

PARECER JURÍDICO

PARECER JURÍDICO: 142/2020-SEINF

PROCESSO ADMINISTRATIVO: P127118/2020

ORIGEM: Secretaria de Infraestrutura - SEINF

INTERESSADO(A): SALINAS EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA-ME.

LICITAÇÃO/CONTRATO: Urbanização da Margem Esquerda, bairro Pedrinhas, no município de Sobral/CE, contrato nº 051/2018.

ASSUNTO: Pedido de parecer jurídico para avaliar legalidade de pagamento a título de reajuste de preços.

Recebidos hoje.

Vistos, etc.

1) DA SÍNTESE FÁTICA

Trata-se de pedido de pagamento de reajuste dos preços constantes da 11^a, 12^a, 13^a, 16, 18^a, 19^a, 20^a e 21^a medição de acordo com o índice INCC da data da proposta que ocorreu em julho/2018, cujo total seria de R\$ 75.432,37 (setenta e cinco mil, quatrocentos e trinta e dois reais e trinta e sete centavos), protocolizado pela empresa SALINAS EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA-ME, tendo como base as disposições do Contrato Administrativo nº 051/2018, firmado entre ela e o MUNICÍPIO DE SOBRAL, e que tem como objeto a *“contratação de empresa especializada para execução de Urbanização da Margem Esquerda, bairro Pedrinhas, no município de Sobral/CE”*.

Vieram com os autos os seguintes documentos:

- a) Pedido administrativo protocolizada pela parte interessada, contendo planilha de reajuste de preço, resumo do orçamento, planilha orçamentária;

- b) Cópias da 11^a, 12^a, 13^a, 16, 18^a, 19^a, 20^a e 21^a medições;
- c) Cópia do Contrato, ordem de serviço, cópia dos Termos Aditivos;
- d) Planilha de reajuste confeccionada pela gerência de fiscalização de obras e edificações;
- e) Ofício da SEINF suscitando a elaboração do presente Parecer Jurídico, tendo como anexo a Planilha de Reajuste elaborada pelos técnicos da referida Secretaria.

É o que importa relatar. Passa-se à análise jurídica.

2) DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1) QUANTO À MUTABILIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A mutabilidade, que é inerente ao Contrato Administrativo, é regra que independe de antecedente previsão legal, na medida em que ocorrem fatores que, diversamente, podem comprometer a estabilidade contratual prevista no momento da firmação da avenca. Assim, a Administração Pública, utilizando-se da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, impõe alterações unilaterais aos Contratos, as quais são desatentas, em idêntica conformidade, aos interesses privados, tudo em consonância à variação cambiante inerente aos Contratos Administrativos.

Relembre-se, da mesma forma, que os Contratos Administrativos também podem sofrer alterações por provocação do contratado, ou de comum acordo entre as partes – Poder Público e particular –, sempre que ocorrentes fatores cuja previsibilidade, senão inexistente, é, ao menos, duvidosa ou de efeitos incalculáveis. Há, por certo, a necessidade de também manter incólume o pacto contratual firmado de início, ganhando reforço, quanto a esse ponto, a chamada cláusula *rebus sic stantibus* e, por igual, a teoria da imprevisão.

Compete, para o presente caso, enaltecer as alterações contratuais pactuadas consensualmente, em especial destacando como fatores alheios ao Contrato podem comprometer o equilíbrio econômico-financeiro da avenca.

2.2) O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Antes da Análise pontual do caso concreto, necessário tecer algumas considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nos Contratos Administrativos. Longe da discussão atinente ao conceito, a Constituição Federal assegura o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, senão, veja-se:

Art. 37 (...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas **as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifei)

O equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos Públicos resguarda a manutenção do objeto pactuado, de modo a adaptar o Contrato Administrativo a qualquer circunstância factual que nele possa interferir. O objetivo da norma constitucional é afastar qualquer variação que intervenha nas condições contidas na proposta.

Com efeito, a regra é que, paralelamente ao direito de a Administração exigir a execução do Contrato, ao contratado particular seja garantido o direito ao lucro, restringindo a potestade da Administração.

Sobre isto, MARÇAL JUSTEN FILHO pontua que: “*A tutela constitucional à equação econômico-financeira deriva de outros princípios constitucionais. Entre eles, estão os princípios da isonomia, da tutela e da indisponibilidade dos interesses fundamentais*” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 717).

Por sua vez, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, manifestando-se sobre equilíbrio econômico-financeiro, esclarece que “*equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe*

corresponderá (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 599-600).

Nada demais, a equação financeira deve ser conservada durante toda a execução do contrato, afastando fatores exógenos que comprometam a retribuição devida pela Administração ao particular contratado. Assim, qualquer quebra do equilíbrio contratual deverá ser restabelecida para que não haja prejuízos nem ao particular nem à Administração Pública, que tem a obrigação de efetuar o pagamento no patamar justo fixado no início do contrato.

Tanto é assim que a Cláusula Quinta do Contrato Administrativo em epígrafe previu a possibilidade de reajustamento, decorridos 12 (doze) meses, do valor licitado, desde que ultrapassado tal período e comprovada, mediante planilha, a necessidade de reajuste, observado o INCC, da Fundação Getúlio Vargas.

2.3) AS DIVERSAS MODALIDADES PARA CHEGAR AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Como mencionado, a equação econômico-financeira de uma avenca é corolário do princípio da igualdade. É o restabelecimento de um status anterior quebrado por algum fator cuja previsibilidade era desconhecida ou, ainda que conhecida, de difícil mensuração, ou mesmo por fatores conhecidos, pontualmente previsíveis, a exemplo da correção monetária e da inflação.

Assim, existem fatores que podem atingir o equilíbrio de qualquer contrato, carecendo, assim, de mecanismos de manutenção da igualdade contratual. O ordenamento nacional dispõe, desta feita, de três instrumentos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro: reajuste, revisão e repactuação.

O primeiro deles – reajuste – está ligado à uma situação de previsibilidade estampada, atrelada a uma variação de preço previsível, calculada, mantendo-se a inalterabilidade do Contrato por meio de mecanismos previstos no próprio instrumento convocatório e no Contrato, utilizando-se, no mais das vezes, de índices oficiais.

Consiste, pois, basicamente, em atualização monetária.



O reajuste de preços pode ser conceituado como a alteração do valor do contrato, por meio de aplicação de índices previamente estabelecidos no ato convocatório da licitação e no respectivo ajuste, ou posteriormente eleito por acordo entre as partes, com observância de periodicidade mínima de um ano.

Na verdade, o reajuste teria por finalidade permitir expressamente a atualização dos valores fixados, a fim de manter o valor do contrato no mesmo patamar inicialmente avençado, sendo que apenas será devido nos termos expressamente previstos no ato convocatório da licitação e no respectivo ajuste celebrado.

A previsão de reajuste encontra-se contida no art. 40, inc. XI, da Lei no 8.666/93, com a redação da Lei no 8.883/94.

Art. 40 - O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela.

Em suma, portanto, o que caracteriza o reajuste é a ausência de imprevisão.

Em se tratando de fato imprevisível, a figura do reajuste perde sua natureza, em especial diante da obviedade de não ser possível prever em instrumento contratual, nem mesmo através do Edital, fatos cuja ocorrência é incerta ou, ainda que certa, de efeitos duvidosos ou imprevisíveis.

Neste sentido:

O reajuste, por sua vez, tem lugar em decorrência da instabilidade econômica e da conseqüente variação dos preços dos bens, serviços ou salários, onerando demasiadamente a parte que dependia da aquisição dos produtos majorados em seu valor. Como mencionada flutuação econômica é rotineira, ordinária, tida até mesmo como normal, a mesma é por demais previsível quando da celebração de qualquer contrato, administrativo ou

não. Assim, tendo em vista a previsibilidade da inflação e da elevação dos bens, serviços e salários, não se aplica, in casu, a teoria da imprevisão, uma vez que esta diz respeito a fatos imprevisíveis, e, portanto, não previstos no contrato (ARAÚJO, Kleber Martins de. Contratação pública – Edital – Contrato – Reajuste – Revisão – Reequilíbrio econômico-financeiro. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 110, p. 301, abr. 2003).

Há que se notar que o reajuste está condicionado à existência de dois fatores: a) previsão no instrumento convocatório e no contrato; e b) obediência ao prazo mínimo de um ano, sem os quais o instituto é desnaturado, exatamente como ocorre no caso presente.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ não destoia de tal posicionamento:

Processual Civil e Administrativo. Contrato Administrativo. Reajuste de preços. Ausência de autorização contratual. Descabimento. 1. O reajuste do contrato administrativo é conduta autorizada por lei e convencionada entre as partes contratantes que tem por escopo manter o equilíbrio financeiro do contrato. 2. Ausente previsão contratual, resta inviabilizado o pretendido reajustamento do contrato administrativo. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (STJ, REsp no 730.568/SP, Rel. Eliana Calmon, j. em 06.09.2007.)

Quanto à periodicidade mínima, são precisas as lições de JOEL NIEBUHR:

Em vista disso, afirma-se que o reajuste de preços está condicionado à periodicidade mínima. Cumpre advertir que o período mínimo de doze meses, ao fim do qual é devido o reajuste, não é contado da assinatura do contrato, como equivocadamente muitos supõem. O § 1º do art. 3º da Lei no 10.192/01 prescreve com clareza que os doze meses contam-se da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se refere (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 884).

Diverso é o instituto da repactuação, o qual se refere a serviços contínuos, no âmbito da Administração Pública federal, regulado por meio de decreto federal, não obrigatório para os demais entes federativos, porém, por eles podendo ser utilizado, dentro de sua competência legislativa. Na verdade, a repactuação é *“o instrumento para manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de prestação de serviços contínuos firmados pela Administração*

Pública Federal” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 599-600).

A repactuação – para muitos, um modo de reajuste e, por vezes, de revisão – foi prevista pelo Decreto no 2.271/97, considerando a contratação de serviços contínuos no âmbito da Administração federal direta e autárquica.

A conceituação vem exposta no art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º. Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Parágrafo Único. Efetuada a repactuação, o órgão ou entidade divulgará, imediatamente, por intermédio do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais, os novos valores e a variação ocorrida.

De igual modo ao reajuste e à revisão, a repactuação visa à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Complementando o disposto no Decreto no 2.271/97, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa no 2/08, cujo art. 37 admite a repactuação dos preços dos serviços continuados contratados desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir.

Saliente-se que a figura da repactuação não é prevista na Lei no 8.666/93, mas apenas em decreto federal. Há fortes semelhanças entre tal instituto e o reajuste, de modo que se fazem necessários dois requisitos: a) interregno mínimo de tempo; e b) previsão no instrumento convocatório. Todavia, ao contrário do reajuste, a repactuação não pode ser realizada por meio do estabelecimento prévio de índices gerais ou setoriais, sendo necessária a sua apuração por meio da variação efetiva do custo de produção.

Por fim, a figura da revisão contratual, a qual, ao contrário do reajuste e da repactuação, trata de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, encontra abrigo no art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei no 8.666/93:

Art. 65 Os contratos administrativos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II – por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Diferentemente do que ocorre com o reajuste e a repactuação, a revisão não carece de previsão editalícia, até mesmo porque oriunda de um fato imprevisível, não havendo como compor, no instrumento convocatório, a sua previsão. Visa, na verdade, a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes contratantes, podendo ocorrer a qualquer tempo, desde que existentes fatores imprevisíveis, ou previsíveis, todavia de consequências incalculáveis.

2.4) ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Mais uma vez, não é demais mencionar que a análise empreendida neste Parecer cinge-se, única e exclusivamente, à opinião exarada por órgão jurídico da SEINF.

Na prática, esta Assessoria Jurídica não detém atribuição para avaliar todos os atos encartados no Processo Administrativo posto sob crivo (processo de licitação, elaboração do contrato, aditivo, etc.), vez que se tratam de atos pretéritos. De toda sorte, e compulsando os autos, percebe-se que área técnica desta SEINF entendeu pelo deferimento do pleito da empresa requerente.

Em verdade, e pela documentação anexa, aparenta assistir razão a área técnica desta SEINF quanto a seu entendimento, haja vista que há previsão no instrumento convocatório e no respectivo Contrato; e, da mesma forma, houve obediência ao prazo mínimo de um ano, sem os quais o instituto (reajuste) seria desnaturado.

Há, ainda, legislação específica sobre o objeto do presente processo, qual seja, a Lei Federal nº 10.192/2001, que determina, em seu art. 1º, a “*estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano*”.

Assim, não é desarrazoado afirmar pelo cabimento procedimental do pleito da interessada, bem assim da possibilidade jurídica do pedido.

Considerando que a SEINF já concluiu pela existência de saldo a pagar a título de reajuste, além do fato de que os requisitos legais seguem preenchidos, tais quais as previsões editalícia e contratual, não se vê óbice jurídico ao deferimento do pedido.

Ademais, importante dizer que a Gerência de Fiscalização de Obras e Edificações, área técnica da SEINF atestou, segundo a “Planilha de Reajuste”, que o valor devido à empresa Contratada é de R\$ 75.432,37 (setenta e cinco mil, quatrocentos e trinta e dois reais e trinta e sete centavos).

Salienta-se, oportunamente, que a esta Assessoria Jurídica não compete manifestar sobre a conveniência e oportunidade para a celebração do presente ajuste, bem assim sobre a análise e confecção de cálculos, mas tão somente sobre seus aspectos legais (possibilidade de deferimento de pedido de reajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro), exatamente como o faz neste momento.

3) CONCLUSÃO

Ex positis, entendemos que o pedido guarda conformidade com a legislação em vigor, especialmente a que rege as licitações e contratos administrativos, encontrando-se a documentação acostada em consonância com os dispositivos legais, motivo pelo qual opinamos pela legalidade do pleito, desde que respeitados os princípios vinculados à Administração Pública, na forma da Lei.

A tempo, ratificamos que o valor a ser considerado quando da respectiva formalização do ato deve ser o auferido pela área técnica da SEINF, qual seja, R\$ 75.432,37 (setenta e cinco mil, quatrocentos e trinta e dois reais e trinta e sete centavos).

Salvo melhor juízo, é o entendimento.

Sobral (CE), 06 de outubro de 2020.



João Victor Silva Carneiro
Coordenador Jurídico SEINF
OAB/CE 32.457