CONTRATO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – EMPREITADA

— Direito do empreiteiro à correção monetária e juros moratórios em razão da demora no pagamento de faturas de serviço, em face do princípio da equivalência das prestações.

PARECER

I

A CONSULTA

1. A empresa estatal Eletro "Y" (dona da obra) celebrou, em 18.9.77, com o Consórcio "X" (consórcio empreiteiro – contratado) um contrato para a execução, sob regime de empreitada por preços unitários, de todos os serviços e obras necessários à construção das linhas de transmissão do sistema associado à usina hidrelétrica de T, bem como para fornecimento parcial de materiais para execução dos referidos serviços e obras

2. A execução do contrato devia obedecer aos termos do seu instrumento e de outros documentos mais, integrantes da Licitação DT-TUC-02/77. O prazo para a execução da empreitada iniciou-se no mesmo dia 18.9.77 e deveria terminar em 28.2.82, mas foi prorrogado duas vezes, conforme Termos Aditivos nºs DT-TUC-062-A/79 e DT-TUC-062-B/81.

3. De fato, em 9.11.79, as partes assinaram o Termo Aditivo nº 062-A/79 para o fim de incluir, no Anexo I da licitação acima referida, outras empresas fornecedoras de materiais; assinaram também, em 19.8.81, novo termo em que alteraram quantidades, preços e modificaram cláusulas, prorrogaram prazos e incluíram cláusula de reajuste de serviços adicionais (062-B/81).

4. Todavia, em 22.3.84, as partes, dona da obra e empreiteiro, assinaram instrumento em que "resolvem" o Contrato DT-TUC-062/77 e seus termos aditivos, de 1978, nas condições ali especificadas, ou seja, excluindo das obrigações do *empreiteiro* certos fornecimentos e trabalhos, mas mantendo ainda o fornecimento de materiais e a execução de serviços e obras como solicitados e autorizados até 4.3.84.

5. Durante o prazo de vigência da empreitada, bem como após o "resolução" de 22.3.84, o consórcio empreiteiro sofreu nos materiais fornecidos e serviços executados comprovado *prejuízo*, não só em virtude da disparada da inflação, cuja elevação ficou acima das fórmulas de reajuste acordadas entre as partes contratantes, como ainda em razão de a dona da obra jamais ter pago as faturas, *opportuno tempore*, atraso que por si só causou considerável *prejuízo* ao consórcio empreiteiro.

6. Diante disso, indaga-se:

a) o consórcio empreiteiro, já tendo recebido as faturas, mas não tendo ainda assinado o "termo final de entrega", pode ou não pedir o reajuste dos preços?;

b) o consórcio empreiteiro, pela perda sofrida com os pagamentos atrasados, pode, ou não, reclamar da dona da obra a correção monetária, ocorrida entre as datas estipuladas para pagamento das faturas e a data em que o pagamento se efetivou?

II

O CONTRATO E SEUS TERMOS ADITIVOS

7. O contrato, como se viu, foi celebrado entre a Eletro "Y", empresa pública, e um consórcio empreiteiro, formado de duas empresas privadas.

8. A Eletro "Y" foi autorizada a funcionar como empresa de energia elétrica pelo Decreto nº 72.548/73, sob a forma de sociedade anônima por ações, mas pertence inequivocamente à administração indireta da União (Decreto-lei nº 200, art. 4º, inc. II, *c* combinado com o Decreto-lei nº 900, art. 5º, de 1969).

9. Assim, a primeira questão que se apresenta é a de saber se o contrato celebrado entre a Eletro "Y" e o consórcio empreiteiro é contrato comum de empreitada ou contrato administrativo de empreitada?

10. No contrato entre a Eletro "Y" e o consórcio empreiteiro, ficou estipulado que a sua execução far-se-ia de acordo com a Licitação DT-TUC-062/77 e demais documentos integrantes desta a saber:

a) condições básicas contratuais e seus anexos I a XII;

b) condições para a execução dos serviços, obras e fornecimentos;

c) instruções aos proponentes;

d) proposta;

e) Termos Aditivos DT-TUC-062 A/79 e B/81.

11. A leitura desses papéis indica que o contrato visa à construção de linhas de transmissão, desdobrando-se em partes distintas:

a) prestação de serviços e fornecimento parcial de materiais;

b) prestação de serviços apenas;

c) prestação de serviços sob o regime de administração contratada (cf. Normas e especificações da licitação; cláusula I.2. – Licitação; cláusula 5. – Condições para execução dos serviços, obras e fornecimentos; e cláusula 5.1.7. – Serviços adicionais e fornecimento de materiais).

12. Quando à matéria de *preços*, a contratação também tripartiu-se:

a) preços unitários para serviços e materiais;

b) preços unitários para serviços apenas;

c) preços de custos acrescidos de percentual de administração (cf. Normas e especificações da licitação, cláusula 1.2., segundo e terceiro períodos c/c propostas 3.1., *d* e 5.1.7).

13. Embora alguns preços unitários houvessem sido estabelecidos e considerados válidos "para efeito da contratação", acordou-se que seriam *reajustados*, de acordo com fórmula preestabelecida (cláusula 5.2.).

14. No tocante ao *pagamento*, acordou-se que este deveria ser feito até 27 dias após a apresentação dos serviços e materiais, já medidos, ou seja, a Eletro "Y", ao receber as faturas, teria 20 dias para conferir a medição e mais sete dias para pagar (cf. cláusula 5.3.7., *b*).

15. Finalmente, encontramos, ainda, no contrato condições impostas por parte da dona da obra, as quais são modernamente conhecidas como *cláusulas exorbitantes*, em que o poder de vontade daquela *predomina* sobre o empreiteiro. No caso, podemos apontar:

a) faculdade da dona da obra de modificar o contrato (cláusula do contrato e Termo Aditivo nº 062-B/81);

b) faculdade da dona da obra de indicar fornecedores (Termo Aditivo nº DT-TUC-062-A/79);

c) faculdade de baixar ordens e instruções de serviços, e serem obedecidos pelo empreiteiro (cláusula 5.1.7.);

d) faculdade de a dona da obra, *unilateralmente*, fazer descontos em licitações (cláusula 5.1.4.);

e) faculdade de a dona da obra prever rigorosas formas de fiscalização (cláusula 7.5. – Fiscalização, recepção e aceitação da obra);

f) exigência unilateral de multas, em detrimento do empreiteiro (cláusulas 7.2.1. e 7.2.3.);

g) faculdade de a dona da obra resolver e/ou resilir unilateralmente o contrato (cf. cláusulas 7.3.1. e 7.6.);

h) faculdade de a dona da obra, *unilateralmente*, penalizar o empreiteiro (cláusula 5.2.7).

16. Isso posto, conclui-se que, no presente caso, o contrato celebrado entre a dona da obra e o empreiteiro é, sem sombra de dúvida, um *contrato administrativo*.

17. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles assim preleciona: "Contrato administrativo é todo aquele que a administração pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a realização de serviço, execução de obra ou obtenção de qualquer outra prestação de interesse público, nas condições estabelecidas pela administração" (Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, Revista dos Tribunais, 1964, p. 234).

18 Esse ensinamento é corroborado e desenvido pela teoria moderna, que caracteriza o contrato administrativo pelo preenchimento dos seguintes requisitos:

a) *uma das partes* contratantes deve integrar a administração pública;

b) o contrato deve conter as denominadas *"cláusulas exorbitantes"*, que impõem a supremacia da entidade da administração, teoria essa que prescinde do requisito da *finalidade*, que deve ser o interesse público (Meirelles, Hely Lopes. apud Wald, Arnoldo. In *Revista de Direito Público, 73:* 315).

19. Como bem explica Hely Lopes Meirelles: "Não é, portanto, o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público que caracterizam o *contrato administrativo*, pois o *objeto é normalmente idêntico ao do direito privado*. Obra, serviço, compra, alienação, locação e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da administração, sejam públicos ou privados, como pressupostos necessários de toda atuação administrativa, mas *sim a participação da administração, derrogando normas de direito privado* e agindo *"publicae utilitatis causa" sob a égide do direito público."* (Meirelles, Hely Lopes. apud Wald, Arnoldo. In: loc.cit.)

No mesmo sentido, Arnoldo Wald, no excelente artigo anteriormente citado, invoca ainda o

testemunho de Gaston Jèze (*Les contracts administratifs*, 1927. p. 14 e segs..); André de Laubadère (*Contracts administratifs*. Paris, 1956. v. 1, p. 85); Caio Tácito (*Direito administrativo*. Saraiva, 1975, p. 292) e José Cretella Jr. (*Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1967, v. 3, p. 18).

20. Outros brilhantes doutrinadores assumem a mesma posição: José Martins Catarino (Contrato de trabalho com pessoas jurídicas de direito público. *Revista Forense, 248:* 442 e segs.) e Marcelo Caetano (*Manual de direito administrativo*, Forense, 1976. v. 1, p. 519) havendo o Prof. Afranio de Carvalho, com o poder de síntese que o distingue, permitido chegar à mesma conclusão ao assinalar a diferença entre o direito público e o direito privado: "Em suma, o fim primário do direito público é a proteção de interesse coletivo, e o do direito privado é a proteção do direito individual. Dada a interpenetração de interesses, cada um deles, ao perseguir o seu fim preferencial, também atende secundariamente ao fim do outro. *Só a ordem de prelação dos fins*, ou o *predomínio* de um ou outro dos interesses é que os distingue." (Carvalho, Afranio de. *Inst. de direito privado*, 3. ed. Forense, 1980. p. 4)

21. Ora, como visto acima, uma das partes no contrato é entidade da administração pública indireta, e o contrato encerra inúmeras cláusulas nas quais *predominam* as vantagens para a administração ou o poder da vontade da administração (Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 191, apud Arnoldo Wald, op. cit.).

22. Conquanto a melhor e mais moderna doutrina dispense o requisito da *finalidade*, que deve ser de interesse público, no caso do contrato em estudo é ostensivo o interesse maior da coletividade, visto que se trata de implantação de linhas de transmissão de energia, destinadas a beneficiar social e economicamente grandes regiões do norte e do nordeste brasileiro.

23. Averiguada a natureza do contrato administrativo de empreitada, esta ficou tripartida em:

a) empreitada mista;

b) empreitada só de obra;

c) empreitada por administração.

24. O contrato de empreitada é aquele no qual uma das partes se obriga, por si e/ou com a colaboração de outros, a executar determinada obra: *locatio operis faciendi* (Código Civil, art. I.237). É contrato bilateral, consensual, oneroso e comutativo.

25. Essas características genéricas do contrato de empreitada, quando se trata de obra ou de serviço público, em que o interesse coletivo predomina, hão de manter-se, quaisquer que sejam as suas modalidades de aplicação, de sorte que estas não podem jamais, interferir na comutatividade contratual, quer dizer, na relação de equivalência, inerente às prestações das partes contratantes.

26. A característica da comutatividade, que de antemão deve ser conhecida pelas partes, impõe que a prestação *deve*, sempre, corresponder à contraprestação.

27. Ainda que não se exija a rigorosa igualdade de *valores*, estes devem ser aproximados, de tal forma que, ao final da execução contratual, as prestações das partes hajam mantido e preservado aquela *relação de equivalência* (Mario, Caio. *Obrigações*, v. 3, p. 60, nº 194).

28. Nessa conformidade, o dono da obra tem o *direito* de recebê-la, como contratada, e a *obrigação* de *pagar* a remuneração; o *empreiteiro* tem a *obrigação* de *fazê-la* e o *direito de receber a remuneração*.

29. Com referência à *execução*, a empreitada pode ser de execução única ou de execução continuada, sucessiva (contrato de duração). Nessa segunda espécie se enquadram os contratos cujas *prestações* são *divididas* no *tempo*, vale dizer, a obrigação é única, mas as suas prestações são divididas.

30. A empreitada em estudo ora é de *lavor*, ora *mista*, porquanto o consórcio empreiteiro para ela contribui ora só com serviços, ora com serviços e materiais (Código Civil, arts. 1.240 e 1.238, HGB art. 681, 2º período; CSO, art. 365, 1º e 2º períodos, etc.).

31. Com respeito a *valores*, os sistemas legais existentes em diversos países consagram e adotam as seguintes formas, para a fixação de valores e preços:

a) preço global (*per aversionem*);

b) por peça ou unidade de medida (*ad mensuram*);

c) custos e despesas (*cost plus*), e/ou combinações dessas formas numa mesma e única empreitada (França, Alemanha, Suiça, Argentina, EUA, etc.).

32. O preço global, *marché à forfait*, dos franceses, ou *at a fixed price*, dos norte-americanos, significa que o preço é estimado em cifra única e fixa, que não pode ser ultrapassada. (Planiol, *Droit civil* Tome 11ème, nº 1900; Código Civil Francês, art. 1.793; HGB, art. 632, 2º período; Código Civil Argentino, art. 1.633, 1º período; C. Suíço Obrig., art. 373, 1º período; Código Civil Italiano, art. 1.659, 3º período)

33. O preço *por peça* ou *unidade de medida, marché sur dévis*, ao contrário, significa simples *previsão estimativa*, ficando o preço *suscetível de variação*, podendo ser modificado em função de novos detalhes, trabalhos suplementares, aditamentos, imprevistos etc., conforme, aliás já elucida o vocábulo *dévis*. Note-se que nessa modalidade de empreitada o preço se estipula por peças ou unidades singulares. Logo, o *valor total* dependerá da aferição ou medida de serviços, trabalhos, materiais empregados, insumos aplicados, etc., o que só pode ser obtido *após a execução* e complementação dos serviços ou obra. (Código Civil Argentino art. 1.639; CSO, art. 374; Código Civil Francês, art. 1.791).

34. Convém esclarecer que, nas doutrinas francesa e belga o vocábulo *dévis* significa um plano particularizado dos trabalhos, com detalhes, materiais, qualidade e quantidade, a serem empregados na obra, com indicação estimativa de seus preços, sujeitos a "desvios" (*dévis*). *Dévis* corresponde ao *cottimo* dos italianos e ao *presupuesto* dos argentinos (Spota, Alberto G. *Tratado de locación de obra*. 2. ed. Buenos Ayres, de Palma. v. 1, p. 389-90; Código Civil Italiano, art. 1.659; Código Civil Argentino, art. 1.639; Código Civil Francês, art. 1.779, inc. III).

35. Dentro do sistema de unidade, na fixação do valor, cabe ainda outra distinção:

a) contrato por série de preços;
b) contrato por unidade de medida.

36. No contrato por "série de preços", a *quantidade* de serviços é meramente aproximativa, *não se podendo* fixá-la com precisão, em função de múltiplos fatores, tais como, por exemplo, em trabalhos de engenharia de obras, os de fundação, resistência de rochas, tipo do terreno, dias de sol e chuva, etc. Jèze destaca que, nessa modalidade, o contrato não determina de antemão a quantidade de unidades de trabalho a serem executados, o que se conhecerá somente ao *final da obra*. (Baudry-Lacantinerie e Wahl, *22* (3.863): 1.067; Jèze, G. apud Alberto Spota, op. cit. v. 2, p. 391).

37. Já no contrato por unidade de medida, a *quantidade* de serviços é determinada de maneira *firme:* fixa-se um preço unitário, o qual é multiplicado pelas unidades efetuadas, obtendo-se o preço total pela soma das quantidades resultantes.

38. Esse sistema de fixação de preço por unidade de medida ou preços unitários, a seu turno, pode ser também:

a) *com* determinação do total das unidades – unidade de medida;

b) *sem* determinação desse total – unidade simples.

39. Se o contrato, eventualmente, adotar o sistema de *unidade simples*, haverá, então, a *variação* não só de *preço total* como ainda das *quantidades*.

40. Por último, e como já mencionado, há ainda o sistema de *custos e despesas*, no qual se dá simples estimativa dos trabalhos, apurando-se, no final da obra, os valores de mão-de-obra e materiais empregados, conforme os *custos* nos respectivos dias, a que se *acrescentam* os *custos indiretos* (Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 5. ed. p. 250-1).

41. Essa digressão tornou-se necessária para melhor caracterizar, no contrato em estudo, a fixação do preço.

III
A FIXAÇÃO DO PREÇO

42. Como se esclareceu acima, a fixação do preço desmembrou-se em função da modalidade tripartida de empreitada:

a) global, com serviços e materiais;
b) serviços apenas;
c) empreitada por administração.

43. Nas duas primeiras modalidades, o contrato fixou *preços unitários*, por quantidades e medidas, conforme planilha que integra o acordo (Anexos e Adendos – Planilha de Preços, cláusula 5).

44. Advirta se, contudo, que esses preços unitários, tanto na empreitada mista, como na de serviços, foram preestabelecidos e considerados válidos, para todos os materiais e serviços e exclusivamente: "Para *efeito de contratação*, (. . .) tendo em vista que as quantidades indicadas no Anexo IV da tabela de preços *são estimadas, resultando preços totais e estimados.*" (Normas de especificações, cláusulas 5.1.2 e 5.1.3.)

45. Justamente porque os preços totais foram estimados, o contrato estabeleceu, como não podia deixar de ser, o *reajustamento dos preços*, que seria *feito mensalmente*, de acordo com fórmula preestabelecida. (cláusula 5.2.).

46. Por outro lado, nos trabalhos de empreitada por administração, que deveriam ser contratados mediante prévia emissão de autorização, os preços seriam os de custo, acrescidos de percentual da administração (*cost plus*).

47. Nesse ponto, cabe analisar se a expressão utilizada no contrato de preços por unidade de medida corresponde, ou não, aos conceitos doutrinários do referido sistema.

48. Tudo induz a pensar que não, visto que no sistema de empreitada, em que se acorda o preço por unidade de medida, tanto o *preço unitário* dos serviços e materiais, quanto as *quantidades* finais objetivadas, devem vir *previamente estabelecidos,* para o completo e anterior conhecimento das partes contratantes. Essa fixação é, portanto, certa e invariável.

49. Ora, no contrato em exame, embora na terminologia, a forma de expressão usada faça referência a:

– preços unitários (cláusula 5.1.2.);

– "preços firmes e válidos para a data e as condições da proposta" (cláusula 5.1.4.);

– "os preços estarão sujeitos somente aos reajustes previstos no item 5.2. destas normas" (cláusula 5.1.4.), na verdade não são firmes e menos ainda válidos, senão na data da proposta.

50. Efetivamente, preço *firme* é o real, sério, certo ou determinado pelas partes. Real porquanto deve *equivaler* a contraprestação; sério (*verum*) por ser estipulado pela parte com intenção de o exigir; certo ou determinado, por ser fixado sem possibilidade de variação. A par disso, o *preço* não pode ser *vil,* o que ocorre quanto há ostensiva disparidade entre a prestação cumprida e o reembolso inferior por ela obtido (Planiol, op. cit. v. 2, nº 1.374 e segs.; Bevilacqua, C. Código Civil, v. 4, art. 1.126).

51. Tanto vale dizer que a inexistência dessa firmeza, ou validez, no preço não permite que a empreitada em causa seja caracterizada como por sistema de unidade de medida, eis que nesta modalidade as *quantidades* são também previamente estimadas.

52. Como se vê, houve impropriedade de linguagem no contrato entre a Eletro "Y" e o consórcio empreiteiro, mas o que importa é a intenção das partes, translúcida no contexto contratual (Código Civil, art. 85).

53. Na verdade, os serviços e fornecimentos variaram em função de inúmeros fatores, tais como trabalhos de topografia, tipo de solo envolvido, variações pluviométricas, de calor, encontro de terrenos rochosos, etc. Essas ocorrências são naturais e freqüentes em trabalhos de fundação, desmatamento, limpeza de áreas, implantação de linhas de transmissão, etc.

54. Por conseguinte, os preços unitários *não eram firmes,* como dá a entender a terminologia contratual, mas *simples estimativas, dependentes de verificações e medições futuras.*

55. Ora, se o preço unitário básico, por quantidades ou medidas, é meramente *estimativo* e variável, e *não* preço *fixo,* nem firme, conclui-se que o preço global somente poderia ser obtido, ao final das obras, depois de medidas e quantificados materiais, serviços e produtos utilizados.

56. Aliás, essa medição é expressamente pactuada:

"5.3.7. – Pagamento dos serviços

a) O pagamento dos serviços será feito aos preços unitários da proposta *através medição mensal* dos serviços efetivamente realizados. (. . .)

5.3.8. – Pagamento dos materiais

a) Os materiais incluídos nas tabelas de preços (anexo IV) (. . .) *serão incluídos nas medições de serviços de construção e montagem* e pagos nos termos dos itens 5.3.1. a 5.3.7. *de acordo com as quantidades efetivamente atestadas nas respectivas medições.*"

57. Dessa maneira, se tanto o *preço básico, como as quantidades* totais, são meramente estimativos, forçoso é concluir que o sistema adotado no contrato entre a Eletro "Y" e o empreiteiro é o de:

a) estimativa de preços;

b) estimativa de quantidades, em que *os valores finais dependem de medições, de mensurações e aferições posteriores.*

58. Nestas condições, a despeito da sua enganadora terminologia, o contrato de empreitada, global e também só de serviços, é *por série de preços.*

59. Essa conclusão ressalta do conteúdo do contrato e da intenção das partes com tal evidência que se pode afirmar que o objeto da dívida, vale dizer, a prestação devida pela dona da obra, é uma incógnita cuja equação depende do fator *medição* ou *avaliação.*

60. Noutras palavras, o valor do preço unitário constitui mero índice, medida de valor, mas não o objeto da dívida em si.

61. Neste ponto, cabe advertir que as quantias totais, preços, valores finais dessa empreitada não estão sujeitas ao princípio nominal; constituem, isso sim, dívida de valor.

62. Eis a conceituação de Tulio Ascarelli: "Por conseguinte, o problema é diverso quando nos achamos não diante de um débito, mas diante do diverso problema de uma 'avaliação' em que a moeda é levada em conta, não como objeto de dívida, mas como medida de valor: nesta hipótese não é mais aplicável o princípio do valor nominal e não poderá este ser invocado para sustentar não serem equivalentes valores cuja diversidade assenta apenas na diversidade da expressão moedária deles, à vista da mudança do poder aquisitivo da moeda." (*Problemas das sociedades anônimas* e

direito comparado. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1969, p. 165 e segs.).

63. Nos dias atuais, a doutrina ensina que a dívida de dinheiro é aquela na qual o *próprio dinheiro* figura como seu objeto, ao passo que, na dívida de valor, o dinheiro interfere como pagamento de um valor, embora na variedade dos ensinamentos haja quem diga que: "esta distinção é cada vez mais discutível pois, afinal, os *valores* das coisas se *medem* em *dinheiro* e este é referência de valor (. . .)". (Souza, Washington Pelejo A. de. A correção monetária e o contrato. In: *A correção monetária no Brasil*. São Paulo, Saraiva 1983, p. 272) (grifo nosso).

64. Orlando Gomes, em magnífico estudo sobre o assunto, também conclui que a solidez do princípio nominal vem sendo abalada nas épocas da crise monetária e, ao discorrer sobre o conceito da dívida de valor (*Wertschulden*), traz à baila a classificação que Mugel faz delas:

a) créditos de reparação;
b) créditos de reembolso;
c) créditos de enriquecimento sem causa.

65. Ora, em matéria de empreitada, seja de fornecimento de materiais e serviços, seja apenas de serviços, o montante devido pela dona da obra ao empreiteiro enquadra-se, nitidamente, entre os *créditos de reembolso*.

66. De fato, o empreiteiro contrata os empregados, adquire o material, transporta a mercadoria, realiza os serviços, e, em grande parte, para isso adianta recursos, dispende valores e aplica seu capital de giro, vale dizer, financia em parte a obra. Logo, a remuneração devida ao empreiteiro tem, de fato e de direito, a natureza de reembolso, pois: "reembolsar. *Embolsar* de novo; indenizar (. . .)". (Holanda, Aurélio Buarque de. *Pequeno dicionário da língua portuguesa*. 9. ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira.) ou "reembolsar. Tomar uma quantia ao poder de quem a havia desembolsado (...); satisfazer pelo pagamento o que é devido " (Nunes, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*) e, no mesmo sentido, *reimburse*. To pay back; to make restoration, to repay the expended; to indemnify, or to make whole. (Los Angeles *versus* Frishie, 19, col. 2. ed. 634, 122 P 2d 526; Askay *versus* Maloney, 92 Or 566 179 p. 899, 901"; *Blacks law dictionary*, 4. ed., St. Paul Minn, West Publishing, 1951.).

67. É de primeira evidência que ao principal do reembolso se acrescenta, ainda, o *lucro* do empreiteiro, que é o prêmio natural da iniciativa privada, que não desnatura o crédito reembolsável, como, aliás, já foi julgado pelo STF: "Faturas referentes à realização de serviços e emprego de material em obra pública. *Natureza predominantemente reembolsável* da dívida. Correção monetária que se justifica em face das peculiaridades do caso" (Rec. Ext. nº 82.386-RJ. Relator, Min. Soares Muñoz Recorrente, Estado do Rio de Janeiro. Recorrida, Construtora Dias e Paz S.A. in *RTJ;* v. 84, p. 540).

68. No mesmo sentido, caracterizando ainda o crédito do empreiteiro como de natureza de reembolso, se apontam, entre outros, os seguintes julgados: – Apelação Cível nº 54.384-1, do Tribunal de Júri de São Paulo, in Jurisprudência Brasileira. Juruá, 1985, p. 191; Cível 1.502/82, Tribunal do Júri do Paraná, In Jurisprudência Brasileira, Juruá, 1985, p. 65, etc.

69. Pode-se armar, facilmente, o silogismo: se os créditos de reembolso são dívidas de valor, se o crédito do empreiteiro é de reembolso, logo o *crédito do empreiteiro* constitui *dívida de valor*.

70. Essa conceituação predeterminou, contratualmente, o *reajuste* mensal dos preços, a partir da data de apresentação da proposta, mas, infelizmente, o fator de reajuste não acompanhou o súbito, repentino e inesperado surto hiperinflacionário, agravado ainda mais, e principalmente, pela maxidesvalorização, a partir de fevereiro de 1983.

71. De passagem, cumpre indicar que a cláusula contratual de nº 5.2.7. determinou que os eventuais atrasos, no cronograma de execução de serviços e obras e fornecimento *não seriam considerados para fins de reajuste*.

72. No caso presente, esse atraso não ocorreu. Ao contrário, o consórcio empreiteiro ganhou prêmio pela antecipação na entrega da obra. Mas esse prêmio não alcançou o valor do prejuízo real, sofrido pelo consórcio empreiteiro, eis que a fórmula de reajuste contratual ficou defasada, em virtude da hiperinflação.

73. A exposição desse item já permite, então, tirar algumas conclusões:

a) o sistema adotado no contrato em exame é o de série por preços;

b) o sistema de série por preços, em que se apresentam valores estimativos, dependentes das medições, aferições, configura *dívida de valor;*

c) *a dívida de valor,* nas empreitadas globais e de lavor, tem natureza creditícia de *reembolso;*

d) as *dívidas de valor, de natureza de reembolso,* devem sofrer reajuste real e efetivo, para recompor o prejuízo incorrido.

74. Nesta altura, há uma pequena observação que, por ser de direito, deve ser feita. É que o princípio de dívida de valor não se aplica nas hipóteses contratuais nas quais houve *fixação de*

preço total para o fornecimento de materiais e bens com valor CIF-obra (Planilha, fornecimento de materiais 1.1.1, 1.1.2, por opção 2; 2.2.1; 3; 4; 5.5.1., opção 2.6.7.; 8; 9; 10; 11, etc.).

IV
OS PAGAMENTOS E O ATRASO

75. Os pagamentos eram feitos no seguinte modo: mensalmente, o empreiteiro realizava as medições de serviços e materiais, documentado no "boletim de medição". O dono da obra tinha, então, o prazo de 20 dias, contados do seu recebimento, para a conferência do boletim. Decorrido esse prazo, o dono da obra tinha ainda o prazo máximo de sete dias para, por escrito, autorizar o empreiteiro a emitir a *fatura* correspondente a serviços e/ou serviços e materiais (cláusula 5.3.7., *a* e *b*).

76. Nessas medições mensais, e junto com a última delas, deveria vir o "atestado de término dos serviços". Assim, e levada a cabo determinada etapa, a dona da obra teria ainda o prazo de 30 dias para processar o pagamento (cláusula 5.3.7., *c* combinada com a cláusula 5.3.2.).

77. Em suma, a dona da obra tinha como prazo contratual, para fazer pagamentos:

a) 57 dias, contados do recebimento do boletim de medição; ou

b) 30 dias contados da data de apresentação da fatura.

78. Tanto mais clamorosa é a injustiça que sofre o empreiteiro, a mais importante obrigação do dono da obra é a de fazer os pagamentos na época, tempo, lugar e forma convencionados no contrato (Código Civil, art. 955).

79. E não pode, nem deve, o dono da obra deixar de pagar na época convencionada, salvo se a receber com ressalvas, o que não aconteceu, na espécie em que *a dona da obra até premiou o consórcio empreiteiro.*

80. Há um fato que precisa ser posto em relevo pela importância que assume na relação contratual em exame, a saber, a dona da obra *não fez nenhum pagamento na época certa,* como contratado.

81. Esse descumprimento contratual, por parte da dona da obra, caracteriza a *mora debitoris,* ou *debitoris vel solvendi,* que sujeita o devedor da obrigação a responder pelos prejuízos a que a sua mora der causa (Código Civil, arts. 955, 956 c/c 1.058).

82. Como no contrato não foi estipulada a cláusula penal contra a dona da obra, os danos resultantes da mora *ex re,* do retardamento no pagamento, devem ser ressarcidos na forma da lei, vale dizer, segundo o disposto no Código Civil, arts 1.059-60, que impõem o ressarcimento completo, equivalente ao que foi perdido *tantudem.*

83. Poderá, eventualmente, ser suscitada dúvida no que diz respeito ao recebimento das faturas, pelo consórcio empreiteiro, sem quaisquer ressalvas relativas ao retardamento, o que levaria à exclusão da culpa contratual da devedora, dona da obra.

84. Essa escapatória cairia logo por terra, visto que o argumento, *in casu,* seria improcedente.

85. Primeiro, porque, no recebimento das faturas, o consórcio empreiteiro não deu quitação, parcial ou total. Houve entre a Eletro "Y" e o consórcio empreiteiro simples acerto de contas de medições e aferições, *sem qualquer quitação.* Caio Mário, apoiando-se em Larenz, nota ainda que nem sempre o recibo libera o devedor, como por exemplo nos casos em que a *liberação depende da verificação da res debita* (Mário, Caio. *Inst. direito civil.* Rio de Janeiro, Forense, 1962. v. 7. p. 161).

86. De mais a mais, o recebimento das faturas não implica em renúncia do empreiteiro-credor aos seus demais direitos. A liberação total de pagamento, repita-se, somente pode ocorrer com a quitação. Advirta-se ainda que o empreiteiro, dada a sua qualidade de parte mais fraca, *vis-à-vis* da dona da obra, integrante da administração indireta, está em posição inferior para recusar o pagamento e o recebe quase sob coação.

87. A propósito, lembre-se que a quitação deve ser formal, obedecendo aos requisitos do Código Civil, art. 940, isto é: designar o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento e a assinatura do credor ou seu representante (Código Civil, art. 940). E isso não ocorreu.

88. Segundo, porque, desde os princípios de 1981, o consórcio empreiteiro alertou a dona da obra acerca da necessidade de mudar a fórmula de reajuste para adaptá-la *às novas circunstâncias econômicas e ainda protestou* contra os pagamentos em atraso, pedindo reembolso das diferenças cabíveis.

89. Terceiro, porque não foi, *até o presente momento,* emitido o "termo de recebimento final das obras" que é o instrumento pelo qual a dona da obra e o empreiteiro devem se dar formal e reciprocamente quitação (Código Civil, art. 940; contrato cláusula 7.5.3.).

90. Logo, inexistindo quitação formal entre as partes, o contrato continua em aberto (Código Civil, art. 940).

91. Caracterizada a *inadimplência contratual* da dona da obra, é de inteira procedência a interposição de medida judicial para a cobrança dos juros *da mora*, bem como do ressarcimento dos danos por ela ocasionados. (cláusula 7.3.6.).

92. Contudo, pode surgir dúvida sobre o cabimento, ou não, de juros e perdas e danos, face ao disposto na cláusula 5 do termo de "resolução" do contrato, *in verbis:*

"Cláusula quinta – Respeitadas as responsabilidades da contratada nos termos da legislação em vigor, e as da Eletro "Y" em relação aos pagamentos resultantes do estabelecido na cláusula terceira deste termo, cuja quitação será dada no ato dos respectivos pagamentos, as partes renunciam *unicamente* quanto *à pretensão de multas* e *perdas e danos pela resolução* antecipada do Contrato DT-TUC-062/77, sem prejuízo de se verem mantidos e respeitados quaisquer direitos e obrigações das partes decorrentes do mesmo Contrato, até 4 de março de 1983".

93. Essa dúvida é imediatamente dissipada ante a clareza do texto: a *renúncia* ali pactuada é unicamente quanto *às multas* e *perdas* e danos *pelo desfazimento* do contrato *ante tempore*.

94. Aliás, cumpre assinalar não se tratar de nenhuma resolução e sim de "resilição", que é coisa distinta. De fato, quando uma das partes contratantes, ou mesmo as duas, resolvem *desfazer* o contrato, por simples declaração de vontade, ocorre a *resilição*. Na espécie parece ter havido, *resilição bilateral* ou *distrato* (cf. termo de resolução, cláusula I, "As partes decidem (. . .)").

95. Assinale-se que na resilição dos contratos os *efeitos já produzidos* permanecem *inalteráveis*, vale dizer a resilição não produz efeitos, senão para o futuro.

96. Logo, são cabíveis os juros moratórios e a indenização ocasionada pela mora, e esses valores devem ser *reajustados desde a época em que ocorreram até o efetivo pagamento*, pois, conforme já acima assinalado, se em qualquer contrato as partes contratantes devem manter, ao final do acordo, a mesma equivalência econômico-financeira, com maior razão, por princípio de moral, a administração pública deve também seguir esses preceitos.

97. Mesmo porque, como salienta Niboyet: "O contrato de empreitada não é feito em benefício de uma pessoa e detrimento da outra, senão em benefício comum " (Niboyet, apud Cavalcanti, Themistocles. *Tratado de direito administrativo.* v. 1, p. 228).

98. Não será demasiado lembrar que todo aquele que paga com atraso deve pagar o valor verdadeiro a que se obrigou: é a *recomposição plena* do patrimônio do credor. E a correção monetária, o reajuste da moeda, opera como instrumento de restauração do equilíbrio econômico.

99. A propósito, no artigo supracitado do Prof. Arnoldo Wald, invoca ele estudo do Prof. Julian Chacel acerca dos prejuízos incidentes sobre as empresas e reflexos sobre seu fluxo de caixa, em decorrência do diferimento no pagamento de obras, por parte da administração: "A guisa de conclusão pode-se afirmar que a extensão da noção de custo alternativo ao caso vertente tem para a economia das empresas cujos recebimentos foram postergados dois efeitos negativos:

a) na hipótese de ter sido criado um problema de liquidez, incorrer em pagamento de juros ao sistema bancário;

b) na hipótese de mobilização de capital próprio, renunciar à percepção de rendimentos derivados de possíveis aplicações financeiras.

Especialmente no caso da hipótese *a*, por ser explícita, sempre e quando a parte contratada tenha comprovado que, em virtude da mora do cliente, utiliou recursos financeiros tomados por empréstimo a terceiros, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato requer, para ser restabelecido, que se faça o ressarcimento dos custos financeiros incorridos pelo empreiteiro.

Com efeito, na atual sistemática, a correção monetária de acordo com as ORTN corresponde ao prejuízo ou lucro cessante do credor que não recebe pagamento tempestivo do cliente, devendo, todavia, ser pago o valor efetivo de seu prejuízo ou lucro cessante, quando esses puderem ser objetivamente apurados. Ora, este é o caso dos custos financeiros que podem ser comprovados pelos contratos de empréstimos bancários.

Destarte, no caso de atraso nos pagamentos por parte de entidades da administração direta ou indireta, o pagamento dos custos financeiros incorridos pelo contrato, em virtude do diferimento, deve ser assimilado a uma justa indenização visando a restabelecer o equilíbrio econômico do contrato." (Julian Chacel apud Wald, Arnoldo. op. cit.)

100. Por esses mesmos motivos, a jurisprudência brasileira vem seguindo, quase unanimemente, a orientação no sentido de ressarcir, *in integrum*, o empreiteiro pelo prejuízo no cumprimento do contrato: "A empreiteira há de ser paga com a

moeda equivalente ao do dia do inadimplemento da obrigação e não corrigida pela inflação. E ela não está obrigada a suportar o ônus do aviltamento monetário, recebendo com atraso o valor das quantias devidas pelos serviços prestados, medidos e entregues" (Ap. Cível. nº 54.384-1-TJSP. Apte.: Encalso Eng. Construções Ltda. Apdo.: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo. Relator: Desemb. Felizardo Calil J. em 10.10.85. In: *Jurisp. brasil.*, Curitiba, Ed. Juruá, 1986. p. 190/191).

"Não se verificando a quitação, relativa à compensação do prejuízo, na forma da correção monetária, cuja incidência não é de defesa no contrato, cabe a reparação pretendida pela empreiteira pelo dano causado pela protelação administrativa no saldar o débito respectivo, em respeito ao princípio da garantia da equação financeira do contrato administrativo. Ademais, ao Estado não é lícito praticar verdadeiro estelionato administrativo, engodando o empreiteiro a respeito de cláusulas contratuais plenamente válidas" (Ap. Cível nº 53.632-1-Capital SP. Aptes. e apelados, reciprocramente apelados: Depto. Estrada de Rodagem – SP e RIPER – Com. Adm. e Participações Ltda. Relator: Desemb. Álvaro Lazzarini J. em 30.4.1985, In: *Jurisp. bras.*, Curitiba, Ed. Juruá, 1986. p. 177).

101. Essa jurisprudência, hoje quase uniforme, resulta da evolução histórica da correção monetária no Brasil, pois, como bem anota Arnoldo Wald, ao se autorizar a aplicação da correção monetária para o *ilícito contratual*, todos os descumprimentos, oriundos da mora, passaram a ensejar a responsabilidade civil e, por via de conseqüência, o reajuste monetário. Esse o sentido da súmula do STF:

"562. Na indenização de danos materiais, decorrentes de ato ilícito, cabe a atualização do seu valor, utilizando-se para esse fim, dentre outros critérios, os índices da correção monetária" (Súmula 562, STF).

Daí outros julgados: "Correção monetária. Culpa Contratual. A correção monetária da indenização por responsabilidade civil decorrente da culpa contratual incide a partir da data em que deveria ter sido cumprida a obrigação" (RE nº 103.768-7-RS. 1ª turma J. em 5.2.1985 – Relator: Min. Sidney Sanches. In: *DJU*, 8.3.85. In: *RT*, v. 602, p. 283).

No mesmo sentido: Ap. 10.782, Cuiabá, 2ª C., j. 8.5.84, Relator Des. Athayde Monteiro da Silva, *in* RT, v. 601/221; Ap. Civ. 26.415, 1ª C. – TJMG, j. 28.9.84, Relator Desemb. Joaquim Alves, in RT v. 601/203; RE nº 103.503, SP in RTJ v. 112/923; RE nº 79.663, de 18.9.75; RTJ v. 75/978; RTJ v. 76/314; RTJ v. 76/883; RTJ v. 85/560, v. 87/549, v. 88/581, v. 76/885.

V

O REAJUSTE INSUFICIENTE

102. Indaga-se ainda se, a despeito do reajuste acordado contratualmente, o empreiteiro, que sofreu prejuízo, pode ou não pedir compensação pelos prejuízos sofridos com a execução da obra?

103. Como visto acima, no direito administrativo moderno impera hoje o princípio do Equilíbrio entre as prestações das partes. Tão relevante é essa conceituação que a Constituição Federal, em seu art. 167, garante aos que contratam com a administração "*tarifas* (. . .) que assegurem o equilíbrio econômico e (. . .) financeiro" (Constituição Federal, art. 167).

104. Com felicidade, Arnoldo Wald faz menção àquele dispositivo, para pôr em relevo o *dever* ético e jurídico da administração em manter a relação que as partes inicialmente pactuaram. Arnoldo Wald evoca mais outro princípio constitucional, a saber, o que *veda o sacrifício dos interesses particulares* em proveito do interesse público, ao impor o *justo ressarcimento* nas indenizações (Constituição Federal, art. 153, § 22; Arnoldo Wald, op. cit.).

105. Ora, esse *mandamus* constitucional – *de justo* ressarcimento – deve ser genericamente aplicado *ubi eadem ratio ubi eadem dispositio.*

106. Há que se lembrar que o prejuízo do consórcio-empreiteiro é oriundo, é decorrente, da hiperinflação, que avassalou o País, a partir do início de 1980, culminando com a maxidesvalorização de 1983, em circunstâncias estas imprevisíveis para as contratantes em 1977.

107. E, muito embora o risco seja característico da atividade empresarial, há um limite para o mesmo, além do qual o bom senso não permite prosseguir. Ora, as incertezas das condições econômicas, hiperinflacionárias, desse final de século impedem a adequada previsão de margens de segurança na atividade empresarial, ocasionando, por vezes, violenta *ruptura* na relação de *equilíbrio* entre as partes.

108. Quando isso ocorre, não é justo que a contratante, que sofreu unilateralmente o desequilíbrio, não seja indenizada. Para manter a correla-

ção inicial entre as prestações das partes, é mister que se faça o ressarcimento à parte prejudicada, para o que esta deverá demonstrar, detalhadamente, os prejuízos incorridos. (cf. Recurso Extraordinário nº 85.714, RJ, Relator: Min. Soares Muñoz. In: *Jurisp. bras.*, Curitiba, Edt. Juruá, 1986. p. 29).

VI

CONCLUSÃO

109. O consórcio empreiteiro, a despeito do desfazimento do contrato, pode reclamar da dona da obra os juros moratórios e a correção monetária, devidos entre a data estipulada para o pagamento das faturas e as datas nas quais se efetivaram os pagamentos.

110. O consórcio empreiteiro, calçado na moderna teoria da manutenção da equivalência das prestações contratuais nos contratos administrativos, poderá pedir ressarcimento dos prejuízos incorridos, com a utilização de fatores de reajustes efetivos para completar aqueles defasados.

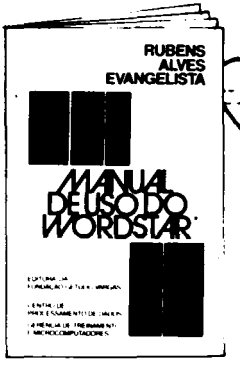
É o parecer s.m.j.

Rio de Janeiro, janeiro de 1987 – *Dora. Martins de Carvalho,* professora titular da Faculdade de Direito da Uerj.

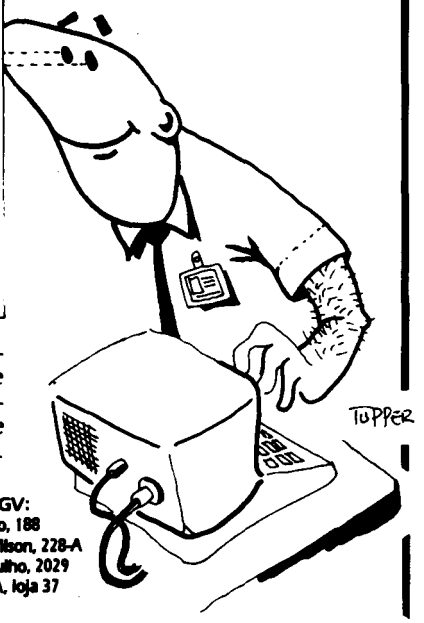
MANUAL DE USO DO WORDSTAR

RUBENS ALVES EVANGELISTA

Em linguagem clara, que permite o perfeito entendimento dos conceitos básicos da microcomputadorização, o Autor apresenta todas as facilidades disponíveis nesse programa de processamento de textos, um dos mais populares no mercado mundial tanto para equipamentos da linha CP/M (8 BITS) como MS-DOS (16 BITS).



Além de exemplos práticos e ilustrados, acompanham instruções sobre o módulo MailMerge para intercalação de arquivos, empregado no preparo de mala direta, bem como um glossário de termos técnicos indispensáveis aos não-iniciados.



Nas livrarias da FGV:
Rio – Praia de Botafogo, 188
Av. Presidente Wilson, 228-A
São Paulo – Av. Nove de Julho, 2029
Brasília – CLS 104, Bloco A, loja 37