

PARECER Nº 22/91 - MARIA THEREZA WERNECK MELLO

As sociedades de economia mista prestadoras de serviço público não se aplica o art. 173, § 1º, da Constituição Federal.

Os contratos de obra pública firmados entre o METRÔ e as EMPREITEIRAS sujeitam-se ao regime de direito público.

Revisão de preços difere de reajuste de preços, dependendo sua ocorrência de especiais condições (Teoria da Imprevisão).

Caracterizada a nulidade no contrato, deve ela ser declarada pelo METRÔ, ouvida a outra parte, e apurada a responsabilidade de quem lhe tenha dado causa.

A indenização à Empreiteira, se devida, restringir-se-á às obras e serviços realizados até a data da declaração da nulidade.

PRES-225/91-METRÔ (25/07/91)

O Senhor Diretor-Presidente da Cia. do Metropolitano do Rio de Janeiro, nos termos do Ofício PRES-225/91 de 25/07/91, consulta esta Procuradoria Geral do Estado sobre a legalidade de contratos firmados com empreiteiras, "com o intuito de buscar a sua anulação face aos danos causados".

Isto porque algumas alterações contratuais, "particularmente a aplicação da Taxa Andima nos cálculos de correção da dívida vencida (aditivos nºs 1 e 3), trouxe prejuízos de monta à Companhia".

Ademais, aduz o Sr. Presidente que "a execução de obras sem Verificação de Disponibilidade Orçamentária (VDO) e sem Autorização de Serviço (A.S.) caracterizam situação de irregularidade que gerou os termos de reconhecimento de dívida na tentativa de contorná-la". Em relação a tais instrumentos, argumenta, afinal, que, "mesmo que eles sejam juridicamente válidos, fica caracterizada a sua imoralidade, por beneficiar aqueles que praticaram irregularidades contratuais ao executarem obras sem as respectivas autorizações".

Em anexo ao citado Ofício PRES 225/91, foram encaminhados, para exame:

1) Relatório da Auditoria Interna nº 11/91, tendo por objeto, "avaliar a decisão de início, bem como os procedimentos utilizados na regularização dos serviços desenvolvidos pelas empreiteiras, em face da não liberação de recursos por parte do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES".

Neste Relatório foram examinados os seguintes processos:

- nº 1027/87 e seus aditivos firmado com a Construtora Andrade Gutierrez S/A;
- nº 1028/87 e seus aditivos firmado com a Companhia Brasileira de Projetos e Obras - CBPO.

2) Cópia do Contrato nº 1027/87 e Termos Aditivos firmados com a Construtora Andrade Gutierrez S/A;

3) Relatório da Auditoria Interna nº 11-A/91 que continuando o Relatório AUDIT-11/91, analisa os orçamentos aprovados para 1987 a 1990 e as aplicações, por fontes de recursos, aos pagamentos efetuados, no período, relativamente aos seguintes contratos:

- a) - 1027/87 - Construtora Andrade Gutierrez S/A;
- b) - 1028/87 - Cia. Brasileira de Projetos e Obras - CBPO;
- c) - 1009/88 - Paranapanema S/A - Mineração, Indústria e Construções;
- d) - 1010/88 - Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A;

e) - 1011/88 - Empresa Carioca de Engenharia S/A; e

f) - 1080/88 - Construtora Queiroz Galvão S/A

Do exame da documentação encaminhada, dois aspectos desses contratos do plano de expansão merecem ser cuidadosamente apreciados a fim de se verificar da sua legalidade. São eles:

I - o atendimento pelo METRÔ do disposto:

la) - no artigo 6º e seu § 2º do DL 2300/86, segundo o qual:

Art. 6º - "As obras e os serviços só podem ser licitados, quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente, e contratados somente quando existir previsão de recursos orçamentários."

§ 2º - A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa."

Ib) - nos Artgs. 87 e 88 da Lei 287/79, v.g.:

"Art. 87 - É vedada a realização de despesa sem prévio empenho;

Art. 88 - A despesa que, por determinação legal ou contratual se tenha de realizar em vários exercícios, só será empenhada, em cada ano, pelos quantitativos correspondentes ao exercício do compromisso."

II) - a legalidade das cláusulas de reajuste do preço do contrato, mormente, daquelas relativas aos pagamentos em atraso, cabendo verificar:

a) estavam elas devidamente previstas no respectivo Edital de licitação?

b) foram estipuladas de acordo com a legislação federal específica vigente na data de sua publicação?

c) podem essas cláusulas ser alteradas na vigência do contrato sob o argumento de restauração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com base no princípio da imprevisão?

Apreciados esses quesitos, restaria, então, concluir sobre a validade do contrato, a responsabilidade das partes contratantes, inclusive das autoridades que aprovaram e assinaram o contrato e, afinal, sobre as medidas administrativas e judiciais cabíveis.

Preliminarmente, porém, há de se examinar o fato de o METRÔ, uma sociedade de economia mista, sujeitar-se às regras previstas no DL nº 2300/86 pertinentes ao controle orçamentário e aos contratos administrativos em face do que dispõe o art. 173 e seu § 1º da Constituição Federal, v.g.:

"Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.

§ 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias."

Nos termos da Lei nº 1736 de 14 de novembro de 1968 e do Decreto-Lei 35 de 15 de março de 1975, a Cia. de Metropolitan do Rio de Janeiro-METRÔ é uma sociedade de economia mista com as seguintes finalidades principais:

I - construir, implantar e operar o sistema de transporte rápido-metropolitano no Estado;

II - exercer o controle técnico, econômico e financeiro da operação do sistema."

Trata-se, portanto, de uma sociedade de economia mista prestadora de serviço público - transporte coletivo de âmbito metropolitano -, em conformidade com o disposto no art. 25 § 3º da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 64 de 21 de setembro de 1990 do Estado do Rio de Janeiro.

Por essa razão, ao METRÔ - sociedade de economia mista prestadora de serviço público - não se aplica o disposto no Art. 173, § 1º, da C.F., retromencionado.

É o que passaremos a demonstrar.

O Título VII, "Da Ordem Econômica e Financeira", cuida em seu capítulo I dos "princípios Gerais da Atividade Econômica".

Entre esses princípios gerais cabe destacar, por pertinente ao assunto em discussão, os seguintes:

a) - liberdade de iniciativa privada, sendo assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo aos casos previstos em lei (art. 170 e Parágrafo Único);

b) - livre concorrência (art. 170, IV);

c) - a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, e ressalvados os casos previstos na C.F. (art. 173);

d) - a prestação de serviços públicos incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão (art. 175).

Teria a Constituição, em face do que se contém nesses dispositivos, feito a distinção entre atividade econômica e serviço público?

Entendo que sim.

Com efeito, ao fixar no Parágrafo Único do art. 170 a regra geral de ser assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, é de se concluir que objetivou a Constituição, quando menciona atividade econômica, inferir-se às atividades privadas e não, é óbvio, aos serviços públicos.

Estes nos precisos termos do art. 175 incumbem ao Poder Público, ou ao setor privado, mediante concessão ou permissão do Poder Público.

Coerentemente, no art. 173, dispôs a Carta Magna que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida nos estritos casos que menciona.

Sim, porque sendo o princípio básico o da livre iniciativa no exercício da atividade econômica, apenas excepcionalmente permitir-se-ia a participação do Estado nessa atividade.

Da mesma forma, quando essa atuação estatal ocorresse, nos termos da lei, através da empresa pública e da sociedade de economia mista ou outras entidades (entendo, sob controle do Estado) deverá ela, em obediência ao princípio da livre concorrência que rege a atividade privada, sujeitar-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto às obrigações tributárias e trabalhistas", nos termos do § 1º do art. 173 da C.F.

A conclusão, portanto, é de que a Constituição nos artigos 170, Parágrafo Único, 173 e seus § 1º, e no art. 175 distinguiu a atividade econômica de serviço público:

- o serviço público incumbe ao Poder Público, ou ao setor privado, mediante concessão ou permissão, inserindo-se no âmbito da atuação estatal (art. 175);

- a atividade econômica compete à iniciativa privada, independentemente de autorização do Estado (art. 170, Parágrafo Único);
- o exercício da atividade econômica pelo Estado tem caráter excepcional, podendo ocorrer nas estritas hipóteses constitucionais (Art. 173).

Nessas condições, no art. 173 e seu § 1º, a expressão "atividade econômica" não abrange evidentemente os serviços públicos, sob pena de desconsideração do princípio constitucional que o define como atribuição do Poder Público.

Esse entendimento é o adotado pelos seguintes renomados juristas, conforme se vê das citações abaixo.

- JOSÉ AFONSO DA SILVA, in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição revista e ampliada de acordo com a nova Constituição, 2ª tiragem, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1990:

"A atividade econômica, no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores da empresa privada.

O serviço público é, por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público."

"Tenha-se presente essas distinções para a compreensão da natureza e limites das empresas estatais; pois sob o ponto de vista de sua função diferenciam-se em dois tipos: as prestadoras ou exploradoras de serviços públicos (como a CESP, a CEMIG, a Companhia do Metrô, a TELEBRÁS; A Rede Ferroviária Federal, a VASP etc.) e as exploradoras de atividade econômica (como a PETROBRÁS, a Vale do Rio Doce, o Banco do Brasil, a EMBRAER, a COSIPA etc.). O regime jurídico dessas empresas é diferente. As primeiras entram no conceito de descentralização de serviços pela personalização da entidade prestadora. Assim é que diz a Constituição que os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações serão explorados diretamente pela União ou mediante concessão a empresas sob seu controle acionário (art. 21, XI), e diz ainda que compete à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiofusão e os demais de telecomunicação, os de energia elétrica etc. (art. 21, XII). É certo que, no caso do art. 21, XII, p. ex., a autorização, concessão ou permissão pode ser feita numa empresa privada mediante instrumento de direito público." (p. 672/673).

"Cumpra observar que a exploração dos serviços públicos, conforme indicado acima, por empresa estatal, não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles. Efetivamente, não tem cabimento falar em excepcionalidade, subsidiariedade, em relação a prestação de serviços públicos por entidades estatais ou por seus delegados. Portanto, também não comporta mencionar, a respeito deles, a preferência da iniciativa privada. Significa dizer, pois, que a empresa estatal prestadora daqueles e de outros serviços públicos pode assumir formas diversas, não necessariamente sob o regime jurídico próprio das empresas privadas (p. 674)."

"Instrumentos de participação do Estado na economia são a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades ou paraestatais, como são as

subsidiárias daquelas. As empresas e entidades que exploram atividade econômica terão que ser criadas por lei específica, assim como depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de suas subsidiárias (art. 37, XIX e XX), e sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias e não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. Recordemos que essas exigências não se aplicam às empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos (p.675)."

HELLY LOPES MEIRELLES, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª edição atualizada pela Constituição 1988, Ed., Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1989:

"Vê-se que a sociedade de economia mista é, apenas, um instrumento administrativo de descentralização de serviços públicos ou de atividades de interesse coletivo, razão pela qual deve moldar-se pelas conveniências regionais e locais da entidade estatal que a instituir, desde que observe a exigência constitucional de operar (não confundir com organizar) segundo as normas que regem a operação (não a organização) das empresas privadas, e assim mesmo, somente quando lhe for cometida exploração de atividade econômica. Observe-se que a Constituição da República, não impõe forma a qualquer empresa estatal, nem lhe discrimina o objeto; apenas, condiciona a que, quando o Estado lhe incumbir de alguma atividade econômica só poderá explorá-la em igualdade de condições com as empresas particulares e em caráter suplementar da iniciativa privada para não lhe fazer concorrência (art. 173 e §§). Mas, isto não impede que o Estado traspasse à sociedade de economia mista, serviços públicos compatíveis com a natureza da instituição, mesmo que não consubstanciem atividades econômicas, e, neste caso, pode operá-los em condições diversas das da iniciativa privada, pois não haverá qualquer ofensa à ordem econômica e social, sob cujo título se inscreve a vedação constitucional, para as atividades econômicas que não se confundem com serviços públicos (p. 326)."

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, in *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª edição, 2ª tiragem, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1983 (Comentando os arts. 163 e 170 da CF/69):

"Com isto se verifica que os serviços correspondentes à exploração de atividade econômica não são serviços públicos porque não competem ao Poder Público, a não ser supletivamente e ainda assim sob a regência do direito privado, circunstâncias que os apartam irremissivelmente da categoria de serviços públicos" (p. 24).

Cite-se, ainda, o que a respeito do art. 173 e §§ comenta a Fundação Prefeito Faria Lima - CEPAM, Centro de Estudos e Pesquisas da Administração Municipal, in *Breves Anotações à Constituição de 1988*, Ed. Atlas, S. Paulo, 1990, p. 404:

"Os comentários acerca deste dispositivo devem necessariamente partir de uma premissa fundamental, qual seja, tratar-se aqui de normas para o Estado-empresário, ou seja, o Estado enquanto interventor direto na ordem econômica e não do Estado enquanto prestador de serviços - ainda que de conteúdo econômico - aos quais se aplicam princípios diferentes.

Assim é que, presentes os requisitos exigidos do "caput" do artigo - segurança nacional ou relevante interesse coletivo, a serem definidos em lei -, o Estado poderá intervir diretamente na economia."

Caracterizado, assim, o fato de ser o METRÔ uma sociedade de economia mista prestadora de serviço público - à qual não se aplica portanto o disposto no § 1º do art. 173 da Constituição Federal - resta apreciar as conseqüências dessa conclusão.

Sabe-se que a atuação estatal sujeita-se a regras e princípios de direito público que visam não só a resguardar o interesse coletivo como também a proteger os indivíduos e grupos sociais contra "ação desatada ou descomedida do poder público", nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, no artigo, *Natureza Essencial das Sociedades Mistas e Empresas Públicas: Conseqüências em seus Regimes*, publicado na R.D.A. nº 159, p. 1.

O fato de essa atuação estatal realizar-se de forma descentralizada, através de entidades paraestatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado, não a exclui desse regime.

De há muito, a Doutrina destaca tais aspectos, como pode-se depreender da lição do ilustre Prof. Caio Tácito, no artigo intitulado "Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais" (RDA 151/22), a propósito da "convivência que se estabelece, nas empresas estatais, entre a norma pública e a norma de direito privado", onde conclui enfatizando que

"No conflito eventual que entre elas se possa oferecer como desafio ao intérprete, é fundamental ter presente que o direito privado é, no caso, *instrumental* ao passo que o direito público é *substancial e orgânico*. O primeiro serve de veículo a que se alcance o objetivo traçado pelo último, ou seja, a *finalidade pública* da ação administrativa do Estado, definida em lei e visando ao bem comum."

Nessa linha de raciocínio, o eminente Celso Antonio B. de Mello, in *Natureza Essencial das Sociedades Mistas e Empresas Públicas, Conseqüências em seus Regimes*, RDA 159, p. 4, após destacar que, por força do "próprio texto constitucional", as sociedades de economia mista "vêm-se colhidas por normas, ali residentes, que impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de direito privado", observa que

"em caso algum seu regime será idêntico ao das empresas privadas. Em sendo assim, reforça-se a idéia de que não se podem esquivar a certas disposições que configuram garantias mínimas para defesa de certos interesses públicos quando se trate de *entidades prepostas ao desempenho de serviços públicos ou atividades especificamente públicas*."

Entre essas garantias mínimas, certamente está a obrigação de se submeterem aos princípios sobre licitação e sobre contratos administrativos, assim como a disciplina que imponha certas contenções a seus agentes."

E mais adiante, além dos aspectos jurídicos destacados, o grande administrativista observa ser indispensável lembrar que, na atualidade, a maioria ou pelo menos grande parte das aquisições e contratos mais vultosos efetuados pelo poder público é realizada precisamente por estas entidades", para concluir, afinal, que se a eles não se aplicassem as normas de direito público pertinentes, "todo o mecanismo cautelar previsto para contratos deste jaez perderia seu principal objeto". Daí porque "se impõe o regime licitatório e o regime do contrato administrativo às pessoas governamentais que prestam serviços públicos ou realizam obras públicas".

Esse entendimento aliás não difere do do grande Hely Lopes Meirelles que, in *Licitação e Contrato Administrativo*, 9ª edição atualizada pelo Decs.-Leis 2300/86,

2348/87, 2360/87 e pela Constituição de 1988, Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, p. 172, conceitua contratos administrativos como

"o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própria Administração.

Nessa conceituação se enquadram os ajustes da Administração centralizada ou direta e da descentralizada ou indireta, porque ambas podem firmar contratos com peculiaridades administrativas que os sujeitem aos preceitos do direito público."

Igualmente Carlos Pinto Coelho Motta in *Licitação e Contrato Administrativo*, Belo Horizonte, M.G., Ed. Lê, 1990, p. 85, comentando o art. 44 do Decreto-Lei nº 2300/86, que "inaugura no Estatuto as disposições sobre contratos administrativos, observa que:

"Mesmo as entidades paraestatais, sobretudo as prestadoras de serviço público, quando contratam obras públicas, submetem-se ao regramento do art. 44, em questão, e dos seguintes. Ou seja, praticam contrato administrativo."

In *casu*, os contratos formados entre o METRÔ e as empreiteiras destinavam-se à expansão das linhas do METRÔ, construindo-se novas estações, ou seja, tinham por objeto realizações materiais em imóveis, destinadas à fruição de determinados usuários, caracterizando-se, entre os contratos administrativos, como Contrato de obra pública, conforme definição de Hely Lopes Meirelles, na obra *Licitação e Contrato Administrativo*, retromencionada, p. 256, *in verbis*:

"*Contratos de obra pública*, em sentido amplo, são todos aqueles ajustes da administração direta ou centralizada e indireta ou descentralizada, que tenham por objeto realizações materiais em imóveis, destinadas ao uso comum do povo, à fruição de determinados usuários ou à utilização das próprias repartições administrativas."

Em face de todo o exposto, é de se concluir que os contratos firmados entre o METRÔ e as empreiteiras, não de ser examinados à luz dos princípios e normas pertinentes dos contratos administrativos, em especial, o Decreto-Lei nº 2300/86 e Lei estadual nº 287/79 e seu Regulamento, Decreto nº 3149/80.

I - A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA

Dispõe o art. 6º do Decreto-Lei nº 2300/86 que as obras e serviços só podem ser contratados "quando existir previsão de recursos orçamentários".

Ao contrato 1.027/87 firmado com a Construtora Andrade Gutierrez - a cujo exame específico nos restringimos, vez que apenas este nos foi remetido - foi atribuído pelas partes "o valor total estimado" de

Cz\$ 2.271.848.625,80 (dois bilhões, duzentos e setenta e um milhões, oitocentos e quarenta e oito mil, seiscentos e vinte e cinco cruzados e oitenta centavos) (C1.4.3), prevendo a C1.9.1 o prazo total para o término dos serviços de 912 (novecentos e doze) dias corridos.

Trata-se, portanto, de despesa a efetuar-se em diversos anos, o que permite apenas a inscrição no orçamento pela parte programada e a ser realizada no respectivo exercício (art.40, Lei nº 287/79).

Nessas condições, como não dispomos dos dados relativos à programação de execução do contrato 1027/87, terá sido lícita a sua contratação, nos termos do referido art. 6º, se a previsão orçamentária, a que alude o Relatório AUDIT nº 11-A/91 (Ver inciso 3.1 e

Anexo I), corresponder à previsão da despesa programada para o exercício de 1987. Caso contrário - e, de fato, é o que se afigura, haja vista o pequeno valor de Cz\$ 2.327.064,00 aprovado para o exercício (inciso 3.1) - caracterizar-se-ia a infringência ao citado art. 6º, aplicando-se, em consequência, o § 2º do mesmo artigo que declara a nulidade "dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa".

Destaque-se, ademais que, nos termos do art. 258, inciso V, da Lei estadual nº 287/79, incluem-se entre as *cláusulas necessárias* em todo o contrato "o valor, a dotação orçamentária e o nº da Nota de Empenho da Despesa". Ora, como se vê da Cláusula Vigésima Sétima, "Fiscalização Financeira e Publicidade, inciso 27.2 - "o orçamento em vigor prevê as despesas decorrentes do presente Contrato, conforme VDO nº", *restou incompleto*, o que reforça o entendimento de infringência ao art. 6º e de consequente nulidade do contrato.

Além disso, no que tange à execução orçamentária, cabe ainda apreciar os seguintes fatos descritos no Rel. AUDIT 11-A/91:

- a) - no ano de 1987 - de terem sido emitidas autorizações de serviço, sem cobertura orçamentária suficiente (inciso 3.1);
- b) - no ano de 1988 - b.1 - de ter havido pagamento em valor superior às verificações de Disponibilidades Orçamentárias (VDOs) emitidas (inciso 3.2);
b.2) - de ter sido efetuado pagamento por conta do contrato 1080/88 (Const. Queiroz Galvão), sem a prévia emissão de A.S. (inciso 3.2);
- c) - no ano de 1989 - de terem sido executados serviços sem prévia emissão de autorização de Serviço, nem de V.D.O., (incisos 3.3 e 5); os serviços executados no período de set/88 a dez/89 foram objeto de contratos de confissão de dívida assinados em 2/9/88 e 26/9/90;
- d) - no ano de 1990 - C.1 - de terem sido emitidas A.S., com valores ref. Io - maio/87 e, posteriormente, alterados esses valores, manualmente, nas ASSs em set/90, para Io = Jan/90 (inciso 3.4)
C.2 - de terem sido emitidas VDOs, com valores mil vezes menores constantes das ASSs, aprovadas em Cz\$ e (sic) Io - maio/87 e convertidas para Cr\$, em 1990 (inciso 3.4).
- e) - de terem sido liberados *recursos* pelo Estado, em 1988, para pagamento dos vários contratos com empreiteiras, no valor de Cz\$ 5.491.000.000,00, dos quais foram repassados às empreiteiras Cz\$ 4.065.120.717,60; em 1990, ao contrário, de terem sido pagos às empreiteiras Cr\$ 484.833.515,36, valor superior em Cr\$ 59.833.515,36 aos Cr\$ 425.000.000,00 liberados pelo Estado;

Comentários

Um dos princípios básicos que regulam a realização de despesa pública é o princípio da legalidade.

A despesa pública só pode ser realizada mediante prévia autorização legal, conforme prescrevem, entre outros dispositivos, os incisos I e II do art. 167 da Constituição Federal, *v. g.*:

"Art. 167. São vedados:

- I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;
- II - a realização de despesa ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

Daí o porquê não só do art. 6º mas também de outros artigos do Decreto-Lei nº 2300/86, retomado.

Cite-se por exemplo, o disposto nos artigos 13, 31 e 45 do citado diploma legal.

O artigo 13 dispõe que nenhuma compra será feita sem "indicação dos recursos financeiros para seu pagamento".

O artigo 31 determina que o procedimento da licitação indicará o "recurso próprio para a despesa".

O artigo 45 inclui entre as Cláusulas necessárias em todo contrato a que estabeleça "a indicação dos recursos para atender às despesas".

Todos objetivam resguardar o princípio maior de não poder ser autorizada despesa sem a correta previsão de recursos orçamentários, tudo com a finalidade de assegurar o cumprimento, com pontualidade, de obrigação assumida pela Administração.

A nível de legislação estadual, citem-se os seguintes dispositivos do Código de Administração Financeira e Contabilidade Pública - Lei nº 287/79, que tratam do *poder de gasto* a que se subordina todo ordenador de despesa:

"Art. 60. O montante da cota financeira programada anualmente para cada órgão ou entidade da Administração Estadual, observado o disposto no art. 58, define seu *poder de gasto, sendo vedado assumir compromissos e obrigações que ultrapassem aquele montante*" (grifei).

"Art. 63. Nenhuma despesa poderá ser realizada sem a existência de crédito que a comporte ou quando imputada a dotação imprópria, vedada expressamente qualquer atribuição de fornecimento ou prestação de serviços cujo custo exceda os limites previamente fixados em lei.

Parágrafo Único - Mediante representação do órgão contábil serão impugnados quaisquer atos referentes a despesas que incidam na proibição do presente artigo."

"Art. 81 - A despesa do Estado obedecerá à Lei de Orçamento e às leis especiais, constituindo crime de responsabilidade os atos dos ordenadores que contra elas atentarem."

"Art. 82

"§ 3º - Para fins do disposto neste artigo, entende-se como ordenador de despesas toda e qualquer autoridade de cujos atos resultem reconhecimento de dívida, emissão de empenho, autorização de pagamento, concessão de adiantamento, suprimento de fundos ou dispêndio de recursos do Estado ou pelos quais este responda."

"Art. 84

§ 1º - O empenho de despesa far-se-á, estritamente, segundo a discriminação orçamentária e não poderá exceder o limite dos créditos concedidos."

"Art. 85 - O empenho da despesa compreende a autorização e a formalização.

§ 1º - A autorização é a permissão dada por autoridade competente para a realização da despesa.

§ 2º - A formalização é a dedução do valor da despesa, feita no saldo disponível da dotação ou do crédito apropriado comprovada pela Nota de Empenho."

"Art. 87 - É vedada a realização de despesa sem prévio empenho. . ."

Destaque-se, finalmente, que o próprio EDITAL de licitação que originou o Contrato 1027/87 dispôs em seu Anexo I, inciso 12.5 que "os serviços serão executados mediante o regime de Ordens de Serviço vinculadas à prévia verificação de disponibilidade

de recursos, constando em cada uma delas o escopo e as datas de início e de término dos serviços contemplados".

É de se entender que a Verificação de disponibilidade (de recursos) ou Orçamentária - VDOs corresponde ao "empenho" de que fala a Lei nº 287/79.

Nessas condições, pode-se, em resumo, fazer a seguinte correspondência entre os atos orçamentários do METRÔ descritos nas Letras a a anteriormente e os dispositivos legais violados:

ATOS DO METRÔ

DISPOSITIVOS LEGAIS VIOLADOS

a) Em 1987 - contratou e autorizou serviço, sem orçamento suficiente;

- Art. 167 - I e II - CF.
- Art. 6º D.L. 2300/86
- Art. 60 Lei 287/79

b) Em 1988, realizou pagamento em valor superior ao empenho (V.D.O.)

- Art. 167 II - CF
- Art. 63 - Lei 287/79
- Art. 84 § 1º - Lei 287/79
- Art. 87 - Lei 287/79

realizou despesa (com V.D.O.) sem prévia "autorização de serviço".

- Art. 85 e § 1º Lei 287/79

c) Em 1989, assumiu obrigações autorizando serviços, sem A.S. e sem V.D.O. (confissão de dívida)

- Art. 167 I - CF
- Art. 6º DL 2300/86
- Art. 60 - Lei 287/79
- Art. 63 - Lei 287/79
- Arts. 85, 86, 87 - Lei 287/79

d) repassou recursos às empreiteiras em valor inferior (em 1988) ou superior (em 1990) ao liberado pelo Estado

- Art. 60 e 63. Lei 287/79
- Art. 81 - Lei 287/79
- Art. 87 - Lei 287/79

Quanto à questão indicada na letra d, de alterações e rasuras nas A.S. e V.D.Os é evidente que tais documentos não podem conter rasuras, sob pena de perda de sua autenticidade e conseqüente força probatória.

De qualquer modo, essa é uma questão a ser examinada caso a caso, para se verificar se configuraria mera irregularidade ou se efetivamente resultaria de ato doloso com o objetivo de fraudar a lei, caso em que aqueles documentos seriam nulos, inaptos, portanto, a produzir os efeitos a que se destinavam.

Finalmente, para afastar quaisquer dúvidas quanto à aplicação dessas normas de administração financeira às sociedades de economia mista, é pertinente observar que:

- em face do que dispõem os arts. 8, II, 250, 259 e 261 da Lei nº 287/79, o lúcido

Procurador AMLCAR MOTTA, em seu Ofício 14/89 de 14/6/89, que mereceu aprovação, concluiu que:

"trocado em miúdo, vê-se que esse diploma estadual adota os seguintes postulados básicos:

a) aplicam-se à empresas públicas, (e às sociedades de economia mista, acrescento eu) como regra geral, as mesmas normas de administração financeira estabelecidas para a administração direta;

b) o orçamento dessas entidades observará, também em regra, as normas gerais de Direito Financeiro;

c) estão sujeitas, quanto à administração financeira, ao duplo controle externo e interno."

Por derradeiro, cumpre ainda deixar registrado que o art. 315 do Código Penal tipifica como crime "dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei", considerando o art. 327, funcionário público para os efeitos penais quem, embora transitóriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Nesse conceito, por força do Parágrafo Único do mesmo art. 327, inclui-se "quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal."

II - O contrato 1027/87

As cláusulas de reajuste de preços

Passemos agora ao exame do contrato que nos foi encaminhado - o de nº 1027/87 firmado com a Construtora Andrade Gutierrez S.A. em 16/10/87 e alterações posteriores - bem como do respectivo EDITAL, obtido em 21/8/91, por nossa expressa solicitação, junto ao Presidente da Comissão de Sindicância do METRÔ na SECTRAN.

É importante gizar, de início, que tal exame restringir-se-á às cláusulas de reajuste do preço contratado.

Os termos do contrato 1027/87, retromencionado, correspondem, exatamente aos da minuta anexa ao respectivo EDITAL, o qual ficou "à disposição dos interessados a partir de 20 de julho de 1987", o que leva a crer ter sido divulgado nessa época, ou seja, em julho/87, sendo tal fato importante a fim de identificar a legislação então vigente.

Com efeito, nessa época estava em vigor o Decreto-Lei nº 2290 de 21 de novembro de 1986, cujo art. 2º, com a redação do Decreto-Lei nº 2322 de 26 de fevereiro de 1987, assim dispunha:

"Art. 2º. Somente poderão ter cláusulas de reajuste os contratos que o vinculem às variações nominais da Obrigação do Tesouro Nacional - OTN, observada para as locações residenciais, periodicidade não inferior a seis meses.

§ 1º. O disposto neste artigo não é obrigatório:

I - aos contratos cujo objeto seja a venda de bens para a entrega futura ou a prestação de serviços contínuos futuros, ou a realização de obras, os quais poderão conter cláusula de reajuste baseada em índices que reflitam a variação do custo de produção ou do preço dos insumos utilizados, ou índices setoriais ou regionais de custo e preços".

"§ 2º - É vedada, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste vinculada a variação cambial ou do salário mínimo, ressalvadas as exceções previstas em lei federal ou quando tratar-se de insumos importados que componham os custos referidos no item I do parágrafo anterior."

Nessas condições, entendo lícitas as condições de reajustamento previstas nas Cláusulas 6.1 e 6.2 do contrato, que se referem "aos índices setoriais de custos da Construção Civil, elaboradas pela Fundação Getúlio Vargas e publicados mensalmente pela Revista *Conjuntura Econômica*, nos seguintes termos:

"CLÁUSULA SEXTA - REAJUSTAMENTO

6.1 - A parcela de reajustamento será faturada em separado, correspondendo, a cada fatura de serviços, uma de reajustamento, quando devido, calculado segundo a seguinte fórmula:

$$R = P_o \times \frac{\text{Imi} - \text{Imo}}{\text{Imo}}$$

onde:

R = Valor do reajustamento

P_o = Valores líquidos das faturas relativas aos serviços executados no período sujeito ao reajustamento;

Imi = Índice composto, calculado pela Fundação Getúlio Vargas, em função de fórmula, componente estabelecidos a seguir, referente ao mês de execução dos serviços.

Imo = Mesmo índice referente ao mês de referência dos preços contratuais, ou seja, maio de 1987.

6.2 - Serão adotados índices setoriais de custos da Construção Civil, elaborados pela Fundação Getúlio Vargas e publicados mensalmente pela Revista *Conjuntura Econômica*, com os seguintes percentuais:

20% - Mão-de-obra Especializada (Col. 13)

5% - Mão-de-obra Não Especializada (Col. 14)

10% - Equipamento Nacional (Col. 15)

15% - Cimento (Col. 17)

8% - Madeira (Col. 18)

4% - Produtos Siderúrgicos (Col. 19)

10% - Pneus (Col. 25)

5% - Óleos Diesel (Col. 26)

3% - Explosivos (Col. 29)

15% - Materiais de Perfuração (Col. 30).

2% - Eletrodos (Col. 31)

3% - Aditivos de Concreto (Col. 32)

Na Cláusula Décima-sexta, outrossim, estipularam as partes "Correção por Atraso de Pagamento", segundo "a correção monetária aplicável às Obrigações do Tesouro Nacional, considerando-se como base a data de vencimento de cada fatura".

Tal previsão, além de estar de acordo com o citado Decreto-Lei nº 2290/86, com a alteração do Decreto nº 2322/87, encontra respaldo em decisões da Suprema Corte (p. ex.: RE 113.8921-SP (BLC 6/89 p. 273) relativas à correção de pagamentos em atraso feitos pela Administração, não sendo válido o eventual argumento de inexistência, então, de legislação estadual para esse específico fim.

A Cláusula 6.3 - "O FATOR K"

Dúvidas entretanto surgem quanto à validade da Cláusula 6.3 do contrato, do seguinte teor:

"6.3 - Semestralmente, com o objetivo de se corrigir distorções e assim manter o equilíbrio econômico do contrato, o CONSTRUTOR, em conjunto com o METRÔ, determinará o valor de um coeficiente de correção analítica dos preços contratuais adotando-se para o seu cálculo a seguinte metodologia:

$$K = \frac{V_2 - V_o}{V_1 - V_o}$$

onde

K = Coeficiente de correção analítica dos preços contratuais, calculado com base na variação de mercado dos preços dos insumos que fazem parte das composições de preços dos serviços de Planilha de Orçamento;

Sua determinação será a cada período de 6 (seis) meses, contados a partir do mês de referência dos preços. Cada valor assim calculado será aplicado a medições dos 6 (seis) meses subsequentes.

V₂ = Somatória dos valores resultantes da multiplicação das diferenças (positivas ou nulas) entre as quantidades constantes da Planilha de Serviços e as quantidades acumuladas, medidas até o 2º mês anterior aos meses de cálculos, pelos respectivos preços unitários contratuais, estes recalculados com base nos preços de insumos de mercado, vigentes no último mês do período de análise conservando-se os coeficientes originais das respectivas Composições de Preços Unitários Contratuais.

V₁ = Somatória dos valores da multiplicação das mesmas quantidades consideradas no cálculo de V₂ pelos respectivos preços unitários e constantes da Planilha de Serviços, reajustados para o último mês do período em análise, pela fórmula de reajuste contratual constante no item 6.2.

V_o = Somatória dos valores resultantes da multiplicação das mesmas quantidades consideradas no cálculo de V₂ e V₁, pelos respectivos preços unitários e constantes da Planilha de Serviços, no mês de referência dos preços.

Desta forma, o valor mensal de cada medição dos serviços realizados será determinado, através da seguinte fórmula:

$$V = P_o + KR$$

V = Valor mensal da medição, corrigido analiticamente;

K = Coeficiente de correção analítica dos preços contratuais, para o período em questão;

P_o = Respetivo Valor mensal da medição, calculado a preços iniciais do Contrato;

R = Respetivo Valor mensal do reajuste da medição calculado pela fórmula contida no item 6.2.

6.4 - Os preços dos serviços serão sempre sujeitos aos reajustamentos vigentes no mês em que tenham sido executados, ainda que venham a ser incluídos em medições posteriores, seja por terem sido recusados em medições anteriores, seja pela omissão do CONSTRUTOR em incluí-los na época própria.

6.5 - Cada fatura correspondente ao reajustamento deverá ser extraída em separado da fatura que se referir aos preços iniciais, contendo, entretanto, obrigatoriamente, o valor da fatura inicial, o período dos serviços e a etapa de construção a que pertence."

Ao preverem o reajustamento dos preços dos Contratos, com base na variação de "índices setoriais de custos da Construção Civil elaborados pela FGV" e devidamente publicados, de forma aliás bastante aberta (abrange variação de custos de 12 insumos) (Cl. 6.1 e 6.2), objetivaram as partes contratantes preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, já que, desse modo, ficou reduzida, ao máximo, a possibilidade de o reajuste não refletir a real variação do custo da empreiteira.

Entretanto, "com o objetivo de se corrigirem distorções e assim manter o equilíbrio econômico do contrato", ficou previsto na cláusula 6.3 uma *atualização semestral* dos custos corrigidos segundo a Cl. 6.2, aos "preços de insumos de mercado", a serem definidos pelo CONSTRUTOR e em conjunto com o METRÔ.

Não contém a cláusula, no entanto, qualquer critério preestabelecido para apuração desses "preços de mercado".

Evidentemente, não se pode assim qualificar como aqueles efetivamente praticados pela Construtora. Afinal, não pode o METRÔ ser punido pela eventual incompetência administrativa da contratante.

Ademais, caberia questionar se estaria o METRÔ habilitado a calcular esses preços a ponto de afastar os índices oficiais apurados por especialistas, segundo critérios que, é de se esperar, obedeceram adequados procedimentos técnicos e científicos.

A meu ver, o que importa destacar é que tal Cl. 6.3 se afigura, de fato, como uma cláusula de *revisão* e não de *reajustamento* de preços, devendo ser assim tratada.

Nessas condições, é de se concluir que a aplicação dessa cláusula concretamente só seria admissível em face de demonstração *cabal, ampla, fundamentada*, por parte da empreiteira, de *absoluta* defasagem entre os preços oficiais e os efetivamente praticados no mercado, tornando o contrato excessivamente oneroso para a empreiteira, com evidente quebra da comutatividade inerente às prestações recíprocas ajustadas.

Como elucida Hely Lopes Meirelles in *Licitação e Contrato Administrativo*, ob. cit., p. 231, "não é pois a simples elevação de preços em proporção suportável, como *álea própria do contrato*, que rende ensejo ao reajuste da remuneração contratual avençada inicialmente entre o particular e a Administração; só a *álea econômica extraordinária e extracontratual* é que autoriza a revisão do contrato".

Esse princípio, aliás, encontra-se concretizado no art. 246 § 2º da Lei nº 287/79, segundo o qual:

"Em nenhuma hipótese, a revisão excluirá do contrato o reconhecimento de que os riscos da execução correm por conta do adjudicatário."

Entendo, portanto, que os "reajustes", ou melhor, as revisões dos preços calculados segundo a Cláusula 6.3 do contrato deverão ser cuidadosamente examinadas para ver se presentes as condições que autorizam a *revisão* dos contratos administrativos. Caso contrário, deverão ser considerados como *não escritos*, como mais uma vez adverte Hely Lopes Meirelles, in *Licitação e Contrato Administrativo*, ob. cit., p. 193:

"Enquanto nos ajustes privados a liberdade contratual é ampla, sendo permitido a qualquer dos contratantes renunciar direitos e assumir as obrigações que lhe aprouver, nos contratos administrativos uma das partes - a Administração - está sempre vinculada ao interesse público e não pode abrir mão de seus direitos e poderes por mera liberalidade para com a outra parte. Assim, qualquer cláusula que contrarie o interesse público ou consubstancie renúncia de direitos e poderes indisponíveis da Administração deve ser considerada como *não escrita*."

AS ALTERAÇÕES DO CONT. 1027/87

O contrato 1027/87 sofreu as alterações, abaixo descritas em resumo:

1 - TA 1027/87.01 - "Termo de Transação, Ratificação e outros Pactos"
Data 2/09/88

Principal objetivo: Cláusula 3ª - letra a - prevê que os serviços já realizados seriam pagos em 2/09/88;

Cláusula 3ª - letra b - dispõe que valores referentes a serviços executados sob regime de administração seriam deflacionados à data base do contrato e, a partir de então, reajustados até a data da medição, nos termos do contrato;

Cláusula 3ª - letra c - prevê que os serviços realizados a partir de 2/09/88 e até 31/12/88 seriam pagos *parcialmente*, sendo certo que:

- "a parte que sobejar, nunca superior no total consolidado em 31/12/88 à metade do valor das faturas emitidas nesse exercício,

terá de ser liquidada e paga ao construtor oito meses após as efetivas e respectivas medições.

com acréscimo da taxa efetiva mês para as operações lastreadas com títulos estaduais e divulgados pela Andima, calculados os acréscimos a partir da data do vencimento das faturas".

Prevía, ainda, o citado Aditivo que, na hipótese de ser formalizado o contrato com o BNDES, que as faturas pendentes de liquidação, relativas a serviços executados em 88, seriam pagas no prazo de até (60) dias.

2 - TA 1027/87-02 - "Termo Aditivo ao Contrato 1027/87"

Data 5/02/90

Principal objetivo: altera a Cláusula Oitava - Serviços Adicionais e Especiais".

3 - TA 1027/83-03 - "Termo Aditivo ao Contrato 1027/87"

Data 26.09.90

Principal objetivo:

Cl. 15 - prevê que, a partir de JAN/90, não mais se aplica o item 6.3 do contrato 1027/87;

Cl. 1.6 - estende à totalidade do valor das medições, referentes a serviços e obras e executados a partir de 1/09/88 até 31/12/89, a aplicação da taxa prevista na letra "c" da Cláusula Terceira do Termo Aditivo nº 1027/87-01" (Taxa Andima).

Cl. Segunda: assegurava aos contratados o direito de recompor perdas ocorridas em função do critério de reajustamento previsto no contrato, com base na letra "d", inciso II, art. 55 do DL 2300/86.

Par. único - dispunha que essa recomposição seria feita por critérios acertados de comum acordo;

4 - TA 1027/87-04 - "Termo de Consolidação e Reconhecimento de Dívida e Outros Pactos".

Data: 26/09/90

Objetivo: reconhecimento e consolidação da dívida do METRÔ em 31/12/89, no valor de Cr\$ 691.215.997,39.

- fixação de forma e prazo de pagamento (sem alteração das cláusulas de reajuste)

5 - TA 1027/87-05 - "Termo de Re-Ratificação do Contrato 1027/87"

Data: 8/03/91

Objetivo: prorrogar prazo de vigência do contrato.

6 - (não numerado) - "Termo de Reconhecimento de Dívida".

Data: 11/03/91.

Objetivo: Cl. 1ª - reconhecimento de dívida pelo METRÔ, no valor de Cr\$ 96.779.250,63, em 31/07/90, referente a serviços realizados e medidos no período de 1/01 a 31/07/90.

Cl. 3ª - prevê que a dívida reconhecida será paga em até 12 (doze) meses com recursos oriundos do financiamento solicitado ao BNDES ou outra fonte para este fim específico e será atualizado até a data do pagamento.

7 - (não numerado) "Termo de Reconhecimento de Dívida".

Data: 11/03/91

Objeto - Cl. 1ª - reconhecimento de dívida pelo METRÔ de Cr\$ 222.086.231,59 (a preços de maio/87) correspondentes a remuneração por equipamentos parados no período de junho/89 a julho/90, conforme Cl. 19 do Contrato.

Cl. 3ª - prevê pagamentos em 12 meses, com recursos do financiamento solicitado ao BNDES ou outra fonte para esse fim específico, atualizado até o dia do pagamento.

COMENTÁRIOS AOS ADITIVOS n°s 1, 3, 4 e 6

Esses Aditivos não de ser examinados sob três aspectos:

- o primeiro, sob o ponto de vista orçamentário, considerando que os Aditivos n°s 1, 3, 4 e 6 (Termo de Transação de 2/09/88, e Termos Aditivo de Consolidação e Reconhecimento de Dívida de 26/09/90, e de 11/03/91, resultam do fato de terem sido as obras e serviços executados sem prévia emissão de Autorização de Serviço, nem V.D.O.;

- o segundo, sob o ângulo do regime do contrato administrativo, considerando as normas legais e princípios doutrinários que regulam a sua alteração;

- o terceiro, considerando o fato de segundo consta dos *consideranda* do Termo de Reconhecimento de Dívida de 11/03/91 (aditivo n° 6), o Termo de Consolidação e Reconhecimento de Dívida de 26/09/90 (aditivo n° 4) teria sido aprovado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro;

COMENTÁRIOS SOB O ASPECTO ORÇAMENTÁRIO

Como já observado, por afrontar dispositivos da Constituição Federal, do Decreto-Lei n° 2300/86, da Lei estadual 287/79 e do próprio EDITAL de licitação que precedeu a sua assinatura, são nulos os Aditivos n°s 1, 3, 4 e 6 ao Contrato 1027/87 devendo ser apurada a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

Incidiria, então, o disposto no art. 49 do DL 2300/86, segundo o qual "a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos".

Entretanto, o Parágrafo Único desse dispositivo determina que:

"A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada *contanto que não lhe seja imputável*, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa" (grifei).

A se entender que a nulidade do contrato não pode ser imputada ao Contratante - fato que deve ser examinado com mais cuidado, haja vista que ele sabia da inexistência de recursos orçamentários - seria devida a indenização pelo METRÔ, razão porque cabe apreciação do conteúdo dos Aditivos.

COMENTÁRIOS SOB O ASPECTO DO REGIME DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Os Aditivos 1, 3, 4 e 6 referem-se a valores, critérios de reajuste e forma de pagamento de serviços realizados, medidos, faturados e não pagos pelo METRÔ.

Por importarem em alteração das Cláusulas de reajuste de preço do contrato, sob o argumento da manutenção do "equilíbrio econômico-financeiro do contrato" (ver Cl. 2ª do Termo Aditivo 1027/87-03), cabe apreciá-las em face das normas legais que regem, nesse aspecto, a alteração dos contratos administrativos.

Começemos pelo Decreto-Lei n° 2300/86, art. 55, II, incisos I e II,

"Art. 55. Os contratos regidos por este Decreto-Lei poderão ser alterados nos seguintes casos:

I - unilateralmente, pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por este Decreto-Lei;

II - por acordo das partes:

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial;

d) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato."

Tratando dos *casos passíveis de revisão* do contrato administrativo, Hely Lopes Meirelles, in *Licitação e Contrato Administrativo, ob. cit.*, p. 244, leciona que:

"A *revisão do contrato*, ou seja, a modificação das condições de sua execução, pode ocorrer por interesses da própria Administração ou pela superveniência de fatos novos que tornem inexecutável o ajuste inicial. A primeira hipótese surge quando o interesse público exige a alteração do projeto ou dos processos técnicos de sua execução, com aumento dos encargos ajustados; a segunda, quando sobrevêm atos do Governo ou fatos materiais imprevistos e imprevisíveis pelas partes, que dificultam ou agravam, de modo excepcional, o prosseguimento e a conclusão do objeto do contrato, por obstáculos intransponíveis em condições normais de trabalho ou por encaminhamento extraordinário das obras e serviços a cargo do contratado.

Em qualquer desses casos o contrato é passível de revisão para adequação à nova realidade e recomposição dos preços, em face da situação emergente. Não se trata, aqui, do reajustamento de preço constante do contrato, mas de revisão do próprio ajuste *diante das circunstâncias e fatos imprevistos, imprevisíveis e estranhos ao acordo inicial das partes*. Nesta categoria de atos e fatos ensejadores da revisão do contrato entram as chamadas *interferências imprevistas*, além do *caso fortuito*, da *força maior*, do *fato do príncipe* e do *fato da administração*. Todas essas causas são decorrências da *teoria da imprevisão*, assentada na consideração

de que o contrato só é executável nas condições previstas e previsíveis normalmente pelas partes, isto é, enquanto a situação permanecer como cogitada no momento do ajuste (*rebus sic stantibus*); se houver modificação *anormal* da situação fática em que se embasou o contrato, impõe-se a sua revisão e até mesmo a sua rescisão."

In casu, afaste-se, desde logo, por não corresponder à realidade, a hipótese de que os Aditivos I, III, IV e VI do contrato 1027/87 teriam ocorrido por interesse da própria Administração, não sendo aplicáveis o art. 55, inciso I, letras *a* e *b*.

Da mesma forma, inaplicável a letra *c* do inciso II do art. 55, vez que, independentemente de se questionar o significado da expressão "forma de pagamento", é evidente que não foi mantido o valor inicial, vez que houve alteração nos critérios de atualização desse valor.

Restaria apenas caracterizar, *in casu*, a ocorrência da hipótese prevista na letra *d* do citado inciso II do art. 55.

Segundo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, e conforme já mencionado nesse parecer, cuida-se das *revisão* do valor do contrato (e não de reajuste), admitida apenas diante de circunstâncias e fatos *imprevistos e imprevisíveis*, que *dificultam ou agravam de modo excepcional* o cumprimento do contrato.

In casu, questiona-se: a inexistência de recursos orçamentários caracteriza um fato imprevisível pelas partes?

O fato de o BNDES não ter liberado recursos assim também poderia ser caracterizado?

É evidente que não.

Tanto é assim que os próprios Aditivos nºs 1 (Termo de Transação de 2/9/88) e 4 (Termo de Consolidação e Reconhecimento de Dívida de 26/09/90) e 6 (Termo de Reconhecimento de Dívida de 11/03/91) admitem em suas CONSIDERANDA que:

- o "Plano de Investimento do METRÔ dependia fundamentalmente dos recursos financeiros priorizados e a serem repassados pelo BNDES e que cumpria ao ESTADO apenas suplementar o METRÔ de recursos para atender à parte remanescente do Plano (Aditivo nº 01);

- a Resolução 1469 de 21/03/88 do BACEN restringiu os limites das instituições financeiras para a concessão de empréstimos e financiamentos ao setor público, aí compreendidos os órgãos e entidades da Administração Indireta dos Estados (Aditivo ao 1);

- que o ESTADO não dispunha de recursos próprios para atender à totalidade do projeto, tendo sido as obras executadas nas expectativa de liberação de financiamento pelo BNDES (Aditivo nº 4);

- que se encontra em estudos no BNDES o plano de apoio financeiro às obras em apreço (aditivo nº 4);

- "a partir de 1 de setembro de 1988 o construtor acumulou serviços executados e não faturados em razão de não existir cobertura orçamentária para eles" (Aditivo nº 6).

Revelando a plena ciência da inexistência de recursos para a realização das obras, sendo de registrar-se ser conhecido o fato de a prioridade concedida pelo BNDES não importara em aprovação de qualquer colaboração financeira, dependendo este de manifestação da Diretoria, em face de parecer conclusivo do seu corpo técnico.

Está portanto afastada a incidência do art. 55, inciso II, letra *d*, vez que não se há de falar na ocorrência de fatos *imprevisíveis*.

Da mesma forma e pela mesma razão não há que se falar em *atraso no pagamento*, a justificar eventual indenização de natureza ampla.

Sabendo as partes da inexistência de recursos, é evidente o conhecimento da impossibilidade do pagamento pontual dos recursos, não podendo portanto o atraso no pagamento ser exclusivamente imputado ao METRÔ.

Em face de todo o exposto há de se concluir pela nulidade dos Aditivos que alteraram o critério de reajuste do preço do contrato, ou seja, em especial, da Cláusula Terceira, letra *c*, do Aditivo nº 1 (Taxa Andima) e do inciso 1.6 da Cláusula Primeira do Aditivo nº 3 e de todos os valores de dívida reconhecidas pelo METRÔ que incorporam esse critério.

Nessas condições, o valor de eventual indenização que venha o ESTADO entender ser devida à Construtora, sob a fundamentação do enriquecimento sem causa, face a comprovada boa fé da Empreiteira, há de ser calculado aplicando-se ao valor inicial os critérios de reajuste estabelecidos na Cláusula Sexta, incisos 6.1 e 6.2, e na Cláusula Décima Sexta do Contrato 1027/87.

Quanto ao "FATOR K" estabelecido na Cláusula Sexta, inciso 6.3, remeto-me às observações já feitas quanto à sua admissibilidade durante o prazo em que vigorou, já que, a partir de jan/90, decidiram as partes não mais aplicá-lo, conforme se lê da Cláusula 1.5 do Aditivo nº 3 de 26/09/90.

COMENTÁRIOS SOBRE APROVAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS

Resta examinar se o fato de ter sido o Aditivo nº 4 aprovado pelo Tribunal de Contas teria o efeito de sanar eventual ilegalidade e torná-lo imune à apreciação judicial.

É sabido que o Tribunal de Contas não é um tribunal de justiça, não tem funções judicantes.

O Professor Alfredo Buzaid, em artigo intitulado *O Tribunal de Contas do Brasil*, ensina que "quando o Tribunal de Contas acompanha e fiscaliza, diretamente ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento e quando julga da legalidade dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões, é *órgão auxiliar do Congresso*. Mas quando julga as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos e as dos administradores dos entes autárquicos, é *corporação administrativa autônoma*. Suas decisões, transitadas em julgado, podem ser revistas pelo Poder Judiciário que as acatará não como se emanassem dos próprios juízes deste, *mas enquanto forem conformes à lei* (grifo nosso) (Rev. Fac. Dir. USP. 1967, V. LXII, fasc. II, p. 62).

No mesmo sentido o entendimento de JOSÉ CRETELLA JUNIOR, para quem "o Tribunal de Contas tem natureza administrativa e contábil. Sua competência se limita a *contas* e a *institutos* (grifo do autor), consistindo em examinar-lhes a *perfeição*, a *exatidão*, a *legalidade*" (grifo nosso), in *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed., Forense, R.J., 1989, p. 58/59). Ainda segundo o reconhecido publicista, "os pronunciamentos dos Tribunais de Contas não são sentenças. Jamais a decisão do Tribunal de Contas teve a força de *res judicata*, no Brasil" (p. 60, obra cit.).

COMENTÁRIO AO ADITIVO Nº 7

Pretende a Empreiteira indenização pelos equipamentos parados no período de junho/89 a julho/90, nos termos do Aditivo nº 7, de 11/03/91, o qual se refere à Cláusula Décima-Nona do Contrato.

Diz a Cláusula 19.1 do Contrato 1027/87 que:

"19.1 - No caso de interrupções temporárias, totais ou parciais, determinadas pelo METRÔ, a critério deste e por período superior a 48 (quarenta e oito) horas consecutivas, o CONSTRUTOR terá direito a reembolso de despesas que lhe houverem sido causadas por esse fato. . ."

Entendo não ser devida a indenização pleiteada.

Em primeiro lugar, porque não caracteriza a hipótese prevista na Cláusula 19.1. Tal cláusula trata de interrupção das obras "determinada pelo METRÔ, a critério deste", ou seja quando o seu interesse, ou melhor o interesse público assim determinar. Acontece que a interrupção das obras não foi determinada pelo METRÔ a seu exclusivo critério. Não. A paralisação foi uma decorrência da inexistência de recursos, inexistência essa que, nos termos da Lei impedia o início das obras e serviços. Tendo as obras sido iniciadas em flagrante ilegalidade, o que aliás, como dito, era do conhecimento da Construtora - não há que se falar em indenização, nos termos pleiteados, haja vista a conseqüente nulidade do ajuste, conforme já mencionado.

E daí surge a segunda razão.

Sendo nulo o contrato, o único valor a ser eventualmente pleiteado é aquele correspondente ao serviço e obra executados até a data da rescisão, nos termos do art. 49, Parágrafo Único do Decreto-Lei nº 2300/86.

A propósito, cite-se DIÓGENES GASPARINI, in *Direito Administrativo*, S. Paulo, Saraiva, 1989, p. 281:

"A extinção com base na ilegalidade do ajuste retroage e alcança o contrato no seu nascedouro. Os efeitos da rescisão são, assim, *ex tunc*, ou seja, desde então. Aliás, essa natureza dos efeitos da invalidação está mencionada no art. 49 do Estatuto. Do mesmo modo que a declaração de invalidação do ato administrativo, que não investe o seu beneficiário em qualquer direito a uma indenização, a rescisão administrativa por ilegalidade não é razão jurídica para o contratado pleitear qualquer ressarcimento. Do contrato administrativo nulo não surtem direitos, salvo o de haver o valor correspondente ao executado até a data da rescisão, consoante estabelece o parágrafo único do art. 49 do Estatuto."

PROVIDÊNCIAS A CARGO DO METRÔ

Nos termos do art. 80 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, "a administração pública tem o dever de anular os próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais bem como a faculdade de revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados neste caso os direitos adquiridos, além de observado, em qualquer circunstância, o devido processo legal".

Nessas condições, constitui dever do METRÔ declarar a nulidade do contrato 1027/87. Para tanto, deverá, ainda, observar os princípios constitucionais de *motivação* da decisão administrativa e de *ampla defesa* do Contratante.

É o que nos ensina, com autoridade de sempre, HELY LOPES MEIRELLES, in *Licitação e Contrato Administrativo*, ob. cit., p. 224:

"A anulação do contrato é ato declaratório de invalidade preexistente, e por isso mesmo opera efeitos *ex tunc*, retroagindo às suas origens. Essa declaração de nulidade, quando realizada pela Administração, pode formalizar-se por decreto, despacho ou termo circunstanciado no qual se apontem os motivos da invalidade e

o dispositivo legal ou regulamentar infringido, pois só a *ilegalidade* autoriza a extinção do contrato pela via anulatória. . . Sem a indicação da *ilegalidade* faltará *justa causa* para a declaração de nulidade, sabido que esta não se presume. . . pelo que deve ser demonstrada no ato anulatório, com oportunidade de defesa ao contratado, atendendo-se aos termos da Constituição da República atual (art. 5º LV)."

Ademais, deverá o METRÔ determinar, mediante os procedimentos administrativos e judiciais adequados, a apuração da responsabilidade administrativa, civil e penal dos agentes públicos que autorizaram e celebraram o Contrato 1027/87 e seus aditivos.

Nesse aspecto, aliás, é importante destacar o disposto no art. 81 da Constituição Estadual, v.g.:

"Art. 81 - A autoridade que, ciente de vício invalidador de ato administrativo, deixar de saná-lo, incorrerá nas penalidades da lei pela omissão, sem prejuízo das sanções previstas no art. 37, § 4º da Constituição da República."

CONCLUSÕES

1 - O METRÔ é uma sociedade de economia mista, prestadora de serviço público, ao qual não se aplica o disposto no art. 173, § 1º da Constituição Federal.

2 - Os contratos de obra pública realizados pelo METRÔ são contratos administrativos sujeitando-se à legislação a eles pertinentes, inclusive no que tange à administração financeira, consubstanciada no D.L. 2300/86 e Lei estadual 287/79.

3 - Se o contrato 1027/87 foi firmado sem a correspondente previsão dos recursos orçamentários programados para o exercício, caracterizada está a infringência do art. 6º do Decreto-Lei nº 2300/86, e a sua conseqüente nulidade, tal como previsto no § 2º do citado artigo.

4 - Além da hipótese prevista em 3, vários outros atos pertinentes à execução orçamentária do contrato 1027/87 (e de outros) importaram também em violação da Constituição Federal, do DL 2300/86 e da Lei 287/79, e do respectivo Edital de licitação, reforçando a nulidade do contrato e seus Aditivos.

5 - Os critérios de reajuste do preço do contrato 1027/87, previstos nas Cláusulas 6.1 e 6.2, estavam de acordo com o respectivo Edital de licitação e com a lei federal então vigente.

6 - A Cláusula 6.3, "FATOR K", do Contrato 1027/87, caracteriza-se, de fato, como cláusula da *revisão* de preços, só podendo, assim, ter sido aplicada pelas Partes, mediante *cabal, ampla, fundamentada* demonstração pela Construtora de absoluta defasagem entre os "preços oficiais" e os efetivamente praticados no mercado, tornando o contrato excessivamente oneroso para a empreiteira, com evidente quebra de comutatividade das prestações.

7 - Os aditivos nºs 1, 3, 4 e 6 ao Contrato 1027/87, por resultarem do fato de terem sido executados serviços, sem previsão orçamentária, afrontam a Constituição Federal, o Decreto-Lei nº 2300/86 e a Lei estadual 287/79, o que reitera a sua nulidade, de pleno direito.

8 - Se a nulidade do contrato não for imputável à empreiteira - fato que demanda maior análise, a fim de deixar clara a sua boa fé - a ela é devida indenização pelo que houver executado até a data de sua declaração.

9 - Não têm amparo legal as alterações aos critérios de reajustamento de preço previstas nos Aditivos nº 1 e 3 ("Taxa Andima") do Contrato 1027/87 e de todos os valores

de dívidas reconhecidas pelo METRÔ que incorporam esses critérios, vez que a inexistência de recursos não pode ser considerada como circunstância *imprevisível*, a justificar a aplicação da Teoria da Imprevisão (art. 55, II, d, DL 2300/86).

10 - O valor de eventual indenização que se entenda devida à Empreiteira restringe-se ao valor inicial dos serviços realizados até a data da declaração de nulidade, corrigidos segundo os critérios estabelecidos na Cláusula Sexta, incisos 6.1 e 6.2, e na Cláusula Décima Sexta do Contrato 1027/87. A aplicação do "FATOR K" condiciona-se à verificação da ocorrência dos pressupostos indicados no nº 6 anterior.

11 - Ressalvada a indenização referida no nº 10, anterior, do contrato nulo não decorrem efeitos, razão porque não é devida a dívida reconhecida nos termos do Aditivo nº 7 de 11/03/91.

12 - As decisões do Tribunal de Contas não têm características jurisdicionais, daí porque os contratos administrativos, ainda que por aquele Tribunal aprovados, podem ser apreciados pelo Judiciário, sob o aspecto da legalidade.

13 - Cabe ao METRÔ declarar administrativamente a nulidade do contrato 1027/87, mediante indicação dos motivos da invalidade e os dispositivos legais infringidos, com oportunidade de defesa ao contratado.

14 - É dever do METRÔ apurar as responsabilidades dos agentes que deram causa à nulidade do contrato, sob as penas do art. 81 da CERJ.

À consideração de V. Exa.

MARIA THEREZA WERNECK MELLO
Procuradora do Estado

Senhor Procurador-Geral,

O incluso expediente versa o trabalho de exame, do ponto de vista jurídico-legal, do resultado da auditoria interna que o METRÔ vem de proceder sobre contratos celebrados com empreiteiras, geradores de gravíssimos prejuízos para aquela sociedade de economia mista.

O opinamento básico é da Doutora MARIA THEREZA WERNECK MELLO através de alentado parecer objeto do Ofício nº 22/91-MTWM, em 61 (sessenta e uma) laudas datilografadas, onde sustenta a irremissão específica ao comando do artº 173 da Carta, e, em conseqüência, promove no sentido da rescisão unilateral, com os desdobramentos conseqüentes às apurações de responsabilidades.

Diverge, em termos, o "Visto" do ilustre Chefe da PG-7, Doutor DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO que, profligando o enfoque constitucional do parecer, aconselha o caminho da composição de interesses, sob o comando decisório da AGE do METRÔ, independentemente da apuração das responsabilidades decorrentes da má gestão empresarial.

Propendo, sob a reverência que me impõe o reconhecimento à cultura e à proficiência do ilustre administrativista, pela posição enfeixada no parecer de origem, em síntese, pelas seguintes razões:

I - a interpretação constitucional sistêmica, resultante do confronto entre, principalmente, os artigos 70 e 173, conduzem-me à convicção de que este só se aplica quando o Estado concorre com o particular, e, à enorme evidência, isto não ocorre com o Metropolitano da cidade, não havendo como suscitar disputas na atividade de transporte subterrâneo;

II - a mesma interpretação constitucional, sob o critério de absoluta desobrigação na utilização de linguagem técnica, de que é exemplo o texto do art. 175 da Carta, conduz à fácil conclusão de que, no Brasil "post-88", a prestação de serviços públicos, segundo a lei, pode migrar da aceção *direta* pura, até ao *regime de concessão*, passando por *formas mistas*, entre as quais a das sociedades assim ditas;

III - a indiscutida sujeição dessas sociedades aos postulados do comportamento financeiro regular (art. 70 da Constituição e Dec.-Lei 2.300/86, art. 85 e seguintes) corroboram a posição sustentada no parecer do ofício nº 22/91-MTWM, na medida em que, *ex verbi gratia* e mesmo em termos de interpretação analógica, seja possível considerar não pudesse o METRÔ contratar sem cogitar da existência de *disponibilidade financeira*;

IV - e a esta conclusão, à qual se advém pelos cânones constitucionais e legais pertinentes, não é menos jurídico anotar que o Estatuto do Metrô impunha, como condição de contratar, a A.S. (Autorização de Serviço) e o VDO (Verificação de Disponibilidade Orçamentária) - incorridos, no caso;

V - por fim, sustentado ainda que o contrato celebrado, inteiriço e válido como vínculo, prevê a denunciabilidade unilateral e nada tem de irremisso no clausulamento, na medida em que, mesmo que a cláusula "exorbitante" não se aplicasse à espécie, poderia ser livremente pactuada, sem qualquer ofensa aos princípios.

Sou pois, *data maxima venia*, pela aprovação integral do pronunciamento da ilustre Procuradora MARIA THEREZA WERNECK MELLO.

Em 4 de outubro de 1991.

MARCUS DE MORAES
Subprocurador-Geral do Estado

Juntem-se cópias de:

Estatutos do METRÔ (DO-RJ-V de 29/12/90 e de 10/9/90;

Ofício nº 14/89-AM (Parecer do Sr. Procurador AMILCAR MOTTA);

Parecer do Prof. FABIO KONDER COMPARATO publicado na RDA 162 (out/dez/85), p. 299/310;

Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembléia Legislativa instituída pela Resolução nº 03/91 (DO-RJ-II de 28.8.91).

Rio de Janeiro, 04 de novembro de 1991

RICARDO AZIZ CRETTON
Procurador-Geral do Estado

VISTO

Aprovo o percuciente Parecer de fls. 6/66 (Ofício nº 22/91-MTWM) da ilustre Sra. Procuradora MARIA THEREZA WERNECK MELLO, bem assim o pronunciamento de fls. 72/73 do Sr. Subprocurador-Geral MARCUS DE MORAES.

A sujeição da Cia. do Metropolitano do Rio de Janeiro às normas de controle relacionadas com a administração financeira e orçamentária decorre de sua inequívoca característica de *empresa estatal* (sociedade de economia mista com capital quase totalmente público) *prestadora de serviço público*, submetendo-se, assim, à disciplina dos *contratos administrativos*. Esse o entendimento adotado pela P.G.E., *in genere*, conforme

parecer e Visto no Ofício nº 14/89-AM, e esposado pela melhor doutrina (FÁBIO KONDER
COMPARATO, RDA, 162/85, p. 299/310).

O próprio *Estatuto do METRÔ* prescreve sua submissão às normas do Decreto-Lei
federal nº 2.300/86 e às da legislação estadual concernente à *administração financeira e*
orçamentária (arts. 56 e 57), dentre elas a prévia existência de recursos orçamentários
específicos.

Inteiramente *nulas*, destarte, as cláusulas do Contrato nº 1027/87, e seus aditivos,
apontadas no Parecer que ora aprovo, inclusive as abusivas alterações nos critérios de
reajustamentos de preços para adoção da "Taxa Andima".

Ao lado da declaração administrativa da nulidade do contrato, que o Parecer
sustenta, deve o METRÔ examinar também, exaurida a instância de negociação, a
propositura de ação judicial postulando a declaração de tal nulidade e seus consectários
condenatórios, contra os co-contratantes e os co-administradores e fiscais da Cia.,
cumulando-se esse último e sucessivo pedido com o de anulação da deliberação da
assembléia geral de acionistas que haja aprovado as contas dos ex-administradores.

Ao Exmo. Sr. Secretário-Chefe do Gabinete Civil do Governador, com vistas ao Sr.
Diretor-Presidente da Cia. do Metropolitano do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 04 de novembro de 1991

RICARDO AZIZ CRETTON
Procurador-Geral do Estado

Proc nº PRES-225/91-METRÔ.