

**O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO
ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE LIMPEZA**

Ricardo Moreira Medeiros

Monografia apresentada ao II Curso
de Pós-graduação em Administração
Judiciária

Rio de Janeiro
2005

SUMÁRIO

	página
INTRODUÇÃO	5
DESENVOLVIMENTO	6
1- Considerações iniciais	6
2- O problema da terminologia	6
3- O gênero reequilíbrio econômico-financeiro	7
3.1- A idéia de equilíbrio	7
3.2- Raiz constitucional	8
3.3- A idéia de desequilíbrio	9
3.4- A idéia de reequilíbrio	9
3.5- Desfazendo equívocos	9
4- Modalidades ou espécies de reequilíbrio	10
4.1- Reajuste	10
4.1.1- Fundamento legal	10
4.1.2- Fato desencadeador do desequilíbrio	11
4.1.3- Formalização	12
4.1.4- Silêncio do contrato	13
4.1.5- Periodicidade	13
4.1.6- Implementação	18
4.2- Atualização financeira	19
4.2.1- Fundamento legal	19
4.2.2- Fato desencadeador do desequilíbrio	19
4.2.3- Formalização	20

4.2.4- Inaplicabilidade	20
4.3- Correção monetária	21
4.3.1- Fundamento legal	21
4.3.2- Fato desencadeador do desequilíbrio	21
4.3.3- Formalização	21
4.3.4- Silêncio do contrato	22
4.4- Revisão, Recomposição, Repactuação ou Realinhamento	24
4.4.1- Fundamento legal	24
4.4.2- Fato desencadeador do desequilíbrio	24
4.4.2.1- Força maior	26
4.4.2.2- Caso fortuito	26
4.4.2.3- Fato do príncipe	26
4.4.2.4- Fato da administração	27
4.4.2.5- Interferências Imprevistas	27
4.4.2.6- Modificação unilateral do contrato	28
4.4.3- Alguns exemplos de incidência	29
4.4.3.1- Dissídio coletivo	30
4.4.3.2- Abono	30
4.4.4- Alteração contratual	30
4.4.5- Periodicidade	31
4.4.6- Algumas cautelas indispensáveis	32
5- O reequilíbrio econômico-financeiro no TJERJ	33
6- A redação das cláusulas econômicas no âmbito do TJERJ	33
6.1- O critério de reajuste	33
6.2- A atualização financeira e a revisão	36

6.3- A correção monetária	36
7- O reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo de prestação de serviço de limpeza	37
7.1- O contrato	37
7.2- As causas determinantes de desequilíbrio	38
7.3- As principais dificuldades relativas ao reequilíbrio através do reajuste	39
7.3.1- O momento da licitação	40
7.3.2- O momento da prorrogação	41
7.4- A maneira de vencer as dificuldades dos momentos da licitação e da prorrogação	42
7.4.1- No momento da licitação	42
7.4.2- No momento da prorrogação	43
CONCLUSÃO	44

ANEXOS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso teve quatro motivações. A primeira foi o próprio tema em si, que despertou a curiosidade do autor quando este atuava, mediante a análise e elaboração de informações processuais, no Departamento de Coordenação e Informações Gerenciais da então denominada Secretaria de Planejamento, Coordenação e Finanças, atual Diretoria Geral de Planejamento, Coordenação e Finanças.

A segunda foi a constatação da existência, no âmbito da Administração do TJERJ, da não uniformidade de tratamento e de percepção do tema reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Essa constatação está confirmada no seguinte trecho, extraído da monografia apresentada pela ilustre servidora Lúcia Maria Vasconcelos Pereira, atual diretora do Departamento de Contratos e Atos Negociais da Diretoria Geral de Logística, intitulada “Reajuste, revisão, prorrogação e alteração contratual na gestão estratégica dos contratos administrativos”: *“Foram realizadas pesquisas de campo com os administradores dos órgãos do Tribunal de Justiça, responsáveis pela autorização dos pedidos, apresentados durante a execução dos contratos. As entrevistas foram realizadas através de questionário dirigido, que apontou as seguintes dificuldades sobre o tema: **falta de conhecimento específico dos gestores em conceituar corretamente as figuras contratuais aludidas e a ausência de normas específicas nos procedimentos de gestão dos contratos**”* (grifo nosso).

A terceira está ligada ao Princípio da Indisponibilidade, segundo o qual “os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos” (Carvalho Filho, 2003, p. 22). A noção de que cuidando do que é de todos estamos cuidando também do que é nosso, é um estímulo.

Finalmente, a quarta motivação, como desdobramento da terceira, está em que protegendo o patrimônio público, protege-se, também, o agente público incumbido da função de ordenador de despesas. Corrobora essa idéia a notícia veiculada no sítio do jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (anexo nº 1), no artigo A106 intitulado “Reequilíbrio e Reajuste de Contratos: Principais Causas de Multa e Ressarcimento em Tribunais de Contas”.

Tais motivações, a nosso juízo, são bastantes para mostrar a relevância do tema.

Mas o que é o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato ? Em apertada síntese, significa o conjunto dos mecanismos jurídicos postos à disposição das partes para restabelecer o equilíbrio original entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração. É o que veremos a seguir.

DESENVOLVIMENTO

1- Considerações iniciais

A fim de não desviarmos o foco do tema escolhido, nem tornarmos desnecessariamente extenso o texto da monografia, deixaremos de declinar alguns conceitos a ele pertinentes, como os de Administração Pública, contratos administrativos e outros.

É, todavia, essencial que tratemos de apresentar, genericamente, a questão do reequilíbrio econômico-financeiro. Desta forma, para bem entender-se o reequilíbrio dos contratos de prestação de serviço de limpeza, faremos uma exposição do reequilíbrio dos contratos em geral. Essa apresentação prévia tem, inclusive, o objetivo de conjurar aquilo que foi dito acerca de uma das motivações do estudo, qual seja, a de oferecer uma uniformidade de tratamento do assunto.

2- O problema da terminologia

Inicialmente, convém registrar que inexistem, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uniformidade na utilização da terminologia dos mecanismos que consubstanciam o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Portanto, fica registrada a existência da controvérsia.

Por isso, embora o autor deste trabalho vá apresentar aquilo que ele considera ser o mais correto, faz-se a ressalva do respeito aos demais entendimentos. Ficaremos satisfeitos se as idéias aqui propostas forem consideradas, dentre tantas outras, para a elaboração de uma normatização no âmbito do TJERJ.

São encontradas, nas normas, nas decisões administrativas e judiciais, bem como na doutrina, as seguintes expressões: reajuste, revisão, repactuação, realinhamento, reequilíbrio, recomposição, atualização, correção monetária etc.

Em nossa opinião, formada em decorrência de estudos e da aplicação prática dos conceitos no âmbito dos processos administrativos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a expressão reequilíbrio econômico-financeiro indica o gênero, do qual são espécie o reajuste, a atualização financeira, a correção monetária e a revisão.

3- O gênero reequilíbrio econômico-financeiro

3.1- A idéia de Equilíbrio

Os contratos administrativos são integrados por duas espécies de cláusulas: as regulamentares e as econômicas. Tiramos da doutrina o esclarecimento do que significa cada uma dessas cláusulas:

“O chamado ‘contrato administrativo’ apresenta duas categorias de cláusulas contratuais. Existem aquelas que versam sobre o desempenho das atividades de prossecução do interesse público e são denominadas ‘regulamentares’ ou ‘de serviço’. Além delas, há as cláusulas que asseguram a remuneração do particular e que são ditas ‘econômicas’” (Justen Filho, 2002, p. 478).

A idéia de equilíbrio significa que em um contrato administrativo os encargos do contratado (indicados nas cláusulas regulamentares) equivalem à retribuição (indicada nas cláusulas econômicas) paga pela Administração Pública. Por isso se fala na existência de uma equação: a equação econômico-financeira.

O momento em que se cristaliza essa equação é a data da apresentação da proposta, desde que, evidentemente, seja ela escolhida pela Administração e firmado o respectivo contrato. Embora, como veremos oportunamente, o reequilíbrio (gênero) possa alcançar um tempo anterior ao da elaboração da proposta, até o momento da apresentação desta deve o interessado tomar em consideração todas as circunstâncias, porquanto não poderá vir a alegá-las posteriormente, como causa de desequilíbrio. Este aspecto está explicado no seguinte trecho, tirado do artigo intitulado “O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, a Lei nº 8.666 e o Plano Real”, da lavra de Marçal Justen Filho, publicado na seção Doutrina – Outubro/1994 do ILC – Informativo de Licitações e Contratos da Editora Zênite:

“Logo, a configuração da equação econômico-financeira inicia-se quando a Administração edita o ato convocatório, definindo quantitativa e qualitativamente os encargos que recairão sobre o particular que vier a ser contratado. A definição das retribuições se faz com a apresentação das propostas (que podem reportar-se a outros dados anteriores, inclusive). Portanto, aperfeiçoa-se a equação econômico-financeira quando, após a Administração selecionar uma proposta como vencedora, o contrato é firmado. No entanto, o conteúdo dos ângulos ativo e passivo da relação reporta-se a momentos anteriores, especialmente ao da apresentação das propostas. Por isso, o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pode conduzir a que, já no momento da contratação, haja necessidade de adequar o conteúdo do instrumento às variações ocorridas”.

3.2 - Raiz constitucional

É de fundamental relevância registrar que a referida equação econômico-financeira tem expressa previsão e proteção constitucional. Confira-se o texto do inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....
*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.*

Por isso, e como uma decorrência do Princípio da Supremacia Constitucional, segundo o qual todas as demais espécies normativas não podem conflitar com as normas constitucionais, porque é nelas que buscam seu fundamento de validade, nem a lei, nem o ato convocatório, nem o contrato podem opôr obstáculo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Mais uma vez, buscamos o oportuno respaldo doutrinário: *“O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação não deriva de cláusula contratual nem de previsão no ato convocatório. Tem raiz constitucional” (Marçal, 2002, p.505).*

3.3- A idéia de desequilíbrio

Fixada a noção de equilíbrio, chega-se facilmente à de desequilíbrio. Ocorre este quando há qualquer alteração que afete aquela equação econômico-financeira. Sob este prisma, o entendimento do que sejam encargos do contratado é amplo: abrange a prestação, o prazo e o local de sua execução, os tributos incidentes e qualquer outro elemento que tenha interferência direta.

3.4- A idéia de Reequilíbrio

Significa o retorno àquela equação econômico-financeira original, quando rompida.

3.5- Desfazendo equívocos

Um ponto importante que nem sempre é mencionado e que, por isso, aproveitamos o ensejo para destacar, é o de que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não beneficia somente o contratado. Não apenas a elevação, mas também a diminuição dos encargos, justifica o aumento ou a redução da retribuição paga pela Administração contratante. E mais importante ainda, é a consideração de que

“A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar precipuamente a própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando inoressessem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem” (Marçal, 2002, p. 499/500).

4- Modalidades ou espécies de reequilíbrio

Tendo ficado registrado, no capítulo 2 supra, a inexistência de harmonia quanto à terminologia adotada, apresentaremos, nos itens abaixo, aquela que nos parece ser a mais adequada.

Dentre as modalidades, é possível fazer uma distinção em dois grupos: as modalidades que têm como causa a inflação, aí inseridas o reajuste, a atualização e a correção monetária; e a modalidade que tem como causa a ocorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, aí inserida a revisão, também denominada repactuação, recomposição ou realinhamento.

4.1- Reajuste

4.1.1- Fundamento legal

Artigos 40, inciso XI e 55, inciso III da Lei Federal nº 8.666/93.

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.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

.....
III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

4.1.2- Fato desencadeador do desequilíbrio

É a inflação setorial ou específica, verificada no âmbito das circunstâncias que influenciam a execução da prestação assumida pelo particular. O reajuste tanto pode retratar a inflação padrão da economia como estar referido à elevação de preços de determinados insumos ou setores da atividade econômica. O reajuste cobre as variações inflacionárias ocorridas no período que media entre a data da apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, e a data da execução da prestação. É a explicação que encontramos no ILC (Informativo de Licitações e Contratos da editora Zênite) nº 91, set/2001, p. 772:

“O reajuste de preços implica atualização do valor inicial em face de alterações mercadológicas que repercutam no contrato (custo da execução e remuneração). Enfim, é a atualização do valor do contrato, levando-se em conta a elevação do custo de produção de seu objeto, diante do curso normal da economia”.

Considerando, como visto acima, que o reequilíbrio é benéfico para a Administração contratante, na medida em que evita que as propostas incluam margens indevidas, entende-se porque a lei estabeleceu, no precitado artigo 40, inciso XI, a obrigatoriedade de previsão do critério de reajuste. Daí decorre a conclusão de que aquelas margens indevidas serão tanto

menores (ou até inexistentes) quanto mais exato for o critério de reajuste estipulado no ato convocatório da licitação. A escolha desse critério, que segundo a referida norma deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, deve ser feita pelo órgão solicitante da contratação, se necessário com o auxílio de órgão técnico. Ou seja, a Administração deve identificar qual item ou itens têm maior influência na formação do preço. A partir daí fixará o critério de reajuste.

A idéia central é a de que pode ocorrer um aumento de preço generalizado na economia, mas não no segmento específico que afeta o contrato. Ou então a situação inversa: um aumento de preço no segmento específico, sem reflexo nos índices gerais de inflação. Pode até ocorrer, em uma conjuntura econômica favorável, um reajuste de preço para menor, se no segmento específico ocorrer deflação.

4.1.3- Formalização

O reajuste de preços não provoca alteração contratual, sendo essa a razão pela qual o mesmo é registrado mediante simples apostilamento. É o que dispõe o §8º do artigo 65 da Lei de Licitações:

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

.....
§8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

A mesma orientação se colhe na doutrina:

“Assim, são modificações incidentais que não alteram o contrato: a) reajustes de preços, que farão variar o valor inicialmente estimado do contrato, desde que calculados segundo os critérios previstos no próprio contrato; ...” (Pereira Júnior, 2003, p. 669).

Com efeito, ao aplicar o reajuste as partes estarão cumprindo, e não descumprindo o contrato.

4.1.4- Silêncio do contrato

O critério de reajuste deve estar previsto no ato convocatório e no contrato. É este o comando legal (art. 40, XI e 55, III). Como agir se não houver previsão ? Caso o ato convocatório e o contrato não tenham previsão sobre o critério de reajuste, impõe-se observar as circunstâncias vigentes. Se a contratação tiver ocorrido em época de baixa inflação, deve-se entender, em princípio, que o particular formulou sua proposta nela embutindo uma margem de segurança para fazer face às eventuais variações de custo. Nesse caso não poderá ser pleiteado reajuste. Se a contratação tiver ocorrido em época de inflação elevada (de dois dígitos), há opiniões que admitem que se pleiteie o reajuste, porém observando-se as mesmas cautelas do procedimento utilizado para a recomposição de preços, ou seja, desde que feita a demonstração, tanto de que a proposta original não continha nenhum acréscimo à guisa de previsão, quanto do aumento dos custos. É a opinião de Marçal Justen Filho:

*“Logo, quando há inflação de menos de dois dígitos ao ano, o particular pode estimar o aumento de seus custos e formular proposta compatível com as perspectivas correspondentes. Esse tema apresenta relevância especialmente nos contratos que pressupõem inevitável elevação de custos. (...) Se os aumentos retratarem as variações gerais de custos, com elevações **previsíveis**, o particular deverá arcar com eles. (...) Se, porém, houver concessão de benefícios que refugiam às variações dos índices usuais, o particular estará diante de situação **imprevisível**. Poderá pretender a **recomposição**, em tais hipóteses” (Justen Filho, 2002, pág. 380).*

Convém observar que, em sendo admitido o reajuste mesmo no silêncio do contrato, será necessário lavrar-se termo aditivo (art. 65, §8º, a contrario sensu).

4.1.5- Periodicidade

À época da promulgação da Lei nº 8.666/93, o país vivia sob forte inflação.

Atualmente, por expressa disposição legal contida nos artigos 2º e 3º da Lei nº 10.192/01, o reajuste só poderá ocorrer nos contratos que tenham prazo de duração igual ou superior a um ano, após decorrido doze meses da apresentação da proposta ou do orçamento a que ela se referir.

Art. 2º É admitida 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.

§1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Convém deixar claro que a lei não impõe o reajuste após doze meses. O reajuste pode ocorrer em momento posterior. O que não pode é o mesmo ocorrer em momento anterior.

Dependendo do objeto do contrato (compra, serviço ou obra), tanto a estimativa de custo feita pela Administração interessada na contratação, quanto as proposta apresentadas pelos licitantes, podem se referir a valores vigentes na data fixada para apresentação das propostas, ou a valores que já vigoravam em momento anterior. Por exemplo, num contrato de compra, normalmente a estimativa e as propostas tomam por base valores vigentes na data fixada para apresentação das propostas.

Mas nos contratos de prestação de serviço que dependem em grande parte de mão-de-obra, embora tome-se por base o valor vigente na data fixada para apresentação da proposta, esse valor pode se reportar à momento anterior, ou seja, àquele em que ocorreu o último acordo, convenção, ou dissídio coletivo de trabalho.

Com base na legislação acima citada e nos exemplos dados, a contagem do prazo de reajuste pode ser diferente. Assim, relativamente aos valores estimados para a compra, o reajuste poderá ocorrer passados doze meses da data fixada para apresentação da proposta.

Mas no exemplo do contrato de prestação de serviço com grande incremento de mão-de-obra, o reajuste pode ser autorizado passados doze meses da data do acordo, convenção, ou dissídio coletivo de trabalho.

Aqui, mais uma vez convém lembrar aquilo que dissemos sobre ser o reequilíbrio econômico-financeiro benéfico para a Administração. A contagem do interregno mínimo de doze meses no contrato de prestação de serviço, tendo por termo inicial a data do acordo, convenção, ou dissídio coletivo de trabalho, aparentemente é mais benéfica para o contratado, porquanto o reajuste poderá ser autorizado depois de doze meses daquela data, mas antes que o contrato tenha um ano de vida. Como dissemos, a vantagem apenas aparentemente é do contratado. Na verdade, essa sistemática também é vantajosa para a Administração, que assim pode obter propostas de preço mais enxutas.

Recentemente, o Tribunal de Contas da União proferiu decisão (nos autos do processo nº 001.912/2004 – Anexo nº 2) que forneceu maior clareza quanto à correta aplicação dos dispositivos legais supra. Do referido acórdão, é conveniente transcrever o seguinte trecho:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

9.1. expedir as seguintes orientações dirigidas à Segedam:

9.1.1. permanece válido o entendimento firmado no item 8.1 da Decisão 457/1995 – Plenário;

9.1.2. os incrementos dos custos de mão-de-obra ocasionados pela data-base de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua não se constituem em fundamento para alegação de desequilíbrio econômico-financeiro;

9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 – Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não

previstos originariamente, nos termos do disposto no artigo 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/MARE 18/97;

9.1.4. no caso das repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subsequentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 – Plenário conta-se a partir da data da última repactuação, nos termos do disposto no artigo 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.1 da IN/MARE 18/97;

9.1.5. os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de um ano, conforme estabelecem o artigo 2º da Lei 10.192/2000 e o artigo 5º do Decreto 2.271/97;

9.1.6. nas hipóteses previstas nos itens 9.1.3 e 9.1.4 deste Acórdão, a repactuação poderá contemplar todos os componentes de custo do contrato que tenham sofrido variação, desde que haja demonstração analítica dessa variação devidamente justificada, conforme preceitua o artigo 5º do Decreto 2.271/97”.

Sobre o trecho acima transcrito são necessários os seguintes esclarecimentos:

a) quanto ao item 9.1.1, o item 8.1 da Decisão 457/1995 – Plenário tem a seguinte redação:

“8.1 – os preços contratados não poderão sofrer reajustes por incremento dos custos de mão-de-obra decorrentes da data-base de cada categoria, ou de qualquer outra razão, por força do disposto no artigo 28 e seus parágrafos da Lei nº 9.069/95, antes de decorrido o prazo de um ano, contado na forma expressa na própria legislação”.

Entendeu-se por manter a redação desse item 8.1 porque ao fazer remissão à “forma expressa na própria legislação”, não afastava a aplicação da indigitada Lei nº 10.192/2001, a qual permite que o termo inicial do prazo de doze meses alcance a data do orçamento e este, por sua vez, a data do dissídio etc.

b) o acórdão utiliza as expressões “repactuação” e “reequilíbrio econômico-financeiro” num sentido diferente daquele defendido nesta monografia. Assim, para adequada compreensão, deve-se entender o termo “repactuação” como sinônimo de reajuste e o termo “reequilíbrio econômico-financeiro” como sinônimo de revisão ou repactuação, como adiante explicitaremos.

c) em face da regra que autoriza somente um reajuste a cada doze meses, o acórdão disciplinou a hipótese do contrato sofrer a influência de mais de uma categoria profissional.

Com efeito, veja-se o seguinte trecho:

“Outro ponto que deve ser analisado refere-se à hipótese de um mesmo contrato abrigar diversas categorias submetidas a acordos, convenções ou dissídios coletivos firmados ou instaurados em datas diferentes. Nesse caso, pergunta-se: é admissível a realização de várias repactuações do contrato dentro do prazo de um ano a fim de incorporar cada um dos reajustes salariais concedidos? A meu ver a resposta é negativa. Explico-me. Como já demonstrado em itens precedentes, o incremento dos custos de mão-de-obra decorrente da data-base das categorias profissionais trata-se de mero reajuste provocado pela inflação. Em consequência, são aplicáveis a esse incremento de custos as regras atinentes ao reajuste dos contratos, que fixam o prazo anual para realização de cada novo reajustamento. (...) Note-se que o art. 2º, §1º, da Lei 10.192/2000 encerra uma proibição, ou seja, proíbe a realização de qualquer reajuste em prazo inferior a um ano. Se a disposição legal faz incidir explicitamente a vedação sobre qualquer reajuste, sem estabelecer exceção ou fazer distinção quanto ao fator que originou o reajustamento tomado para a contagem do prazo, então não há como ampliar o alcance da norma. Significa dizer que, realizado o primeiro reajuste do contrato referente a um determinado item de custo, o próximo reajustamento somente poderá se dar após decorrido um ano, independentemente do fato de ter-se verificado variação nos preços de outros itens antes de escoado esse prazo. Portanto, como não há fundamento para a realização de diversos reajustes dentro do interregno anual, não é possível submeter um mesmo contrato de prestação de serviços continuados a mais de uma repactuação durante esse intervalo de tempo”.

d) ao autorizar apenas um reajuste a cada período de doze meses, o referido acórdão aceita a possibilidade de que sejam contemplados todos os componentes de custo que tenham sofrido variação. É o que se extrai da leitura do seguinte trecho:

“Propõe o parecer da Conjur que seja esclarecido que, quando o prazo mínimo de um ano for contado a partir da data do orçamento da proposta, a repactuação deverá contemplar todos os itens de custo, desde que haja demonstração analítica da variação dos componentes devidamente justificada. (...) Assim, o objetivo da proposição da Conjur seria deixar claro que, já na primeira repactuação, seria possível fazer o alinhamento dos custos da mão-de-obra com os demais custos do contrato e, com isso, evitar que os licitantes inserissem em suas propostas custos mais elevados destinados a compensar o descompasso entre as datas de referência para reajuste dos dois grupos de custos citados, respectivamente, a data do acordo, convenção ou dissídio e a data da proposta. (...) Entendo, pois, que não há restrições legais ou regulamentares a que se inclua, na primeira repactuação, a variação dos custos de outros itens do preço do contrato, além da mão-de-obra, desde que devidamente demonstrado e justificado. No entanto, chamo a atenção para o fato de que não há como se conseguir a perfeita harmonização da relação dos custos do

contrato tendo em vista a existência de itens sujeitos a variações de preço sazonais ou categorias profissionais com data-base diferenciadas, entre outras possibilidades”.

O tratamento da questão, segundo as idéias constantes do referido acórdão, nos parece ser o mais adequado.

Embora o acórdão não seja oriundo da Corte de Contas Estadual, suas orientações podem ser seguidas pela Administração do TJERJ, uma vez que as decisões do TCU são sempre uma referência nacional. Nessa direção, lembramos o que dispõe a Súmula nº 222 do TCU:

“As decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Como cediço, a maioria das normas que integram a Lei 8.666/93 tem caráter geral, como é o caso da norma ora em comento, sobre o critério de reajuste. Confirma-se a lição tirada da obra do eminente desembargador Jessé Torres Pereira Júnior: “As normas concernentes aos atos convocatórios das licitações têm caráter geral, impondo-se seu cumprimento a toda a Administração Pública brasileira ...” (Pereira Júnior, 2003, p. 428).

4.1.6- Implementação

Ligado à idéia da periodicidade, acima analisada, é a noção de implementação do reajuste. Uma vez ocorrida a variação prevista no critério de reajuste, não pode a Administração contratante se recusar a concedê-lo. Isto porque a ocorrência de variação importa em rompimento do equilíbrio original, o qual, por sua vez, enseja o correspondente reequilíbrio. É esse o entendimento de Marçal Justen Filho, conforme se extrai da leitura do trecho seguinte:

“Já o reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independentemente de averiguação

efetiva do desequilíbrio. Aprofundando os conceitos, o reajuste consiste em consequência de uma espécie presunção absoluta de desequilíbrio. Já a recomposição pressupõe a apuração real dos fatos e exige a comprovação acerca de todos os detalhes relacionados com a contratação e os fatos supervenientes a ela” (Justen Filho, 2002, p. 380).

4.2- Atualização Financeira

4.2.1- Fundamento legal

Art. 40, XIV, “c” e 55, III da Lei 8.666/93.

Art. 40. O edital conterà ... e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

.....
XIV – condições de pagamento, prevendo:

.....
c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

.....
III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

4.2.2- Fato desencadeador do desequilíbrio

É a inflação genérica, que afeta a perda do poder aquisitivo da moeda em geral. Não se enfocam elevações de custo em setores específicos, mas a situação da economia em seu todo. A atualização financeira se refere ao período imediatamente posterior à execução da prestação do contratado e se prolonga até a data do efetivo pagamento. Parte-se do pressuposto de que, uma vez executada a prestação que lhe incumbia, o particular não mais é afetado pela alteração das circunstâncias relacionadas a tal execução. Sua situação é a de qualquer credor por uma importância em dinheiro. Por isso, o valor a ele devido será indexado a índices genéricos de inflação, e não setoriais. Enquanto o reajuste cobre o período compreendido entre a proposta e a execução, a atualização financeira cobre o período compreendido entre a execução e o pagamento, pela Administração contratante.

4.2.3- Formalização

Assim como o reajuste, a atualização financeira não provoca alteração contratual, sendo essa a razão pela qual a mesma é registrada mediante simples apostilamento. É o que dispõe o §8º do artigo 65 da Lei de Licitações:

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

.....
§8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

A mesma orientação se colhe na doutrina:

“Assim, são modificações incidentais que não alteram o contrato: ... b) atualizações monetárias e compensações ou penalizações financeiras, desde que nos termos previstos nas cláusulas atinentes às condições de pagamento; ...” (Pereira Júnior, 2003, p. 669).

Com efeito, ao aplicar o índice de atualização financeira as partes estarão cumprindo, e não descumprindo o contrato.

4.2.4- Inaplicabilidade

Feita a exposição do que se entende por atualização financeira, cabe destacar que as regras a ela pertinentes estão, atualmente, sem aplicabilidade, por força do disposto na precitada Lei nº 10.192/01, a qual proíbe a estipulação de reajuste ou correção monetária em periodicidade inferior a um ano. Como o artigo 40, inciso XIV, letra “a” determina que o prazo de pagamento não poderá ser superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento, fica claro que, nesse interregno de trinta dias, nenhuma atualização financeira poderá ser feita, sob pena de ofensa àquela vedação contida na Lei 10.192/01.

4.3- Correção Monetária

4.3.1- Fundamento legal

Arts. 40, XIV, “d” e 65, §8º.

Art. 40. O edital conterà ... e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

.....
XIV – condições de pagamento, prevendo:

.....
d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos.

Art. 65. O contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, ..., nos seguintes casos:

.....
§8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

4.3.2- Fato desencadeador do desequilíbrio

É a inflação genérica, incidente na eventualidade de atraso no pagamento. Corresponde à indexação posterior ao vencimento e incide na medida em que haja inadimplemento da Administração Pública. Similarmente à atualização financeira, vincula-se a índices de apuração da inflação genérica. Assim, o reajuste cobre o período compreendido entre a proposta e o adimplemento da prestação; a atualização financeira cobre o período compreendido entre a data do adimplemento e a data prevista para pagamento; a correção monetária cobre o período compreendido entre a data prevista para pagamento e a data do efetivo pagamento.

4.3.3- Formalização

A correção monetária não provoca alteração contratual, sendo essa a razão pela qual a mesma é registrada mediante simples apostilamento. É o que dispõe o §8º do artigo 65 da Lei de Licitações:

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

.....
§8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

A mesma orientação se colhe na doutrina:

“Assim, são modificações incidentais que não alteram o contrato: b) atualizações monetárias e compensações ou penalizações financeiras, desde que nos termos previstos nas cláusulas atinentes às condições de pagamento; ...” (Pereira Júnior, 2003, p. 669).

Com efeito, ao aplicar o índice de correção as partes estarão cumprindo, e não descumprindo o contrato.

4.3.4- Silêncio do contrato

A correção monetária, diz a Lei 8.666/93, deve estar prevista no edital e no contrato. Mas o seu silêncio não impede a sua incidência. Em primeiro lugar porque, conforme sustentado no início, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem raiz constitucional. Em segundo lugar porque, ao contrário do reajuste e da atualização financeira, que têm data certa para ocorrer (o primeiro após o interregno mínimo de doze meses; a segunda até trinta dias contados da data final do período de adimplemento), a correção monetária tem por premissa o descumprimento do prazo de pagamento, pela Administração contratante. Ou seja, seu fato gerador é o atraso, a mora da administração, sendo certo que o prazo deste atraso não pode ser adrede previsto, por absoluta impossibilidade. Com efeito, é

possível afirmar, com antecedência, quantos dias a Administração irá atrasar o pagamento ? Por isso é que, tendo fundamento diverso, entende-se que as regras que vedam a correção monetária antes de certo período de tempo, como por exemplo prevê a precitada Lei nº 10.192/01, não se dirigem à hipótese de atraso de pagamento. É o pensamento que se extrai da doutrina, conforme os trechos infra:

“O fato de a correção monetária não haver sido prevista no ato convocatório não autoriza a Administração a descumprir a lei. O que o §1º do art. 5º e o inciso III do art. 55 ressalvam é que o critério de correção deve estar previsto no ato convocatório e no contrato, não a correção em si mesma. Esta resulta da lei, não do edital ou do contrato. Se estes são omissos quanto à indicação do critério, nem por isto estará a Administração desonerada do dever legal de satisfazer a correção monetária” (Pereira Júnior, 2003, p. 563).

“Não é cabível que o Estado pretenda, através da omissão de regras sobre consequências de inadimplemento, assegurar a si próprio regime excludente de sanções em caso de infração ao Direito. Aliás, há dispositivo constitucional explícito submetendo o Estado a responder por atos ilícitos (contratuais ou não).

.....
Tem-se questionado se, em face do Plano Real, continuaria a existir “correção monetária” em caso de atraso. Alguns procuram localizar nos dispositivos das diversas leis fundamentação para defender esse ponto de vista. Deve ressaltar-se que o regime para indexação relativo ao período anterior ao vencimento não se confunde com o pertinente à responsabilidade civil.

Ou seja, a regra que proíbe reajustes para período inferior a doze meses não disciplina as consequências jurídicas do inadimplemento. O sujeito (inclusive o Estado) tem o dever de cumprir a prestação assumida, no prazo e condições determinadas. Ao infringir esse dever, sujeita-se à obrigação de indenizar a parte inocente por perdas e danos. Entre os danos emergentes encontra-se, no mínimo, a perda do valor da moeda proveniente da inflação. Portanto, se o Estado atrasar o pagamento, deverá pagar com correção monetária. Os tribunais não têm hesitado em seguir esse caminho, na vigência do Plano Real” (Justen Filho, 2002, p. 381/382).

Este é também o argumento encontrado no ILC nº 88, junho/2001, pág. 504 da editora Zênite, segundo o qual a expressão correção monetária existente na legislação que impõe lapso temporal (Leis 9.069/95 e 10.192/01) tem o sentido de reajuste e não de atualização de valores decorrentes de atrasos.

Quanto aos tribunais, predominam as decisões no sentido da incidência da correção monetária, independentemente de sua previsão no edital ou no contrato. Vejamos os seguintes exemplos:

“Correção monetária – Ilícito contratual – Contrato de obras e serviços públicos – Atraso no pagamento – A demora no pagamento do preço avençado constitui ilícito contratual, sendo devida a correção monetária desde o vencimento da obrigação. Precedentes” (STJ – REsp. nº 16.989) - (in, Renato Geraldo Mendes, “Lei de Licitações e Contratos Anotada”, p. 140).

“Administrativo. Empreiteira. Contrato para realização de obras públicas. Atraso no pagamento das faturas. Correção monetária. Incidência, mesmo nos contratos celebrados sem previsão, em face da desvalorização da moeda pela inflação. Recurso provido” (Revista do STJ 3/473) – (Justen Filho, 2002, p. 508).

“Administrativo – Agravo Regimental – Recurso Especial - Contrato de licitação – Pagamentos efetuados com atraso – Quitação sem ressalva – Inclusão de correção monetária – Possibilidade. - É possível a cobrança da correção monetária dos pagamentos feitos em atraso, embora tenha havido quitação sem ressalva, uma vez que ela nada acresce ao valor original, apenas recompondo o montante corroído pela inflação. Precedentes. – Agravo regimental improvido” (REsp. 236.142-RJ, in ILC nº 94, dez/01, pág. 1.044).

4.4- Revisão, Recomposição, Repactuação ou Realinhamento

4.4.1- Fundamento legal

Artigo 65, inciso II, letra “d” da Lei 8.666/93.

Art. 65. Os contratos 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 os 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.

4.4.2- Fato desencadeador do desequilíbrio

O que difere a modalidade revisão (da qual seriam expressões sinônimas a recomposição, a repactuação e o realinhamento) das demais, é o fato desencadeador do desequilíbrio. As outras modalidades são adotadas para neutralizar os efeitos da inflação, dentro de um ambiente de normalidade econômica. A Revisão se faz quando eventos excepcionais provocam uma alteração em um ou em ambos os lados da equação econômico-financeira.

São bem esclarecedoras as lições da doutrina:

“Reserva-se a expressão ‘recomposição’ de preços para os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada da inflação verificada. Envolve a alteração dos deveres impostos ao contratado, independentemente de circunstâncias meramente inflacionárias. Isso se passa quando a atividade de execução do contrato sujeita-se a uma excepcional e anômala elevação (ou redução) de preços (que não é refletida nos índices comuns de inflação) ou quando os encargos contratualmente previstos são ampliados ou tornados mais onerosos. (...) A recomposição de preços provoca uma real modificação na prestação. O reajuste de preços e a atualização financeira, figuras similares, envolvem uma alteração meramente nominal de valores, destinada a compensar os efeitos inflacionários. (...) Por isso, o tratamento jurídico das três figuras pode ser distinto. Nada impede que se cumulem recomposição e reajuste.” (Justen Filho, 2002, p. 504).

“A revisão do contrato, ou seja, a modificação das condições de sua execução, pode ocorrer por interesse 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 encarecimento 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, sim, de revisão do próprio ajuste, diante de 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 na situação fática em que se embasou o contrato, impõe-se a sua revisão, e até mesmo a sua rescisão (Meirelles, 2002, p. 250/251).

Para melhor compreensão, convém explicitar os principais fatos desencadeadores do desequilíbrio, conforme a doutrina acima transcrita.

4.4.2.1- Força maior

“É o evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratante óbice intransponível na execução do contrato. O que qualifica a força maior é o caráter impeditivo absoluto do ato superveniente para o cumprimento das obrigações assumidas. Não é uma simples dificuldade ou a maior onerosidade advinda do ato que se erige em força maior, pois em todo negócio é de esperar-se áleas e riscos próprios do empreendimento. Assim, uma greve que paralise os transportes ou a fabricação de um produto de que dependa a execução do contrato é força maior, mas poderá deixar de sê-lo se não afetar totalmente o cumprimento do ajuste, ou se o contratado tiver outros meios ao seu alcance para contornar os efeitos da greve em relação ao contrato” (Meirelles, 2002, p. 236).

4.4.2.2- Caso fortuito

“É o evento da natureza que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, gera para o contratado obstáculo irremovível na execução do contrato. Não é o impedimento parcial ou a dificuldade agravada pelo evento que constitui caso fortuito; é a impossibilidade total criada pelo fato da natureza que exime o contratado de cumprir suas obrigações. Caso fortuito é, por exemplo, um tufão destruidor em regiões não sujeitas a esse fenômeno; uma inundação imprevista e imprevisível que cubra o local da obra; e outros eventos da natureza que venham impossibilitar totalmente a execução do contrato, ou retardar seu andamento, sem culpa do contratado” (Meirelles, 2002, p. 236/237).

4.4.2.3- Fato do Príncipe

“É toda determinação estatal, geral, imprevista e imprevisível, positiva ou negativa, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo. Essa oneração, constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução do ajuste, e, se a conclusão de seu objeto se tornar impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis. (...) O fato do príncipe pode exteriorizar-se em lei, regulamento ou qualquer outro ato geral do Poder Público que atinja a execução do contrato, como pode provir da própria Administração contratante ou de outra esfera administrativa competente para a adoção da medida governamental. (...) Não se confunde com a alteração ou a rescisão unilateral do contrato por conveniência da Administração, visto que neste caso a deliberação da autoridade é específica para o contrato e visa, precisamente, a modificar ou pôr fim à sua

execução, ao passo que no fato do príncipe a medida é geral, não objetiva fazer cessar a execução do contrato e só incide indiretamente sobre o ajustado pelas partes, tal como quando uma proibição de importação de determinado produto passa a dificultar ou torna inexecutível a obra, o serviço ou os fornecimentos nos termos em que foram anteriormente contratados (Meirelles, 2002, p. 237/239).

Exemplo de fato do príncipe, encontramos no §5º do artigo 65 da Lei 8.666/93:

Art. 65

§5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

4.4.2.4- Fato da Administração

“Considera-se fato da administração toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede sua execução. Esse fato se equipara à força maior e produz os mesmos efeitos excludentes da responsabilidade do particular pela inexecução do ajuste, ensejando, ainda, as indenizações correspondentes. Tal ocorre quando a Administração deixa de entregar o local da obra ou do serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou não expede a tempo as competentes ordens de serviço, ou pratica qualquer ato impediante dos trabalhos a cargo da outra parte. (...) Neste ponto, convém advertir que fato da administração não se confunde com fato do príncipe, já estudado anteriormente, porque cada um tem características próprias e efeitos diversos: o fato da administração é específico e incidente sobre determinado contrato, caracterizando inadimplência da Administração contratante que impede, dificulta ou retarda a execução das obras ou serviços, ensejando a revisão do ajuste ou sua rescisão por culpa da própria Administração; o fato do príncipe decorre de ato geral do Poder Público estranho ao contrato, mas que reflexamente veda ou obstaculiza sua execução, o que autoriza também a revisão do ajuste ou, mesmo, sua rescisão, embora sem tipificar inadimplência da Administração contratante” (Meirelles, 2002, p. 239).

4.4.2.5- Interferências imprevistas

“São ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato, mas que surgem na sua execução de modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos. É o que se verifica, por exemplo, com o encontro de um subsolo rochoso e inesperado para o local, ou de um lençol anormal de água subterrânea, ou de canalizações de serviços públicos não indicados no projeto e que exigem remoções especiais.

O que caracteriza a interferência imprevista e a distingue das demais superveniências é a descoberta de obstáculos materiais, naturais ou artificiais, depois de iniciada a execução do contrato, embora sua existência seja anterior ao ajuste, mas só revelada através das obras ou serviços em andamento, dada sua omissão nas

sondagens ou sua imprevisibilidade para o local em circunstâncias comuns de trabalho. Essas interferências imprevistas, sendo excepcionais e criando dificuldades e encargos extraordinários para a normal execução do contrato, ensejam sua revisão e a recomposição de preços, por não serem válidos os que foram estabelecidos sem abranger as novas e onerosas ocorrências” (Meirelles, 2002, p. 240).

4.4.2.6- Modificação unilateral do contrato

Também enseja a revisão do valor do contrato, por motivo desvinculado da inflação, a modificação unilateral do objeto contratual.

Com efeito, o artigo 58, I da Lei 8.666/93 prevê, genericamente, a possibilidade das chamadas cláusulas exorbitantes, que são assim denominadas porque exorbitam do regime jurídico privado. Conforme se extrai da doutrina

“Uma das características do regime jurídico dos contratos administrativos reside, tal como exposto, na atribuição à Administração Pública de competências peculiares, consistentes no dever-poder de inovar, unilateralmente, as condições originalmente pactuadas” (Justen Filho, 2002, p. 477).

Exteriorizam-se as cláusulas exorbitantes através da alteração unilateral do contrato, nos limites estabelecidos no artigo 65 da Lei 8.666/93.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, 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 esta Lei.

Uma vez implementada a alteração unilateral, impõe-se fazer o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mediante revisão. Tal consequência tem expressa previsão em dois dispositivos da Lei, a saber, o §2º do artigo 58 e o §6º do artigo 65. Confira-se

Art. 58

§2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Art. 65

§6º *Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.*

Esta observação também é encontrada na doutrina, como exemplifica o seguinte trecho:

“Ademais, deverá ser promovida alteração concomitante das cláusulas atinentes à remuneração do contratado. O contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Logo, a alteração dos encargos deverá ser acompanhada da alteração da remuneração a ele devida” (Justen Filho, 2002, p. 479).

A hipótese poderia merecer uma denominação especial para diferenciá-la daquela tratada no artigo 65, inciso II, letra “d”. Não obstante, mesmo partindo da própria Administração contratante, a modificação unilateral do contrato não deixa de ser um evento posterior e imprevisível, daí porque a incluímos dentre os fatos desencadeadores do desequilíbrio. Embora sua fundamentação legal esteja nos artigos 58, §2º e 65, §6º, sua natureza é a mesma das demais, assim como também ocorre com a criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos legais, cujo fundamento não está na letra “d” do inciso II do artigo 65, mas sim no §5º deste artigo.

4.4.3- Alguns exemplos de incidência

Os eventos excepcionais podem se manifestar através de:

a) criação de um novo tributo; b) aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato; c) alteração do projeto; d) chuvas que provocam atraso na fase das fundações da obra; e) greves; f) interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; g) omissão ou atraso de providências a cargo da Administração; etc.

Dentre os eventos possíveis de ocorrer, alguns já foram objeto de ponderação da doutrina e da jurisprudência, como por exemplo:

4.4.3.1- Dissídio coletivo

O dissídio coletivo, principalmente após a implantação do Plano Real, tem sido considerado como um evento previsível, afastando seu acolhimento, caso não esteja previsto no critério de reajuste.

Esse é o pensamento do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que no ano de 2000 editou trabalho do então Secretário-Geral de Controle Externo, Márcio dos Santos Barros, sob o título “Comentários sobre o estatuto das licitações e dos contratos administrativos”. Nos comentários ao artigo 65, II, “d”, às fls. 101, esclarece:

“A alteração do contrato visando a reequilibrá-lo na relação entre o encargo do contratado e a contraprestação pecuniária do contratante só pode se dar se, efetivamente, o fato que o motivar não puder, em situações normais, ser previsto ou, ainda que pudesse, as consequências tenham sido inesperadas em face da sua monta. (...) também inaceitável alegar dissídio coletivo como motivador de desequilíbrio, uma vez que certa a época de sua ocorrência e previsível o valor acordado ou fixado”.

4.4.3.2- Abono

É considerado fato imprevisível:

“Alinho-me a tal entendimento, que tenho por agasalhado no art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93, constituindo-se o abono em fato imprevisível ou, se previsível, de “consequências incalculáveis”, de sorte a ensejar a revisão ali autorizada, com o fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato” (Pereira Júnior, 2003, p. 658).

4.4.4- Alteração contratual

Os fatos ensejadores de revisão, recomposição, repactuação ou realinhamento de preços tornam necessário uma modificação nas cláusulas originais do contrato. Exemplo: alteração dos prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega; alteração do preço; alteração do objeto (quantidade, projeto). Por isso, sempre que ocorrer a recomposição

de preços, far-se-á necessariamente uma alteração contratual, instrumentalizada através de termo aditivo.

É a conclusão decorrente da interpretação, a contrario sensu, da norma inserta no §8º do artigo 65 da Lei 8.666/93:

*Art. 65
§8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.*

Se o traço que caracteriza a espécie de reequilíbrio econômico-financeiro denominada revisão é o fato da mesma ser imprevisível, é óbvio que a mesma não poderia estar prevista no contrato. Senão não seria imprevisível. Por isso é que, uma vez ocorrida, deve ser formalizada mediante aditamento contratual.

4.4.5- Periodicidade

Durante algum tempo lavrou séria controvérsia a questão da existência de interregno mínimo a ser observado antes de autorizar-se a revisão contratual. Dividiam-se as opiniões entre os que entendiam que a revisão poderia ser autorizada a qualquer tempo, posto que decorrente de álea extraordinária, e os que entendiam que deveria ser observado o mesmo interregno imposto para os casos de reajuste, como exemplifica o trecho seguinte:

“No entendimento desta Consultoria, não obstante posição diversa do TCU, a cuja fiscalização se submetem os órgãos e entidades da Administração Pública federal, a revisão não tem periodicidade mínima, podendo ocorrer a qualquer tempo (uma vez formalizada a relação contratual), desde que demonstrado o desequilíbrio” (ILC, nº 87, maio/2001, pág. 388/393).

A tese atualmente vitoriosa é aquela que não impõe a observância de interregno mínimo, como exemplifica julgado do Tribunal de Contas do Distrito Federal, nos autos do

processo nº 4.992/97, acolhendo a Representação nº 10/97, subscrita pelo Procurador-Geral do MP, Dr. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, onde firmou-se o seguinte entendimento:

“a) a legislação federal, ao estabelecer periodicidade anual para os reajustamentos de preços dos contratos administrativos dizem respeito aos casos de atualização e correção previstos no edital e no ajuste (art. 55, III); b) o prazo de um ano será contado a partir da data limite para a apresentação da proposta; c) em se tratando de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, não há prazo ou interstício fixado em lei, descabendo observar a periodicidade de um ano prevista para a hipótese de reajustamento de preços ou qualquer outra”.

4.4.6- Algumas cautelas indispensáveis

Em interessante artigo veiculado em seu sítio www.jacoby.com.br, o jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, arrola uma série de cautelas a serem observadas no exame de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, razão pela qual julgamos interessante repeti-las neste trabalho:

“a) requerimento do interessado: ... É ao contratado, quando pretende a majoração de preços, que cabe pedir e demonstrar o direito ao reequilíbrio. A atuação de ofício, demonstra o interesse do agente público de zelar por interesse privado, absolutamente incompatível com a austeridade de quem gere recursos públicos; b) demonstração de desequilíbrio: ao pleitear o reequilíbrio caberá ao contratado apresentar duas planilhas de custos: uma do tempo atual e outra da época da proposta; c) exame econômico das planilhas: atento ao que foi exposto, não deve o administrador conceder o reequilíbrio confiando, apenas, nos dados apresentados pelo contratado. Ao contrário, impõe-se-lhe o dever de verificar, item por item, a compatibilidade e veracidade da informação apresentada; d) análise jurídica do pleito: embora não seja indispensável, deve o administrador ter a cautela de socorrer-se do órgão jurídico, apresentando o processo para exame; e) avaliação do preço reequilibrado e da proposta mais vantajosa: ainda antes da concessão, é importante que o administrador público volte ao mercado para pesquisar se o preço reequilibrado continua atendendo o pressuposto fundamental da licitação: a proposta mais vantajosa. (...) Se o reequilíbrio importar em violar esse primado, impõe-se, como regra, a rescisão. Evidentemente não pode a Administração Pública obrigar o contratado a fornecer a preços que não são compatíveis com os custos, mas não pode contratar a preços superiores aos de mercado. Para isso, a rescisão como fundamento; f) dotação orçamentária: para assumir compromisso, após o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, é preciso que o administrador, antes de conceder o direito, certifique-se do atendimento das regras do ‘caput’ do art. 16, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente em face do que dispõe o respectivo §4º; g) decisão: é sabido que a concessão do reequilíbrio somente pode se dar por acordo entre as partes, na discção do art. 65, II, d; h) periodicidade: atendidos esses pressupostos, é importante assinalar que enquanto o reajuste e a

repactuação, têm prazo certo para ocorrer e periodicidade pré-definida, o reequilíbrio pode se dar a qualquer tempo, conforme já decidiu o Tribunal de Contas do Distrito Federal em decisão pioneira, conduzida por brilhante voto do Conselheiro José Milton Ferreira (“Reequilíbrio Econômico-Financeiro de Contrato Após o Plano Real”).

5- O reequilíbrio econômico-financeiro no TJERJ

Em decorrência da nossa observação, podemos dizer que, de maneira geral, as decisões que autorizam o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos do TJERJ (abrangendo todas as modalidades já examinadas), têm sido corretas. Por outro lado, não raro encontramos nos processos administrativos a indicação de norma que, segundo nosso prisma, seria mais adequada a outro tipo de hipótese de reequilíbrio. Outras vezes, verificamos uma certa confusão na denominação das hipóteses. Foram precisamente tais ocorrências que nos motivaram a tratar do tema, conforme mencionamos na introdução desta monografia. Assim, embora não tenhamos flagrado nenhum reequilíbrio econômico-financeiro indevido, entendemos que as manifestações processuais poderiam ser aprimoradas sob o ponto de vista da nomenclatura utilizada e da indicação da norma autorizadora.

6- A redação das cláusulas econômicas no âmbito do TJERJ

Através do Ato Normativo nº 01/03, foi aprovada a estrutura básica padronizada de ato convocatório, de formulário de proposta e de termo de minuta de contrato, para as modalidades de Concorrência, Tomada de Preços, Convite e Pregão, que deverão ser observadas nas licitações e contratações do Tribunal de Justiça, sem embargo das adaptações que se mostrarem necessárias em cada caso e do atendimento ao disposto no artigo 113, §2º, da Lei 8.666/93. O exame do referido ato permite revelar o tratamento que o TJERJ dá a cada uma daquelas hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro.

6.1- O critério de reajuste

No que pertine ao critério de reajuste, o item 11.9 da minuta padrão tem a seguinte redação:

“Passados doze meses da data de publicação do contrato, o seu valor poderá ser recomposto, alcançando a data de apresentação da proposta e aplicando-se o índice indicado no projeto básico, acumulado no período, a requerimento da contratada e caso se verifique hipótese legal que autorize reajustamento ou revisão”.

O critério de reajuste constante dos contratos do Tribunal nem sempre teve essa redação.

Ao longo de nossa experiência, pudemos observar três espécies de redação, correspondentes à três momentos distintos. Essas espécies estão demonstradas nos termos de contrato nº 003/003/2000, 003/073/04 e 003/842/04 (Anexo nº 3, 4 e 5). São termos contratuais relativos à contratos de prestação de serviço, porque é nesta espécie de contrato que ocorreu a maior ebulição de idéias e modificações.

No termo nº 003/003/2000, o parágrafo único da cláusula terceira tem a seguinte redação:

“Passados doze meses da data da assinatura do contrato, seu valor será reajustado, alcançando a data da formulação da proposta e aplicando-se o IGP-M acumulado no período”.

No termo nº 003/073/04, o parágrafo único da cláusula terceira tem a seguinte redação:

“Passados doze meses da data de publicação do contrato, o seu valor poderá ser recomposto, alcançando a data de apresentação da proposta, a requerimento da Contratada e caso se verifique hipótese legal que autorize reajustamento ou revisão, aplicando-se o índice de reajuste salarial fixado no dissídio ou convenção coletiva da categoria, a incidir no montante de salários e respectivos encargos sociais, no que se refere a uniformes, materiais e equipamentos será aplicado o índice IPCA pro rata diem, e aos demais insumos, a legislação pertinente”.

No termo nº 003/842/04, o parágrafo único da cláusula quinta tem a seguinte redação:

“O valor do contrato poderá ser recomposto, decorrido um ano do orçamento a que a proposta se referir, a requerimento da contratada e caso se verifique hipótese

legal que autorize reajustamento ou revisão, aplicando-se o índice de reajuste salarial fixado no dissídio ou convenção coletiva da categoria, a incidir no montante de salários e respectivos encargos sociais e aplicando-se, no que se refere a uniformes o IPCA acumulado no período e a legislação pertinente sobre os demais insumos”.

A crítica que fazemos em relação às referidas redações é a seguinte:

a) no que pertine à redação do contrato nº 003/003/2000, verificamos que o índice escolhido foi um índice geral, o que se mostra inadequado, porquanto o reajuste deve procurar retratar a variação efetiva ocorrida, o que acena para a escolha de um índice setorial. Como o objeto contratual é a prestação de serviço de conservação e limpeza, teria sido mais adequada a fixação do critério na variação da remuneração da categoria profissional envolvida, por ser o insumo de maior peso no preço do contrato.

b) no que pertine à redação do contrato nº 003/073/04, podemos verificar um avanço, uma vez que foram eleitos índices setoriais: dissídio ou convenção incidindo sobre os salários; IPCA incidindo sobre uniformes, materiais e equipamentos; e a legislação pertinente sobre os demais insumos, normalmente os decretos municipais que fixam o valor das passagens de ônibus, com repercussão nos vales-transporte. Entretanto, pelas razões declinadas nesta monografia, consideramos inadequadas as expressões “...poderá ser recomposto ... e caso se verifique hipótese legal que autorize reajustamento ou revisão ...”

É que a recomposição (sinônimo de revisão) independe de previsão no contrato, por ser decorrente de fato imprevisível. Justamente por ser decorrente de fato imprevisível, não é possível estabelecer previamente como ela se fará. Por outro lado, ao falar em “caso se verifique hipótese legal que autorize reajustamento ou revisão”, dá a impressão de que o reajuste só se dará caso se verifique a hipótese que autorize revisão, ou seja, caso ocorram fatos imprevisíveis. Além disso, se a cláusula é de reajuste, sua aplicação deve ser automática, mediante uma presunção absoluta de desequilíbrio econômico-financeiro. A revisão, por outro lado, exige a análise da planilha de custos. Por isso, a reunião das duas espécies de

reequilíbrio nos parece inadequada e passível de gerar confusão entre os licitantes, com indesejáveis reflexos na competitividade.

c) no que pertine à redação do contrato nº 003/842/04, a crítica que fazemos é a mesma da constante da letra “b”, ou seja, a inconveniência em se reunirem espécies diferentes de reequilíbrio. Por outro lado, constatamos importante avanço ao estipular-se que o termo inicial da contagem do prazo de um ano será a data do orçamento a que a proposta se referir, o que coloca os contratos do TJERJ em harmonia com o novel entendimento do TCU a respeito deste tema.

6.2- A atualização financeira e a revisão

A referida minuta padrão não prevê a atualização financeira, o que se mostra correto, porquanto atualmente a Lei nº 10.192/01 exige o interregno mínimo de doze meses.

Quanto à revisão, não há necessidade de ser prevista no edital ou no contrato, porque é decorrente de fato imprevisível. Ressalvamos, porém, e com aquelas críticas já feitas, que a cláusula de reajuste também faz menção à revisão.

6.3- A correção monetária

Esta espécie de reequilíbrio requer uma breve digressão. É que, por ser uma espécie voltada a compensar os efeitos decorrentes de atraso no pagamento devido pela Administração contratante, prevê a lei a possibilidade de serem previstas penalizações. A lei também prevê a possibilidade de previsão de descontos, por antecipações. Confirma-se a norma legal:

Art. O edital conterà
XIV – condições de pagamento, prevendo:

.....
d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos.

A doutrina tem justificado, tanto as penalizações quanto os descontos, em razão desvinculada da inflação, a saber, na remuneração do capital. Assim, na penalização, remunera-se o contratado pela indisponibilidade do dinheiro; nos descontos, diminui-se a remuneração justamente pela antecipada disponibilidade do dinheiro para o contratado. Por isso é que as penalizações e os descontos costumam ser representados por índices *pro rata tempore*, que guardem relação com a taxa média de aplicação no mercado.

Nessa direção, verificamos que a minuta padrão do TJERJ está correta, como se constada da leitura dos itens 11.6 e 11.8:

“11.6 - Ocorrendo antecipação de pagamento, sempre em correspondência à antecipação da execução, o respectivo desconto, seja a requerimento da contratada ou no interesse da Administração, será calculado aplicando-se o índice de 0,15% (quinze centésimos por cento) por dia de antecipação”.

“11.8 – Por eventuais atrasos injustificados no pagamento devido à contratada, esta fará jus a juros moratórios de 0,01667% ao dia, alcançando 6% ao ano (Lei Federal nº 10.406/02, art. 406)”.

7- O reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo de prestação de serviço de limpeza

Apresentado, genericamente, o tema do reequilíbrio econômico-financeiro, bem como seu tratamento no âmbito do TJERJ, passaremos a examinar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de prestação de serviço de limpeza.

7.1- O contrato

O contrato de prestação de serviço de limpeza, caracteriza-se, como o nome está a indicar, como um contrato de prestação de serviço, na forma descrita no inciso II do artigo 6º da Lei 8.666/93. Essencialmente, esse contrato se encerra quando a limpeza é concluída, o que exige um determinado tempo, conforme a extensão do objeto a ser limpo e a maneira de executar o serviço.

Entretanto, no âmbito da Administração Pública, ao contrato de prestação de serviço de limpeza tem se dado uma feição de continuidade, ou seja, o contrato não se dá por encerrado quando a limpeza do local é concluída, mas sim quando o prazo nele previsto chega ao seu termo final. Parte-se da premissa de que a Administração contratante tem uma contínua necessidade de manter suas instalações em condições de higiene adequadas, a fim de disponibilizar um ambiente salutar para seus servidores e para o público em geral. Sob este prisma, o que vai determinar o encerramento do contrato é o prazo nele previsto, embora o interesse da Administração contratante seja a limpeza. É o que se denomina de contrato a termo.

O fato de ser um contrato para satisfazer uma contínua necessidade, atrai a incidência de determinadas regras, notadamente, aquelas sobre a duração dos contratos, prevista no artigo 57 da Lei 8.666/93.

Como veremos adiante, o prazo contratual tem repercussão na incidência do critério de reajuste, e no reequilíbrio econômico-financeiro de uma maneira geral, quando ocorre o momento de se avaliar a conveniência e oportunidade de uma prorrogação do contrato.

7.2- As causas determinantes de desequilíbrio

O contrato de prestação de serviço de limpeza está sujeito à todas as causas de desequilíbrio econômico-financeiro em geral, sejam as decorrentes da inflação, sejam as decorrentes de eventos imprevisíveis. Por conseguinte, também está sujeito à todas aquelas espécies ou modalidades de reequilíbrio vistas acima.

No que diz respeito à correção monetária (aí incluídos aqueles aspectos das compensações por atraso e descontos por antecipação de pagamento) e à revisão ou recomposição, não vislumbramos qualquer peculiaridade que justifique alguma menção especial. A correção monetária, porque incidente sobre o crédito que o particular tem contra a

Administração e esse crédito (dinheiro) é o mesmo para qualquer espécie de contrato. A revisão ou recomposição, porque sendo dependente de evento imprevisível, será tratada de acordo com o caso concreto.

Resta, assim, comentar o reajuste, o qual, embora também decorrente de um evento que afeta a todos (a inflação), dá ensejo à diferentes contornos, conforme o critério escolhido.

Já dissemos que a escolha do critério de reajuste é de suma importância, porque quanto mais exatamente ele conjurar o desequilíbrio econômico-financeiro, menores serão os valores propostos à Administração.

Partindo-se da premissa de que uma empresa visa uma atividade que lhe dê lucro, o critério deve procurar reequilibrar todos os custos, de maneira a manter intacta a parcela do preço que corresponde ao lucro do empresário.

Nessa direção, desde quando foi abandonado o critério de reajuste baseado na variação do IGP-M, o TJERJ vem inserido em seus atos convocatórios e contratos que visem a prestação de serviço de limpeza, o seguinte critério de reajuste: a) para o aumento do custo da mão-de-obra e do ticket refeição: o que for previsto no dissídio coletivo; b) para os materiais, equipamentos e uniformes: o IPCA; c) para o vale-transporte: a legislação pertinente (decreto municipal que fixa o valor da tarifa da passagem de ônibus).

7.3- As principais dificuldades relativas ao reequilíbrio através do reajuste

A questão do reajuste não termina com a identificação das causas de desequilíbrio nem com a escolha do melhor critério para reequilibrá-lo.

O próprio dinamismo da necessidade do serviço, que como vimos é contínua, cria sérias dificuldades para o gestor do contrato.

Como dissemos, no âmbito da Administração, o serviço de limpeza é de contínua necessidade. Aqui, fazemos uma pequena digressão para registrar que muitos se utilizam da

expressão “serviço de natureza contínua”. Embora sutil a diferença, preferimos utilizar a expressão “serviço de contínua necessidade”, uma vez que não é o serviço que é contínuo, mas sim a necessidade dele.

Por ser um serviço de contínua necessidade, seu prazo pode ser dimensionado conforme os limites estabelecidos no inciso II do referido artigo 57 da Lei 8.666/93, que tem a seguinte redação:

Art. 57 A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

.....
II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses.

Uma vez que se dimensione um prazo superior a doze meses – como ordinariamente acontece -, será possível o estabelecimento de cláusula de reajuste, conforme autorizam os artigos 2º e 3º da Lei 10.192/01, já transcritos neste trabalho.

Até aqui, não há muita dificuldade. Os problemas ocorrem em dois momentos notavelmente delicados: o da licitação e o da prorrogação.

7.3.1- O momento da licitação

No que concerne à licitação, as dificuldades decorrem do fato de não se poder antever, com precisão, quando o procedimento licitatório findará. Até mesmo a data de início da licitação pode causar certa dificuldade, quando administrativamente se tem interesse em que ela ocorra o mais breve possível. A data de início sofre influência de fatores internos ligados à preparação do certame licitatório. A data de encerramento, por outro lado, depende de tudo aquilo que ocorrer durante o certame, como, por exemplo, a necessidade de diligências e o julgamento de recursos.

A situação ideal é a licitação terminar e, conseqüentemente, a execução do novo contrato se iniciar com os mesmos valores que serviram de base para a proposta vencedora. Ela é ideal porque não causará prejuízo para qualquer das partes: à Administração, porque estará pagando o preço da “melhor proposta”; ao contratado, porque estará recebendo exatamente de acordo com a proposta por ele apresentada.

7.3.2- O momento da prorrogação

No que concerne à prorrogação, a principal dificuldade é decorrente da não obrigatoriedade que tem o contratado de anuir com ela.

Se o contratado não está obrigado a concordar com a prorrogação, isto equivale a afirmar que a Administração não tem o poder jurídico de impor essa mesma prorrogação.

A Administração fica, assim, exposta às seguintes alternativas: ou aceita pagar caro para “seduzir” o particular a anuir com a prorrogação; ou dá por encerrado o contrato, sem prorrogá-lo, e dispara os procedimentos internos tendentes à uma contratação emergencial, o que é tão ruim ou pior do que prorrogar pagando mais caro, visto que na contratação emergencial normalmente os preços são mais caros, além do fato de a autoridade se colocar em risco de ser acusada do crime tipificado no artigo 89 da Lei 8.666/93, que prevê a pena de detenção de 3 a 5 anos, e multa, para quem “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”.

Outra dificuldade advém da exigência legal de que a prorrogação seja autorizada somente quando ficar demonstrado nos autos do processo que ela é vantajosa para a Administração.

Como decorrência desses dois aspectos – a não obrigatoriedade do contratado aceitá-la e a necessidade de demonstração da situação vantajosa -, o momento da prorrogação acaba

por ser uma oportunidade para que as partes façam ajustes no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, visto que, como também já afirmamos, nenhum critério de reajuste é exato, razão pela qual, depois de um certo tempo, o contrato invariavelmente ficará com seu preço defasado, para mais ou para menos.

A situação ideal é a Administração obter a anuência do contratado, pagando a justa remuneração.

7.4- A maneira de vencer as dificuldades dos momentos da licitação e da prorrogação

7.4.1- No momento da licitação

O conhecimento de todos os itens integrantes do critério de reajuste (dissídio coletivo, IPCA e tarifa de transporte) é acessível ao público em geral. Por outro lado, atualmente aceita-se que o interregno mínimo de doze meses para a concessão do reajuste possa ser contado do orçamento a que a proposta se referir, sendo certo que esse orçamento pode ser a data do último dissídio, conforme precedente do Egrégio Tribunal de Contas da União, já mencionado. Desta forma, pode-se vencer as dificuldades do momento da licitação e, conseqüentemente, alcançar-se aquela situação ideal (igualdade entre o preço constante da proposta vencedora e o preço constante do contrato), mediante os seguintes procedimentos:

a) inserir, no ato convocatório da licitação, aviso para que os licitantes elaborem suas propostas tomando por base os valores vigentes na data prevista para a entrega dos envelopes;

b) orientar o órgão julgador da licitação para agir da mesma forma, ou seja, atualizando, se necessário, a estimativa da administração de acordo com os valores vigentes na data prevista para a entrega dos envelopes das propostas.

Com esses cuidados, obtêm-se as seguintes vantagens:

a) desnecessidade de nova publicação e de novo prazo de publicidade quando ocorrerem modificações nos valores que serviram de base para a estimativa do preço da licitação;

b) caso, na data da assinatura do contrato, já esteja em vigor novo dissídio, a formalização do ajuste poderá ocorrer com base nos novos valores, porquanto já terão decorrido doze meses do dissídio anterior. Assim, já no momento da assinatura do contrato, far-se-á seu primeiro reajuste.

7.4.2- No momento da prorrogação

A maneira como a Administração pode vencer as dificuldades do momento da prorrogação – sujeitar-se a pagar caro ou contratar emergencialmente – depende preponderantemente de dois fatores: o primeiro é saber qual é a justa remuneração; o segundo é adotar a prática de licitar em periodicidade compatível com a proximidade das negociações da prorrogação.

O contrato administrativo, assim como qualquer contrato, envolve uma negociação sobre interesses contrapostos: a Administração quer o objeto pelo menor preço; o particular quer o maior preço pelo objeto. Em torno dessa negociação gravita a circunstância da necessidade: a Administração sabe que o particular necessita do contrato para obter lucro; o particular sabe que a Administração necessita do objeto para o desempenho das suas atividades. Assim, uma maneira de diminuir a necessidade da Administração e, conseqüentemente, fortalecer sua posição na mesa de negociação, é dispor ela da opção de prorrogar o contrato atual ou celebrar novo contrato como o licitante vencedor.

Isso se consegue, como dito acima, mediante o domínio da informação sobre qual é a justa remuneração, bem como mediante a prática de licitar em periodicidade compatível com a proximidade das negociações da prorrogação. Numa palavra, isso se consegue mediante o correto gerenciamento do contrato.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, apresentamos nossas conclusões sobre o tema:

- * O reequilíbrio econômico-financeiro é benéfico para ambas as partes;
- * A expressão reequilíbrio econômico-financeiro deve ser entendida como gênero, da qual são espécies o reajuste, a atualização financeira, a correção monetária e a revisão;
- * As manifestações lançadas nos processos administrativos do TJERJ mostram que não existe uniformidade de entendimento sobre o significado de cada uma daquelas expressões;
- * A redação das cláusulas econômicas e o critério de reajuste dos contratos do TJERJ têm se alterado ao longo do tempo, percebendo-se uma evolução em prol da busca do melhor reequilíbrio econômico-financeiro;
- * Apesar dessa alteração, ainda é possível perceber margem para melhoria, notadamente no que concerne à redação das cláusulas, de maneira a tornar mais claro o seu entendimento, o que favorece a competitividade;
- * Estas impressões também são perceptíveis em relação aos contratos de prestação de serviços de limpeza;
- * Os momentos de maior dificuldade para o gestor são o da licitação e o da prorrogação, porque através de ambos se busca a continuidade administrativa e o atendimento ao Princípio da Economicidade;
- * Estas dificuldades podem ser superadas mediante adequado regramento do reequilíbrio econômico-financeiro, bem como da prática de coordenar os momentos de negociação das prorrogações contratuais com a deflagração de novo certame licitatório.

ANEXOS

- * artigo “Reequilíbrio e Reajuste de Contratos: Principais Causas de Multa e Ressarcimentos em Tribunais de Contas”, de autoria de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes;
- * acórdão nº 1563/2004 – Plenário do Superior Tribunal de Justiça, proferido nos autos do processo nº 001.912/2004-8;
- * Termos de contrato nº 003/003/2000, 003/073/04 e 003/842/04.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

- * CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 10ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris, 2003;
- * JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª edição. São Paulo. Dialética, 2002;
- * MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 13ª edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2002;
- * MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. 4ª edição. São Paulo. Editora Síntese, 2001;
- * PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ª edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2003;

Instituições:

- * TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Comentários Sobre o Estatuto das Licitações e dos Contratos Administrativos. Rio de Janeiro, 2000;

Publicações Periódicas:

- * INFORMATIVO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. Zênite Editora. Anos 1997/2002;

BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

- * CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 10ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris, 2003;
- * DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2003.
- * MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28ª edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2003;

Publicações Periódicas:

- * INFORMATIVO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. Zênite Editora. Anos 1997/2002;
- * BOLETIM DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. Editora NDJ – Nova Dimensão Jurídica. Anos 2002/2005.