DA LEGALIDADE DOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA ADOTADOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONSULTA

O consulente nos honrou com consulta, cujo teor é o seguinte:

"1. A Secretária de Estado de Transportes expõe que o extinto Departamento de Estradas de Rodagem, após regular processo licitatório, firmou, com a Construtora contratos, tendo por objeto a execução de serviços de terraplenagem, pavimentação, obras de arte correntes e especiais, drenagem e obras complementares, em diversos pontos do Estado.

2. As obras foram executadas a contendo, não havendo, todavia, sido paga a totalidade dos valores devidos à empreiteira, em razão da indisponibilidade de recursos por parte desta Secretaria.

3. Estabeleceram os aludidos Contratos que o reajustamento de preços, seria realizado de acordo com a variação dos Índices da Coluna 2 (IGP), da Fundação Getúlio Vargas, que ocorresse entre o segundo mês anterior ao do orçamento base, constante do Edital, e o segundo mês anterior a data de pagamento.

4. Na ocorrência de atraso de pagamento, dispuseram os Contratos que, sobre o valor da medição não paga, incidiria correção monetária com base na variação das ORTNs.

Com o advento da Lei nº 7.744, de 08.06.89 (art. 3º), alterada pela Lei 7.801, de 11.7.89, a correção monetária aplicável passou a ser calculada de acordo com a variação do IPC.

5. Com a extinção do Departamento de Estradas de Rodagem, sucedeu-o esta Secretaria, assumindo, em conseqüência, todos os seus direitos e obrigações.

Foi então editada, em 10 de maio de 1989, a Portaria que determinou fossem eliminados os processos do Departamentos de Estradas de Rodagem, assegurando aos interessados pleitear quaisquer direitos a que fizessem jus, o que resultou na abertura de novos processos (doc. junto).

6. No caso, a Construtora assim procedeu, razão pela qual o processos de seu interesse foram restaurados, substituindo-se as medições antigas por novas, mantidos os respectivos quantitativos, e adequando-se os valores ao novo padrão monetário então vigente, segundo as disposições contidas no termo Aditivo de re-ratificação nº 001-C/90-AJ, de 29.1.90 (doc. anexo)

7. Os valores consignados nas novas medições não foram pagos à Empreiteira e vinham sendo atualizados pela variação do IPC, até que se vedou a publicação desse índice. Adotou-se, então, o INPC para a atualização dos valores, cuja metodologia de cálculo é idêntica à do IPC, diferindo os mencionados índices tão-somente quanto às data das respectivas apurações.

8. Diante do exposto, indaga-se:

a) Foi correto o procedimento desta Secretaria ao restaurar os processos, substituindo-se as medições, conforme relatado no item 6 desta consulta?

b) Foi correta a adoção do INPC, para a correção monetária dos valores devidos?

Se incorreta, qual o indexador a ser utilizado?"

PARECER

I. DAS QUESTÕES SUSCITADAS

1. A Consulta versa sobre a aplicação de critérios de correção monetária em contrato administrativo de empreitada, que foi, inicialmente, celebrado pelo Departamento do Estado de Rodagem com uma empresa construtora, para execução de obras de terraplenagem e pavimentação e que, com a extinção da autarquia, passou a ser da responsabilidade do Estado por intermédio de sua Secretaria de Transportes, que sucedeu ao Departamento de Estradas de Rodagem deste Estado.

2. Trata-se de saber qual a evolução dos critérios de correção monetária decorrentes da mora do Estado, no pagamento dos serviços, que lhe foram prestados, pela construtora, e que não lhe puderam ser pagos, em virtude de falta de recursos, por parte da Secretaria competente.

3. Verificaremos, inicialmente, que, tratando-se de contrato administrativo de empreitada, a correção monetária dos valores devidos pela pessoa jurídica de Direito Público decorre de mandamento constitucional, das normas legais vigentes, das cláusulas contratuais e do entendimento manso e pacífico da jurisprudência e da doutrina.

4. Examinaremos, em seguida, a legislação que surgiu, com os vários planos de estabilização monetária, para deduzir dos mesmos quais os critérios de correção que deviam ser aplicados ao contrato, verificando pois a legalidade das medidas tomadas pela consulente.

II. DA NATUREZA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DE EMPREITADA

5. Não há dúvida que o contrato de empreitada firmado entre o Departamento de Estradas de Rodagem que deu ensejo à presente consulta é um contrato administrativo, tanto pela sua finalidade, como pela natureza de Direito Público da autarquia que o firmou e, ainda, em virtude das chamadas cláusulas extravagantes que nele foram incluídas, fazendo sempre prevalecer a conveniência administrativa (cláusula VI) e dando amplos poderes à administração para rescindir unilateralmente o contrato (cláusula IX).

6. Tratando-se de contrato administrativo, tanto a Constituição vigente na época em que o instrumento inicial foi firmado (em 30.8.1985), como a atualmente em vigor garantem, ao construtor, o direito ao chamado equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

7. Efetivamente, o art. 167 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, vigente por ocasião da assinatura do contrato, assegurava a quem contratasse com a administração tarifas ou preços:

"que assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato".

8. Embora o texto se refira mais diretamente às concessões de serviço público, é manso e pacífico que se aplica a todos os contratos administrativos, dando ao particular uma garantia ampla a fim de compensar os riscos decorrentes do poder de modificação unilateral, que a lei assegura à administração.

9. Trata-se de uma inovação construtiva, em 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*, 3º volume, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1977, pág. 175). Ao contrário, a diretriz constitucional, a partir de 1967 e em 1969, passou a ser no sentido de assegurar ao empresário, co-contratante da administração pública, uma remuneração adequada, utilizando a Constituição as duas expressões distintas, mas complementares, "equilíbrio econômico" e "equilíbrio financeiro". Não se trata de simples repetição da mesma idéia, que não se coadunaria com a boa técnica da redação constitucional, mais de dois conceitos com sentido próprio.

10. A "equação econômica" é a garantia de rentabilidade do contrato no seu aspecto global, assegurando ao empreiteiro um direito adquirido ao lucro previsto na equação inicial referente à relação negocial custo/benefício. Pretende-se, assim, garantir a "*intangibilidade da remuneração do contratado*", não no sentido de um seguro que garanta a lucrativi-

dade do empreendimento, mas com a finalidade de não permitir que as eventuais modificações, determinadas unilateralmente pelo Poder Público, ou decorrentes de suas ações ou omissões, possam prejudicar a posição contratualmente fixada do empreiteiro. Este tem direito não só à contra-prestação que lhe é devida, pelo dono da obra, mas ainda "à imutabilidade da equação econômica do contrato". (José Roberto Dromi, *Contratos Administrativos, Regimenes de Pago e Actualización*, publicação das Associação de Argentina de Direito Administrativo, 1977, pág. 118). Trata-se de uma das diferenças entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado, no qual não existe este direito à equação econômica, pois nenhum dos contratantes pode modificar, unilateralmente, as obrigações inicialmente assumidas pelas partes.

11. O dever ético de garantir a equação econômica é um 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 créditos, sem a prévia e justa indenização paga em dinheiro (art. 163 parágrafo 22 da Constituição Federal de 1969 e art. 5, inciso XXV da Constituição vigente).

12. O equilíbrio financeiro do contrato é, por sua vez, a garantia do cumprimento do *cash flow* inicialmente previsto, a fim de evitar que o empreiteiro seja obrigado a financiar a Administração Direta ou Indireta, quando não há convenção prévia neste sentido. Assim, a norma constitucional significava, neste particular, que o empreiteiro 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 das obras (saídas). Há, pois, nos contratos administrativos, uma obrigação, de natureza constitucional, de realizar os pagamentos no momento adequado e com os reajustamentos decorrentes da inflação real, atendendo às variações efetivas do custo do dinheiro no mercado, a fim de ser garantido não só o equilíbrio econômico, mas também o equilíbrio financeiro, que se impõe nas épocas de depreciação acelerada da moeda. No momento em que esta deixa de ser, em virtude da inflação, "uma medida de valor", para exercer tão-somente a função de "meio de pagamento", cabe ao devedor arcar não só com a correção monetária, mas também com os custos financeiros, sob pena de violação do "equilíbrio financeiro", ou seja, de distorção do *cash flow* do empreiteiro.

13. Examinando a norma constitucional, nela vislumbrou o eminente e saudoso Pontes de Miranda uma verdadeira "institucionalização da cláusula *rebus sic stantibus*", numa redação ainda mais abrangente do que a que se encontrava nas constituições anteriores. (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda nº 1, de 1969, tomo VI, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, pág. 275).

14. Na realidade, a generalização da correção monetária impôs ao país novas unidades de conta, que passaram a substituir a moeda, como bem salientou o Professor Geraldo de Camargo Vidigal quando escreveu:

"Na verdade, numerosos padrões de valor regem hoje a liquidação das obrigações, no Brasil. Ao lado do simples cruzeiro podemos distinguir o cruzeiro/OTN, o cruzeiro/UPC, o cruzeiro com correção cambial e, até há pouco, o cruzeiro/salário mínimo, substituído agora por um cruzeiro/salário de referência, de evolução equivalente à da UPC".

(Geraldo de Camargo Vidigal, *Teoria Geral do Direito Econômico, S.Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, pág. 187).*

15. Quando o Governo e a própria Administração passaram a usar as novas moedas de conta acima referidas (OTN, ORTN, UPC, BTN etc.), reconheceram a inviabilidade de manter a odiosa ficção da manutenção do poder aquisitivo do cruzeiro, passando assim a consagrar, nas relações pecuniárias, o realismo monetário, em virtude do qual o objeto da prestação passou a ser caracterizado pelo binômio *"quantia de cruzeiros devidos/data do vencimento (ou pagamento) do débito"*, de tal modo que o número de unidades monetárias deve ser reajustado mensalmente ou até, em

certos casos, diariamente, até o efetivo pagamento devido ao credor.

16. A equação financeira passou, pois, a significar a obrigação para a pessoa jurídica de direito público de pagar os débitos nos prazos contratuais inicialmente fixados, sob pena de ressarcimento do quantum do principal acrescido da correção monetária e dos custos financeiros para garantia da manutenção do *statu quo* contratual. Não o respeitando, a Adminsitração desapropria o direito do credor ao uso do dinheiro e só pode fazê-lo indenizando-o adequadamente.

17. A correção monetária e o pagamento dos custos financeiros representam, no caso, uma conseqüência necessária da intangibilidade da remuneração do contratado, que não pode ser onerado de forma não prevista nas cláusulas contratuais.

18. Na realidade, não cumprindo a obrigação de manter o equilíbrio financeiro, a entidade da Adminsitração Direta ou Indireta, além de violar frontamente a Constituição, também prática, por via oblíqua, uma desapropriação em relação ao seu co-contratante, razão pela qual Caio Tácito conclui que, *no Direito Brasileiro, a tarifa confiscatória (ou a remuneração do empreiteiro decorrente de mora da Administração) importa também em infração a garantia constitucional do direito de propriedade* (art. 153 parágrafo 22 da Emenda Constitucional nº 1, — atualmente art. 5º, inciso XXII da Constituição vigente) (Caio Tácito, *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, pág. 246).

19. Não há pois dúvida que o contrato administrativo passou a constituir, no direito brasileiro, autêntica dívida de valor, na qual a administração não deve somente um certo número de unidades monetárias, ou seja um quantum, mas a quantia correspondente a um determinado poder aquisitivo, um *quid*, substituindo-se assim, no particular, o tradicional nominalismo pelo realismo monetário, como já tivemos o ensejo de afirmar há mais de vinte anos. (Arnoldo Wald, *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, págs. 71 e seguintes).

20. Na vigência da Constituição anterior, a lei ordinária, o Decreto-Lei nº 2.300, também consagrou o direito das partes de restabelecer a relação inicialmente pactuada entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato, (art. 55, II, "d" do Decreto-Lei nº 2300, de 21.11.1986).

21. O atual texto constitucional, embora não se referindo expressamente à garantia do equilíbrio econômico e financeiro, assegura, explicitamente, ao particular, que contrata com a Administração, a *manutenção das condições_efetivas da proposta*, (art. 37, inciso XXI), que não podem ser modificadas sem a justa e prévia indenização, abrangendo a imutabilidade do equilíbrio econômico e financeiro e das demais cláusulas contratuais, que só podem ser modificadas ou em virtude de acordo das partes ou mediante justa indenização.

22. A jurisprudência mais recente dos tribunais tem reconhecido que, atualmente, tanto em virtude da determinação do art. 37 inciso XXI da Constituição, como do art. 55, II, d) do Decreto-Lei nº 2.300, continua prevalecendo a obrigação da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, que enseja o pagamento da correção monetária e até dos juros de mercado, nos caso de mora da entidade administrativa, quer tenham sido ou não previstos contratualmente.

23. Dentro dessa orientação o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pela sua 2ª Turma, decidiu em 27.11.1991, ao apreciar o Recurso Especial nº 5.059, confirmar decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que concedeu, ao empreiteiro que financiou a obra, o pagamento não só da correção monetária, mas também dos juros de mercado, por ele pagos, a fim de obter os recursos com os quais realizou os trabalhos, em virtude do não pagamento oportuno dos serviços por empresa de economia mista, num caso de contrato administrativo.

24. Por outro lado, a mesma Turma decidiu, em 12.06.91, ao julgar o Recurso Especial nº 10.524-SP que a correção monetária incidia nos contratos administrativos, mesmo nos casos em que não havia previsão contratual,

impondo-se em virtude da desvalorização da moeda pela inflação. No mencionado acórdão, o eminente relator, Ministro Américo Luz, teve o ensejo de salientar que:

"Na espécie, embora não pactuada nos contratos celebrados, a correção monetária é devida, consoante remançosa jurisprudência da Suprema Corte e deste Eg. Tribunal colacionadas pela recorrente que, na petição recursal, assim aborda a questão (fls. 531/533):

'A questão da correção monetária nos contratados celebrados pelo recorrido com empreiteiras não é nova. Mais de uma vez esteve à apreciação do Egrégio Supremo Tribunal Federal. E, quando não esbarrou no óbice de argüição de relevância, a correção foi concedida.'

Foi o que aconteceu, por exemplo, no julgamento do RE 113.892-SP, rel. Exmo. Sr. Min. Célio Borja.

O parecer da Procuradoria Geral da Pública mostra que o caso é exatamente igual ao dos autos:

'Os fatos são singelos e incontroversos:

O Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo celebrou contrato de obras e seviços com a recorrente, nos quais estipulado o prazo de 30 dias, para pagamento das respectivas faturas, sob pena de sujeitar-se o débito a juros de mora de 10% ao ano'.

O Exmo. Sr. Min. Célio Borja, em seu voto, depois de mencionar os precedentes judiciários constantes de RTJ 106-345 e *112/993, afirmou o* seguinte:

'A correção monetária foi instituída para que se mantenha o poder de compra de moeda, tendo em vista sua crescente desvalorização. Portanto, tem por finalidade de atualização do crédito; não é penalidade por atraso, como são os juros contratados.'

E deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela empreiteira, sendo acompanhado por toda a Egrégia Turma.

O caso é igual, tanto em matéria de fato como de direito, ao dos autos. Igualíssimo. Daí a conclusão de que o Egrégio Supremo Tribunal Federal proferiu decisão divertente da que prolatada pela Egrégia Turma julgadora no venerando acórdão recorrido.

Essa tese também foi acolhida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em venerando acórdão relatado pelo Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo e cuja ementa oficial é o teor seguinte:

'Não constituindo a correção monetária um plus, *mas mero instrumento de atualização da moeda desvalorizada pela inflação, deve ela incidir mesmo nos contratos pactuados em sua previsão.'*

(STJ — 4ª Turma — Resp. 2.430-SP, j.5/6/690, conheceram do curso e lhe deram provimento — v.u. — D.J.U. 6/8/90).

Ainda, da mesma forma decidiu o Exmo. Sr. Min. Américo Luz, no REsp. nº 710, de São Paulo:

'A demora no pagamento do preço ajustado constitui ilícito contratual que deve ser reparado, utilizando-se os índices de correção monetária, desde o termo inicial da mora.'

(Recurso conhecido e provido, REsp. 710, de São Paulo — Reg. nº 89.9990-6, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Em suma, pelo dissídio, conheço e dou provimento ao recurso.

25. Acresce que a correção monetária devida não pode ser fixada unilateralmente pelo Poder Público, só podendo ser a "exata correção monetária" à qual já se referia a Constituição de 1969, ou seja à que assegure a *preservação do poder aquisitivo*, nos termos da Constituição vigente que, embora referindo-se aos Títulos da Dívida Agrária, fixou princípio aplicável a todos os débitos, responsabilidades e indenizações devidas pelo Poder Público em geral. (Art. 184).

26. Assim, mesmo que se admita, excepcionalmente, a intervenção do Estado no domínio monetário, esta não pode ferir, nos contratos administrativos, o equilíbrio contratual garantido pela Constituição, devendo a preservação do poder aquisitivo ser a *real, verdadeira, autêntica*, sem qualquer espécie de manipulação, que possa ensejar o empobrecimento de um dos contratantes e o enriquecimento do ouro.

III. DA EVOLUÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA

27. No caso da consulta, no contrato inicial, a correção monetária, na hipótese de mora, foi pactuada com base na ORTN, de acordo com a legislação então vigente e conforme se verifica no item c) do segundo parágrafo da cláusula III, que se refere à forma de pagamento e estabelece que:

"O não pagamento no prazo previsto implicará na incidência da correção monetária equivalente às variações das ORTNs sobre o período em atraso."

28. Em 1989, em virtude do "Plano Verão", como advento das Leis nºs. 7.730, de 31.01.89, 7.774, de 8.6.1989, e Lei nº 7.801, de 11.7.89, a ORTN, já anteriormente transformada em OTN (pelo art. 6 do Decreto-lei nº 2.283 de 27.02.89), foi substituida pelo IPC, determinando o art. 3 da Lei nº 7.774 que:

"Art. 3º — Nos contratos de que trata o artigo 1º desta Lei, que contiveram cláusual de correção monetária com base na OTN ou na OTN fiscal para os pagamentos em atraso, os valores destes serão atualizados de acordo com os Anexos I e II.

Parágrafo 1º — *O disposto do "caput" deste artigo aplica-se aos pagamentos efetuados após a data da publicação da Medida Provisória nº 54 (3), de 11 de maio de 1989.*

Parágrafo 2º — *As cláusulas de correção monetária que reflitam sanção por atraso de pagamento à data estipulada no contrato são plenamente eficazes durante o período de congelamento de preços."*

29. O art. 3º acima, *passou a ser, considerado, para fins de correção monetária, em substituição às OTN, o Índice de Preços ao Consumidor — IPC*

30. Posteriormente, foi criado o BTN (Bonus do Tesouro Nacional) que evolui de acordo com o IPC. Cabe aliás salientar que, já na legislação de 1989 (Plano Verão), admitiu-se que, em determinados casos, os reajustamentos e a correção se fizessem ora pelo IPC, ora pelo INPC, como se verifica em alguns dos artigos da Lei nº 7.801.

31. Podemos, assim, afirmar que a evolução dos critérios de correção monetária foi no sentido de passar da ORTN para a OTN e, em seguida, para o IPC que serviu de base para o BTN, em virtude de determinação legal. (art. 5, parágrafo 2 da Lei nº 7.777 de 19.6.89).

32. A extinção do Departamento de Estradas de Rodagem e sua transformação em Secretaria de Estado dos Transportes ocorreram, em virtude de Lei Estadual, pouco antes do advento do Plano Verão, que, como vimos, determinou as modificações referentes à correção monetária e aos critérios que passaram a ser aplicáveis na matéria.

33. Justificou-se, assim, que houvesse, na ocasião, uma revisão dos contratos para que fossem os mesmos assumidos pela Secretaria de Estado, fazendo-se os necessários aditamentos, em virtude do desaparecimento do Departamento de Estradas de Rodagem.

34. Neste sentido, foi baixada uma Portaria do Secretário de Estado de Transportes, que determinou o arquivamento dos processos que estivessem em andamento, sem que houvesse apresentação de pleito pelos interessados, dando-se baixa nos processos da autarquia, e formando-se novos processos na Secretaria, para fins de reapreciação da matéria e assinatura de aditamentos, nos casos de pleitos legítimos dos interessados, aplicando-se a nova legislação já então vigente.

35. A Portaria além de legítima, válida e oportuna, era necessária para assegurar a continuidade administrativa e as regras nela contidas defluem do disposto na Lei Estadual que transformou o Departamento de Estradas de Rodagem em Secretaria de Estado dos Transportes de e da necessidade de garantir o bom funcionamento dos serviços públicos e das obras em andamento no setor.

36. Em virtude do disposto na Portaria e após os exames necessários, foi assinado o Termo Aditivo de re-ratificação, que manteve as cláusulas contratuais, modificando todavia o critério de correção monetária a fim de atender ao disposto no chamado "Plano Verão" (Cláusula Quarta), abrangendo as normas já editadas e as "por editar".

37. Houve, pois, com a re-ratificação, uma revisão do valor das medições já realizadas, a fim de atender ao disposto na nova legisla-

ção, mantidos os respectivos quantitativos e adequando-se os valores ao novo padrão monetário, aplicando-se os novos critérios de correção, que passaram a incidir nos contratos.

38. Em seguida, com o advento do Plano Collor, o IPC deixou de ser publicado e as partes tiveram que substituí-lo por outro índice que refletisse o custo de vida, sendo evidentemente o mais próximo e adequado o INPC, cuja metodologia de cálculo é idêntica a do IPC, diferindo os índices quanto às datas de apurações.

39. Na realidade, com a nova legislação, as opções que se apresentavam, para compensação da mora do devedor, eram representadas pela atualização por aplicação seja do INPC seja da TR.

40. Ocorre que, em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, apreciando ação direta de inconstitucionalidade, entendeu que a TR não devia ser considerada como critério de correção monetária, por não ser baseada em preços e não refletir a evolução do custo de vida, mas a evolução dos juros, que podem depender de outros fatores, como a disponibilidade ou carência de recuros no mercado.

41. Efetivamente, na Ação Indireta de Inconstitucionalidade de nº 493, o Excelso Pretório, por maior qualificada, decidiu que a TR não podia ser considerada como índice aplicável por estar baseada na variação de juros.

42. No seu voto, que foi acompanhado, inclusive quanto aos seus fundamentos, pela maioria dos demais magistrados, o Ministro Moreira Alves salientou que:

"Com efeito, o índice de correção monetária é um número-índice que traduz, o mais aproximadamente possível, a perda do valor de troca da moeda, mediante a comparação, entre os extremos de determinado período, da variação do preço de certos bens (mercadorias, serviços, salários etc.), para a revisão do pagamento das obrigações que deverá ser feito na medida dessa variação. Quando essa revisão é convencionada pelas partes temos cláusula de escala móvel, também denominada cláusula número-índice, que Arnold Wald ('A Cláusula de Escala Móvel', pág. 77, nº 45, Max Limonad, São Paulo, 1956), com base na doutrina corrente, define como 'aquela que estabelece uma revisão, preconvencionada pelas partes, dos pagamentos que deverão ser feitos de acordo com as variações do preço de determinadas mercadorias ou serviços ou do índice geral do custo de vida ou dos salários.' É, pois, um índice que se destina a determinar o valor de troca da moeda, e que, por isso mesmo, só pode ser calculado com base em fatores econômicos exclusivamente ligados a esse valor. Por isso, é um índice neutro, que não admite, para seu cálculo, se levem em consideração fatores outros que não os acima referidos.

Ora, como bem demonstra o parecer da Procuradoria-Geral da República, não é isso o que ocorre com a Taxa Referencial (TR), que não é o índice de determinação do valor de troca de moeda, mas, ao contrário, índice que exprime a taxa medida ponderada do custo da captação da moeda por entidades financeiras para sua posterior aplicação por estas. A variação dos valores das taxas desse custo prefixados por essas entidades decorre de fatores econômicos vários, inclusive peculiares a cada uma delas (assim, suas necessidades de liquidez) ou comuns a todas (como, por exemplo, a concorrência com outras fontes de captação de dinheiro, a política de juros adotada pelo Banco Central, a maior ou menor oferta de moeda), e fatores esses que nada têm que ver com o valor de troca da moeda, mas, sim — o que é diverso -, com o custo da captação desta. Na formação desse custo, não entra sequer a desvalorização da moeda a (sua perda de valor de troca), que é a já ocorrida, mas — o que é expectativa com os riscos de um verdadeiro jogo — a previsão da desvalorização da moeda que poderá ocorrer. É portanto, absolutamente falso dizer-se que, tendo o Conselho Monetário Nacional escolhido, na alternativa admitida pela Lei nº *8.177/91 (depósitos a prazo fixo ou títulos públicos federais, estaduais ou municipais), a primeira, e havendo ele prefixado uma taxa de expurgo único (2% a título de juros — que variam de banco para banco, sem que o Conselho tenha elementos para individualizá-lo para efeito desse cálculo — e de tributos), que o restante*

seja apenas decorrente de expectativa de desvalorização da moeda. E tanto assim é que, em período de relativa estabilidade monetária, essas taxas aumentam ou diminuem, não evidentemente em razão tão-só da expectativa de mínima desvalorização da moeda, mas, sim, da lei da oferta e da procura, que rege, também, o custo da captação de dinheiro."

(Voto na ADIN nº 493)

43. Excluída, assim, pela decisão do Poder Judiciário, no seu mais alto nível, e viabilidade de utilizar a TR como índice de correção monetária, a melhor — ou até a única — alternativa que restou à consulente, foi a de escolher, como índice substitutivo do IPC, o INPC. É, aliás, o que acabam de fazer as entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, após a decisão do STF, referente à inconstitucionalidade de algumas das disposições da Lei nº 8.177.

44. Não há pois dúvida que, para atender às determinações constitucionais, legais e contratuais e à própria moralidade administrativa, cabia às partes substituir o IPC pelo índice que maior analogia com ele tivesse, ou seja o INPC, mantendo assim não só o espírito e a letra do contrato, mas também o equilíbrio econômico e financeiro do mesmo.

IV. CONCLUSÕES

45. Pelo exposto, podemos firmar, respondendo às indagações que nos foram formuladas que:

a) foi legal e correto o procedimento da Secretaria de Transportes ao restaurar os processo, substituindo os valores das medições, mantidos os respectivos quantitativos, e fazendo-se as adequações ao novo padrão monetário com aplicação dos critérios de correção a monetária admitidos pelo Plano Verão;

b) foi legal e correta a adoção do INPC, em substituição do IPC, após o advento do Plano Collor, para a correção dos valores devidos, por se tratar do índice que, além de similar, é o mais adequado e, ainda, por ter sido considerada inconstitucional, como critério de correção monetária, a TR que poderia representar índice alternativo.

c) em conclusão, entendemos que o *procedimento da Consulente foi lícito, correto e válido, justificando-se economicamente e coadunando-se com os princípios da moralidade administrativa, além de atender ao que dispõem, na matéria, a Constituição* (tanto a vigente no momento do contrato, com a atualmente em vigor), *as leis* federais e estaduais e o contrato entre as partes, que constitui ato jurídico perfeito, criando um direito adquirido à exata correção monetária dos débitos não pagos tempestivamente, de acordo com as normas vigentes no momento em que foi firmado o acordo entre os contratantes.

É o nosso parecer.

Em 03 de agosto de 1992

Arnold Wald, Advogado Inscrição OAB/RJ 6.582-SP/46.560, Professor Catedrático de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro