

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 171 • Novembro 2014



XXII CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Editorial: Novo governo – Novas esperanças

Possibilidade de negociação direta dos índices de reajuste de contratos de obras e serviços e a inaplicabilidade de reajustes automáticos de preços

Sergio Pimentel Borges da Cunha

Procurador do Estado
Assessor Jurídico Chefe da Cedae

Ricardo Martins do Carmo

Advogado da Cedae

I. Introdução

O reajustamento dos contratos administrativos ainda é objeto de diversas controvérsias, especialmente em razão do frequente equívoco consubstanciado no entendimento segundo o qual os reajustes devem ser estabelecidos de forma automática e compulsória, sem qualquer espaço para o diálogo entre as partes.

O objetivo do presente estudo é abordar a questão acerca da possibilidade de negociação direta entre os contratantes para a pactuação dos índices de reajustes, com vistas ao bom cumprimento das prestações e do princípio da economicidade, especialmente sob a ótica das empresas estatais.

II. Natureza dos contratos celebrados pelas empresas estatais não dependentes de recursos do erário (art. 173, §1º, da CRFB)

Inicialmente, cumpre tecer breves comentários sobre os contratos celebrados pelas empresas estatais, diante do regime jurídico aplicável às sociedades de economia mista

e da norma prevista no art. 173, §1º, incisos II e III, da Constituição da República.

De acordo com o referido dispositivo constitucional, alterado substancialmente pela Emenda Constitucional nº 19/1998, o legislador ordinário deverá criar um “estatuto jurídico” aplicável às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que disporá necessariamente sobre a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Depreende-se do texto constitucional que, embora a exigência de criação de estatuto aplicável às empresas estatais se traduza por um comando destinado, especificamente, ao legislador, a sujeição deste futuro diploma ao regime jurídico próprio das empresas privadas é norma autoexecutável, fixada de forma imperativa. Portanto, tal norma constitucional já produz, minimamente, o efeito de orientar a interpretação e a aplicação das demais normas jurídicas pertinentes ao regime jurídico das empresas estatais.

Sendo assim, independentemente da regulamentação a ser promovida pelo aludido estatuto, as normas da legislação privada devem incidir obrigatoriamente sobre as empresas estatais, eis que a sujeição estabelecida na Constituição é norma impositiva e de hierarquia superior aos demais regramentos previstos em lei ordinária. A própria redação originária do §1º do art. 173 da Constituição já continha tal exigência.

Mostra-se, portanto, prescindível a promulgação do estatuto jurídico previsto no §1º do art. 173 da Constituição para que as empresas estatais se sujeitem de forma automática e imediata às normas de direito privado. Nas palavras de José Edwaldo Tavares Borba,¹ tal sujeição encontra-se preordenada pela Carta Magna, de modo que o legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, estará circunscrito apenas aos seus desdobramentos e implicações, não lhe cabendo restringir ou condicionar a incidência da legislação privada.

Insta frisar que se revela inócua, sobretudo para os fins da presente análise, a diferenciação entre as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos das que exploram atividade econômica.

Com efeito, para o autor, a exploração de atividade econômica é inerente à condição de sociedade, de modo que o serviço público, quando entregue a uma sociedade, seja ela controlada pelo governo ou por pessoas privadas, passará a ser objeto de uma exploração econômica, como ocorre com as concessionárias de serviço público.

Assim, ainda que diante de um serviço público propriamente dito, este, quando exercido por uma empresa, torna-se objeto de uma atividade econômica. O Estado, ao escolher a forma societária para o exercício de uma atividade, a esta forma quer se submeter. Nos dizeres de Theophilo de Azeredo Santos,² “a participação majoritária do estado não deforma a estrutura jurídica da empresa privada, que conserva sua natureza privada, revestida de características próprias, impostas pela lei que autorizou a constituição da sociedade”.

Observação semelhante é feita por Paulo César Melo da Cunha,³ que enxerga como tendência uma submissão cada vez maior das empresas estatais à competição, considerando o fato de que “o serviço público previsto no Capítulo da Ordem Econômica comporta a exploração empresarial como atividade econômica”.

Fixadas tais premissas, resta claro que, aos contratos celebrados por empresa estatal, na verdade, não podem ser aplicadas apenas regras pertinentes aos contratos administrativos *stricto sensu*, tendo em vista sua natureza de pessoa jurídica de direito privado, bem como o teor da norma contida no art. 173, §1º, II, da Constituição.

Lembre-se que existe, inclusive, abalizada doutrina que reconhece que as estatais que exercem atividade



Sergio Pimentel Borges da Cunha, Assessor Jurídico Chefe da Cedae

econômica, em sentido estrito, nem sequer celebrariam contratos administrativos. É o que leciona, por exemplo, Marcos Juruena Villela Souto,⁴ para quem “os contratos celebrados por empresas estatais, atuando na exploração econômica de seu negócio ou patrimônio, não devem ser considerados contratos administrativos”, já que realizam negócios jurídicos sem a supremacia do poder de império.

Cumpre frisar, por oportuno, que o fato de as empresas estatais se sujeitarem à licitação não induz à conclusão de que estas entidades estariam irremediável, estrita e integralmente presas ao regime jurídico aplicável aos contratos administrativos. Isso porque o procedimento licitatório, embora relacionado com os princípios da isonomia, economicidade e eficiência, limita-se, apenas, em termos práticos, à escolha do futuro contratado, sem maiores influências na natureza do pacto a ser firmado. Trata-se de exceção, expressamente prevista no texto constitucional, ao regime jurídico de direito privado decorrente da aplicação do art. 173, § 1º, II, da CRFB.

Não parece necessário, contudo, descer a fundo no debate doutrinário acerca da natureza jurídica de tais contratos ou mesmo da distinção entre estatais que exercem atividade econômica, em sentido estrito, e aquelas incumbidas da prestação de serviços públicos. Para efeitos da interpretação do art. 173, § 1º, II, da CRFB, basta o reconhecimento de que, ante a literalidade do referido dispositivo, é inquestionável a incidência do regime jurídico de direito privado, especialmente em se tratando de estatal não dependente de recursos do erário.

Empresa estatal independente, vale ressaltar, é aquela que faz frente às suas despesas com receitas próprias, geradas pela sua atividade, ao passo que a estatal dependente,

nas palavras de Ives Gandra Martins,⁵ é aquela “submetida às regras dos seus controladores, isto é, aos entes da Federação, que lhe suprem dos recursos financeiros para cumprir compromissos decorrentes de despesas com custeio ou de capital”.

No caso das estatais não dependentes, a aproximação com o regime jurídico de direito privado é ainda maior, pois, ainda que exerçam atividades caracterizadas por eventual monopólio, legal ou natural, seus serviços ou produtos estarão colocados em ambiente de mercado, sujeitos, quando não à competição direta, a análises comparativas de qualidade e de relação custo-benefício.

Por tais razões, considerando o fato de que as empresas estatais atuam em regime de competição com as demais entidades do setor privado, resta claro que, em relação aos contratos por elas celebrados, prevalecem as normas de direito privado, com as exceções pontuais decorrentes do objeto de tais avenças.

Estabelecida essa premissa interpretativa, impõe-se a adoção de práticas que permitam às partes maior liberdade na negociação das respectivas cláusulas, tais como o princípio da autonomia da vontade e o da liberdade contratual.

III. Da autonomia da vontade e da consensualidade

Constata-se, pela análise feita até aqui, que as estatais não dependentes sujeitam-se às regras e aos princípios de direito privado, podendo fazer uso dos institutos contratuais previstos na legislação civil em suas relações comerciais.

Nesse sentido, quando da celebração dos seus respectivos ajustes, resta claro que tanto as empresas públicas e sociedades de economia mista, quanto as empresas que com elas contratam atuam com base na prerrogativa da liberdade contratual, que, segundo a doutrina de Orlando Gomes,⁵ “abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade”.

Com efeito, nenhuma empresa está obrigada a participar de certame licitatório, muito menos de oferecer à Companhia a proposta mais vantajosa, de modo que, ao aderir às regras do certame, o participante já está exercendo, em alguma medida, a sua vontade livre e autônoma.

Para os fins deste estudo, não é relevante o enfoque sobre a origem ou a formação da relação contratual, considerando que, muito embora o regime jurídico aplicável às empresas estatais seja, em regra, o privado, o texto constitucional impõe-lhe a observância dos princípios aplicáveis em matéria de licitações e contratos administrativos.

No entanto, uma vez celebrado o contrato, sua evolução e o cumprimento das obrigações recíprocas estabelecidas para ambas as partes contratantes, sujeitar-se-á não apenas às normas estipuladas na Lei nº 8.666/1993, mas, por igual, às práticas contratuais usualmente adotadas



Ricardo Martins do Carmo, advogado da Cedae

pelas empresas privadas, especialmente na negociação de reajustes contratuais.

Tais conclusões são obtidas também quando se analisam os contratos sob a ótica econômica. Isso porque o objetivo principal dos contratos é regular as mais diversas situações fáticas, em especial, as práticas negociais dominantes. Nesse contexto, as regras previstas em lei perdem espaço para os ajustes fixados pelas partes, de acordo com suas pretensões.

A doutrina de Direito Administrativo, embora com um enfoque diferente, compartilha do mesmo entendimento quando analisa as relações do Poder Público com o particular a partir da ótica da consensualidade.

Segundo esta moderna linha de entendimento, que tem como principal expoente o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a atividade administrativa deve pautar-se em uma atuação baseada no consenso, evitando o uso da coerção, como medida de reforço à legitimidade já conferida pela lei.

Assim, uma vez reconhecido que a consensualidade deve nortear a atuação dos entes estatais, especialmente no que diz respeito à vigência de contratos e ao cumprimento de suas respectivas cláusulas, a partir do livre consentimento e da vontade das partes envolvidas, não parece razoável querer exigir, de forma arbitrária e compulsória, a manutenção do entendimento doutrinário segundo o qual o reajuste automático dos contratos celebrados por estatais seria direito subjetivo e, nessa linha, insuscetível de negociação por parte da Companhia.

IV. O reajuste contratual

Reajuste contratual, nas palavras de Hely Lopes Meirelles,⁶ é conduta contratual autorizada por lei para corrigir

os efeitos ruinosos da inflação, recompondo o valor fixado pelo licitante no momento da proposta, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição.

Costuma-se adotar, para fins de reajuste, uma indexação de preços que reflita a variação de custos de produção de determinado seguimento econômico, prática perfeitamente aceitável desde que conste de cláusula contratual expressa que estabeleça tais índices.

A questão acerca da legitimidade dos reajustes contratuais automáticos, estabelecidos no direito brasileiro a partir da criação dos mecanismos de correção monetária, merece análise sob a ótica do Direito Monetário.

Nesse sentido, veja-se que os institutos do reajuste e da correção monetária nem sequer se revelam como prerrogativa essencial e efetivamente exigível pelas partes, ainda que previstos em contrato, tendo em vista a forma deturpada com que esses institutos são tratados pelo ordenamento jurídico e por parte da doutrina.

A aludida distorção tem como principal fundamento o fato de que as ideias de “atualização do valor da moeda” e de “poder aquisitivo” têm deixado de ocupar papel coadjuvante, figurando, de forma equivocada, no conteúdo das normas monetárias, o que importa em subversão da hierarquia monetária e afronta ao próprio texto constitucional.

Explicando o tema com clareza, Letácio Jansen⁷ assevera que o “poder aquisitivo” deve figurar sempre como uma “noção auxiliar”, destinado a medir a variação dos preços, “servindo adequadamente ao Direito apenas como meio de prova”, sem a atribuição de significado mais amplo.

Os defensores da chamada “doutrina da correção monetária”, segundo Jansen, cometem grave equívoco ao conferir aos indexadores de preços papel de protagonismo, em detrimento da própria moeda nacional, que ocuparia papel secundário. Mostra-se incompatível com a disciplina constitucional da moeda o estabelecimento de uma ordem monetária paralela.

A moeda, vale frisar, deve ser o único e exclusivo valor fundamental de uma ordem monetária. Como bem leciona Jansen, qualquer norma a que se queira atribuir “o papel de corrigir a moeda, ou de criar uma ‘segunda’ unidade monetária, viola o artigo 21, VII da Constituição Federal Brasileira”, que estabelece a moeda nacional como “o único e exclusivo valor capaz de atribuir sentido monetário ao ato da emissão e de fundamentar as normas monetárias individuais”.

Portanto, a ideia de reajustes automáticos, desvinculados de uma avaliação acerca da necessidade de correção dos valores contratuais originalmente pactuados, acaba por quebrar a consensualidade no cumprimento e na execução dos contratos celebrados.

Não se pode impedir, portanto, que empresas estatais venham a negociar reajustes caso a caso, considerando, especialmente, o interesse no bom cumprimento das

prestações exigidas de suas contratadas, de modo a não aviltar o valor pago, tornando o contrato inexecutável, porém também não aceitando que majorações excessivas, decorrentes da aplicação automática de regras de reajuste, prejudiquem a economicidade (neste caso, especificamente, se houver demonstração de que o reajuste torna a opção pela manutenção do contrato menos vantajosa, do ponto de vista econômico, caberia até mesmo a realização de novos certames licitatórios, em obediência ao art. 70 da CRFB).

Vale lembrar, em reforço a esse entendimento, que a ausência de cláusula contratual que possibilite o reajuste, segundo a doutrina majoritária, tornaria o pacto até mesmo irremediável, já que, entre outros argumentos, o licitante não é obrigado a participar do certame, sendo-lhe facultado, inclusive, impugnar os termos do edital.

Já quando o contrato previr a possibilidade de reajuste, sem estabelecer, contudo, qual seria o índice aplicável, a doutrina aponta como solução o consenso entre as partes e a formalização de aditivos contratuais, em razão do inegável conteúdo negocial da matéria.

A solução apontada acima também pode ser aplicada, salvo melhor juízo, quando, muito embora o contrato indique o índice de correção aplicável, houver divergência entre as partes sobre a adequação do índice, ou seja, se ele realmente refletiria a situação econômica atual, recompondo corretamente o valor da moeda.

“Não se pode impedir, portanto, que as empresas estatais, não dependentes de recursos do tesouro, venham a negociar reajustes caso a caso, considerando, especialmente, o interesse no bom cumprimento das prestações e evitando majorações excessivas que prejudiquem a economicidade”

Nesse sentido, vale observar que nem sempre o índice previsto no contrato refletirá adequadamente a variação do valor da moeda e, por conseguinte, o interesse das partes. A esse respeito, Marçal Justen Filho⁸ assevera que a grande dificuldade consiste na imprevisibilidade dos índices inflacionários, que podem configurar-se, em determinadas situações, como anormais e extraordinários.

Tal divergência, como dito, poderá ser solucionada por meio da livre negociação entre as partes, tendo em vista o fato de que cláusulas de reajustamento se inserem no âmbito dos direitos disponíveis. Assim, nada impede que, em caso de divergência, as partes cheguem a consenso e celebrem aditivo contratual, reajustando o contrato de acordo com o índice que melhor reflita ambos os interesses.

Especificamente no caso de estatais não dependentes, além do argumento acima, cumpre ressaltar que a sua natureza de pessoa jurídica de direito privado lhe permite maior flexibilidade na fixação e alteração das cláusulas contratuais, tendo em vista a sua submissão às regras de direito privado.

Ainda que determinado contrato celebrado preveja um índice de reajuste específico (ex.: IPCA), nada impede que as partes contratantes, diante de controvérsia relacionada com a adequação deste índice, celebrem aditivo para, de comum acordo, estabelecer novo método de reajustamento que melhor atenda a ambos os interesses ou mesmo estipulem percentual inferior, atendendo às possibilidades financeiras da Companhia e ao princípio da economicidade.

Cumpre frisar que a doutrina de Direito Civil recomenda a livre negociação entre as partes para a superação das controvérsias relacionadas com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A própria ideia de equilíbrio, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald,⁹ significa “a contemplação dos interesses legítimos de cada parte, com o qual se liga a exigência de respeito mútuo, para que ninguém realize os seus interesses às custas do outro”.

Não obstante a recomendação da doutrina, caso não se chegue a um consenso a respeito dos índices de reajuste, nada impede que empresas estatais instaurem novo procedimento licitatório para a contratação de empresa que aceite ofertar o objeto contratual nas condições por ela estipuladas.

Em suma, verifica-se que o reajustamento é, acima de tudo, questão negocial, que somente deve ser concedido em havendo crivo favorável do administrador, a ser aferido à luz dos interesses perseguidos pela Companhia, do panorama econômico, bem como de suas possibilidades financeiras e orçamentárias.

Por igual, a partir das lições de Letácio Jansen, mostra-se de fato equivocada a tese que defende a obrigatoriedade da correção periódica do valor da moeda. Assim, ainda que previsto em lei ou contrato, o reajuste monetário importaria

afronta à própria ordem monetária e constitucional, uma vez que o estabelecimento de índices de correção minimiza o protagonismo conferido pelo ordenamento jurídico à moeda nacional, criando uma ordem monetária paralela.

Assim, apesar de se inserir no âmbito negocial, o reajuste eventualmente pleiteado pela parte contratada, sob a ótica do Direito Monetário, pode ser negado pela Administração, nada impedindo a instauração de novo procedimento licitatório para a contratação de empresa que aceite ofertar o objeto contratual nas condições estipuladas pelo Poder Público.

V. Conclusão

Verifica-se, desse modo, que a ideia de reajustes automáticos, desvinculados de uma avaliação acerca da correção dos valores contratuais originalmente pactuados, acaba por quebrar a consensualidade no cumprimento e na execução dos contratos celebrados.

Não se pode impedir, portanto, que as empresas estatais, não dependentes de recursos do tesouro, venham a negociar reajustes caso a caso, considerando, especialmente, o interesse no bom cumprimento das prestações e evitando majorações excessivas que prejudiquem a economicidade.

Conclui-se, assim, que existe pleno amparo legal para que sejam realizados reajustes negociados, em detrimento da pretensão de majorações automáticas e compulsórias dos valores de seus contratos, sendo certo que, caso não se logre êxito em eventual negociação, nada impede que se proceda à instauração de novo procedimento licitatório para a contratação de empresas que aceitem ofertar, nas condições estipuladas, os respectivos objetos contratuais. 

Notas

¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 520.

² SANTOS, Teophilo de Azeredo Santos. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 31.

³ DA CUNHA, Paulo César Melo. O tratamento jurídico das empresas estatais e os reflexos do consórcio celebrado entre empresas do setor público e do setor privado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 56, p. 271, 2002.

⁴ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 146 e 157-158.

⁵ MARTINS, Ives Gandra et al. *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, São Paulo: Saraiva, 2012, p.97.

⁶ GOMES, Orlando. *Contatos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 26

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 35ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2009, P. 219.

⁸ JANSEN, Letácio. *A moeda nacional brasileira*, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 75.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 749.

¹⁰ ROSENVALD, Nelson et al. *Curso de direito civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 227-228, vol. 4.