por um decreto que deu competência ao ministro para alterar os critérios legais, mediante simples portaria.

75. O art. 2º da Lei nº 6.423/77 garantiu a utilização de índices específicos nos contratos de fabricação de coisa futura e o Decreto nº 92.592 determinou a atualização *pro rata tempore* e a conversão dos valores de acordo com procedimentos a serem baixados pelo Ministério da Fazenda. Assim determinado, o decreto revogou parcialmente a lei, que ficou dependente, para a sua aplicação, de decisão ministerial que ela (lei) jamais previu, nem admitiu.

76. É incontestável que a lei anterior somente se revoga ou derroga por lei posterior e que a lei geral não revoga a lei especial (art. 2º da Lei de Introdução). No caso, o Decreto-lei nº 2.284 não revogou o art. 2º da Lei nº 6.423, que o Decreto nº 92.592, reconhece estar em vigor. Por outro lado, o decreto e a portaria ministerial não podem, evidentemente, revogar a lei, no todo ou em parte, ou reduzir os seus efeitos, retirando o seu conteúdo econômico, mediante limitações legalmente não previstas.

77. Por mais autoridade que tenha o ministro, falta-lhe competência para, mediante portaria ministerial, revogar lei formalmente aprovada pelo Congresso Nacional, razão pela qual é inconstitucional e nula de pleno direito a Portaria nº 238, que invoca o art. 7º, § 3º, do Decreto nº 92.592 e o art. 9º do Decreto-lei nº 2.284 com seus fundamentos legais, quando o próprio presidente da República, no artigo acima mencionado do decreto, reconheceu a continuação da vigência do art. 2º da Lei nº 6.423/77.

78. Pelo exposto, a aplicação do decreto e da portaria não pode prevalecer por ferir:

a) o princípio do respeito ao direito adquirido (art. 153, § 3º, da Constituição Federal), conforme interpretação que lhe foi dada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula nº 65 da sua jurisprudência predominante;

b) o princípio do respeito à equação contratual com base no art. 167 da Constituição Federal, aplicável, no entendimento da doutrina e jurisprudência, a todos os contratos administrativos, inclusive aos firmados com entidades da administração indireta;

c) o início da imutabilidade dos contratos e atos jurídicos perfeitos (art. 153, § 3º, da Emenda Constitucional nº 1), especialmente quando a mudança decorre de decreto e portaria, que pretendem modificar regime estabelecido por lei não revogada (art. 2º da Lei nº 6.423), mesmo aplicando-se a efeitos futuros de contratos celebrados na vigência da lei anterior;

d) o princípio da hierarquia das leis, quando a administração indireta faz prevalecer o decreto e a portaria sobre um texto legal formal (Lei nº 6.423/77);

e) o princípio de acordo com o qual ninguém é obrigado a fazer, ou deixar de fazer, alguma coisa, senão em virtude de lei (art. 153, § 2º);

f) a garantia do direito de propriedade (art. 153, § 22) e a vedação de desapropriação sem prévia e justa indenização em dinheiro (art. 153, § 22) pelo fato de se expropriar parte de um crédito de particular contra entidade da administração, sem o pagamento de justa e prévia compensação, sob a forma de desapropriação indireta que, com a devida vênia, é totalmente incabível.

79. Acresce que não se aplica aos contratos de obras e serviços públicos o art. 35 do Decreto-lei nº 2.284/86, que se limitou a congelar os preços de bens de consumo, que não se confundem, evidentemente, com os preços contratuais.

80. Assim sendo, a doutrina tem entendido que:

a) nunca houve interrupção da vigência das cláusulas de reajustamento de acordo com os índices setoriais ou outros adotados em contratos de fornecimento de obras e serviços;

b) e, assim sendo, não havia necessidade de decreto para restabelecer as cláusulas contratuais que deviam ter sido mantidas e não podiam ser alteradas, por constituírem direito das partes;

c) o reajustamento pode ser exigido de acordo com os critérios contratuais, se for do interesse do empreiteiro;

d) em relação aos contratos anteriores a 1.3.86, o reajustamento não se limitará, necessariamente, à variação ocorrida desde março de 1986, podendo atender ao disposto "nas bases pactuadas", ou seja, calculando-se o seu valor de acordo com as fórmulas contratuais;

e) o reajustamento, embora previsto pelo Decreto nº 94.233 como somente devendo incidir a partir de 24.11.86, pode e deve abranger todo o período anterior.

81. Essas conclusões emanam e defluem do disposto na Constituição e no próprio Decreto-lei nº 2.300, especialmente no seu art. 55, que assegura o equilíbrio financeiro ao qual já aludimos na primeira parte do parecer.

82. Neste sentido, manifestou-se recentemente em parecer o Prof. Hely Lopes Meirelles, que afirmou a este respeito:

"Resta esclarecer o procedimento a ser adotado para a retomada dos reajustamentos, nos contratos onde, por disposição legal (suspensão introduzida pelo art. 5º do Decreto-lei nº 2.289/86) ou interpretações equívocas de boa parte dos órgãos públicos contratantes de obras (que entenderam suspender a cláusula de reajustamento contratual de preços a partir de 28 de fevereiro de 1986, por estar ela proibida com a vigência do Decreto-lei nº 2.284/86), foi suspenso o reajustamento de preços.

Para tanto, torna-se obrigatório o atendimento às condições contratuais — índice pactuado, periodicametne, do reajuste e defasagem prevista entre o mês do índice do reajuste e o da execução dos serviços a serem reajustados —, para que não haja a valoração da equação econômico-financeira inicial."

83. Concluiu o professor paulista que é um dos autores do projeto que se transformou no Decreto-lei nº 2.300:

"Diante do exposto, é forçoso concluir que a não-observância de todas as condições inicialmente previstas para o reajustamento dos preços contratuais provocará o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, o que deverá ser restabelecido, nos exatos termos do art. 55, inciso II, alínea *d*, do Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86.

O procedimento a ser adotado, quando da retomada do reajustamento contratual de preços, é a utilização do índice que configure a variação ocorrida entre o último reajuste e a data em que o mesmo estiver sendo retomado, sempre se considerando a defasagem contratualmente prevista."

IV

CONCLUSÕES

84. Pelo exposto, respondendo à consulta que nos foi formulada, podemos afirmar o seguinte:

a) No contrato de 27.7.82,

a.1) o indexador será de 10% no período de 27.7.82 a 28.6.83, aplicando-se ao contrato e ao aditivo nº 1 (fórmula do Decreto-lei nº 185);

a.2) o indexador será de 5% a partir de 20.6.83 até o fim do prazo previsto para o contrato (julho de 1985 (fórmula anterior modificada pelo Decreto-lei nº 2.037);

a.3) a partir de julho de 1985, o reajustamento de acordo com a fórmula prevista será pleno, correspondendo a 100%.

b) No contrato de 2.12.86, não haverá aplicação de indexador, sendo a correção integral, de acordo com a fórmula (100%), desde o início de sua vigência.

8. Quanto ao reajustamento, obedecerá às bases pactuadas contratualmente, como se toda a legislação de congelamento não tivesse ocorrido, abrangendo a totalidade do prazo que fluiu a partir do último reajustamento, pois, como vimos, a legislação de fevereiro de 1986 não afetou os contratos de obras e serviços públicos, e os eventuais diplomas que puderam fazê-lo violaram o princípio constitucional e legal do respeito ao equilíbrio financeiro do contrato.

86. Há, assim, no plano jurídico, amparo legal para impugnar a regulamentação federal que limitou a aplicação do princípio do equilíbrio financeiro e desatendeu ao respeito dos direitos adquiridos.

87. Por outro lado, de qualquer modo, as partes podem negociar as soluções que lhes pareçam as mais adequadas, interpretando as salvaguardas do equilíbrio financeiro diante do conjunto de circunstâncias existentes em cada caso, utilizando, para este fim, as variações da OTN, da LBC e do IPC, numa negociação construtiva, na qual podem fazer concessões mútuas, se isso for do seu interesse.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 8 de maio de 1987. — *Arnoldo Wald*, Advogado e Professor catedrático de direito civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

