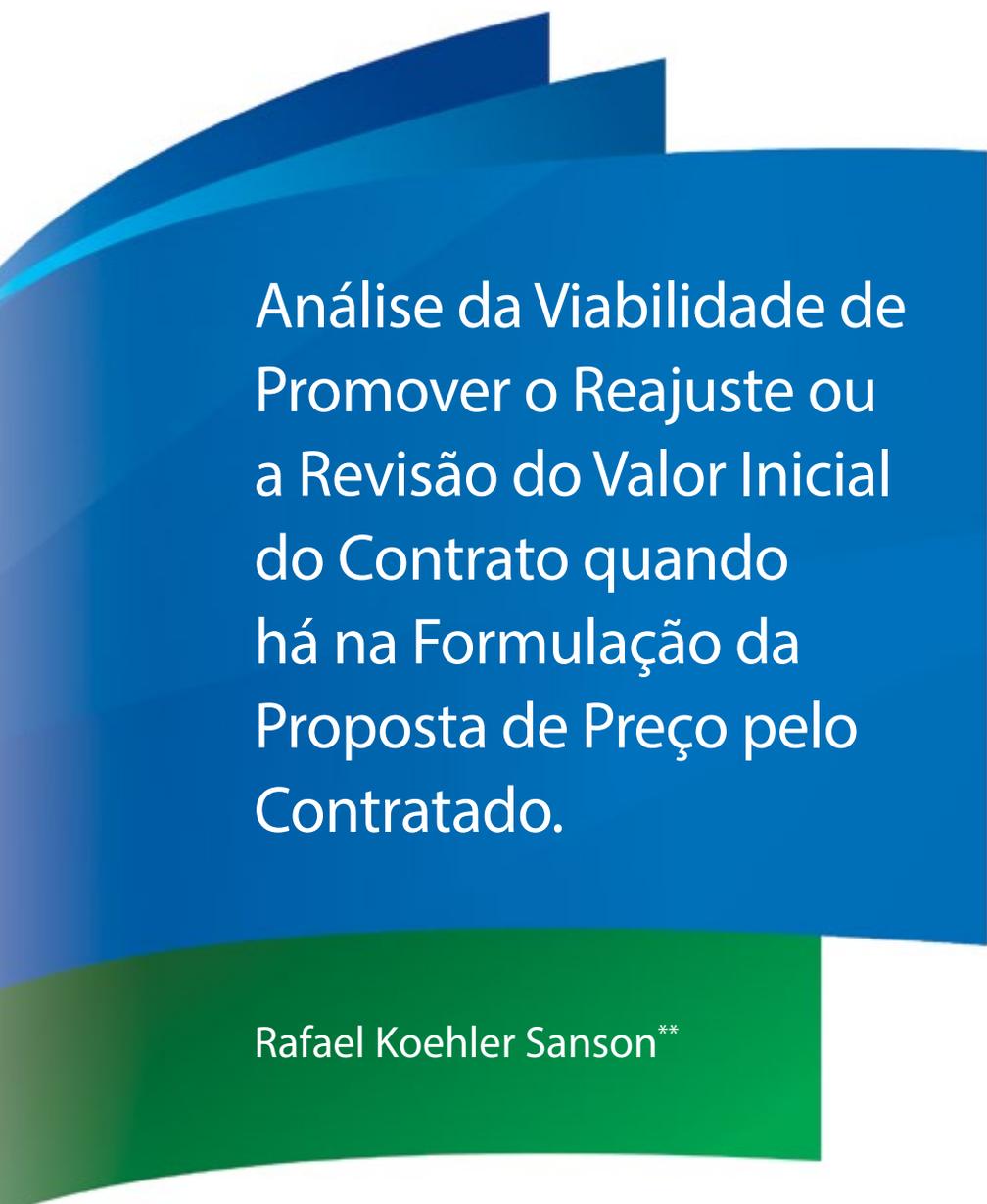


Manifestações



Análise da Viabilidade de Promover o Reajuste ou a Revisão do Valor Inicial do Contrato quando há na Formulação da Proposta de Preço pelo Contratado.

Rafael Koehler Sanson**

MANIFESTAÇÃO PGE/MS/PAA/Nº 121/2013

PROCESSO Nº

INTERESSADO:

ASSUNTO: Possibilidade de atender ao pleito da contratada, no sentido de reajustar o valor do contrato proposto em pregão presencial ao valor atual para diárias de refeição nos estabelecimentos prisionais civis do Estado fixado pelo Decreto Estadual nº 13.591/13, tendo em vista a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Senhor Procurador-Geral do Estado,

Autoridade estadual consulta a Procuradoria-Geral do Estado acerca do pedido de reajuste de preços em determinado Contrato Administrativo de Prestação de Serviços, celebrado entre o Estado de Mato Grosso do Sul e sociedade empresária para o fornecimento de alimentação dos presos sob custódia em uma das unidades prisional do Estado.

Referido contrato foi firmado em 05 de outubro de 2012, ajustando-se o seu valor de acordo com o pregão realizado no dia 24 de setembro de 2012 em duas sessões. Depois de uma disputa extremamente acirrada, totalizando 351 lances, ficou definido para o lote da unidade prisional em questão o valor de R\$ 248.976,00 (fls. 67/80), sendo o preço unitário da diária (café da manhã, almoço e jantar) no montante de R\$ 4,94¹.

E, diante do valor pago, a contratada alega que está ocorrendo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, formulando requerimento de revisão do preço da diária de refeição, ao argumento de que o valor por ela recebido está bem abaixo das necessidades reais de custo e considerando que o Decreto Estadua

^{**} Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2010; Pós-Graduado em Direito “*Latu Sensu*” pela Escola da Magistratura do Paraná, 2006; Pós Graduado em Direito Público pelo curso LFG em parceria com a Unisul, 2009;

¹ O valor global máximo que o Estado se propunha a pagar para a prestação do serviço na unidade prisional em questão era R\$ 504.000,00, o que correspondia ao valor máximo por diária de R\$ 10,00, conforme estabelecido nas cláusulas 1.2 e 1.3 do edital, amparadas no Decreto Estadual nº 13.031/10.

nº 13.591/13 elevou de R\$ 10,00 para R\$ 10,70 o valor máximo a que o Estado se dispõe a pagar pela diária de refeições nas prisões civis do Estado.

Os autos então foram encaminhados à assessoria jurídica do órgão consulente para análise e parecer quanto ao pedido de revisão, tendo esta concluído pelo deferimento do reajuste do preço unitário para R\$ 10,70 por meio de apostilamento.

É o relato do essencial.

Passamos a opinar.

De início faz-se necessário diferenciar os conceitos jurídicos de revisão e reajuste, pois tanto no pedido da contratada como no parecer jurídico da assessoria jurídica do órgão consulente há uma certa confusão entre os institutos e os dispositivos legais que tratam de um e de outro.

A revisão de preços, na lição de Marçal Justen Filho, deve ser reservada “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.”²

Assim, a *revisão* tem lugar quando *circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis ou previsíveis mas de consequências incalculáveis atingem o contrato causando o seu desequilíbrio econômico-financeiro*, devendo-se buscar soluções que devolvam ao contrato o equilíbrio nas obrigações das partes. Trata-se da aplicação da teoria da imprevisão, diante da ocorrência de álea extraordinária, desvinculada de quaisquer índices de variação inflacionária, como dito acima³.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 14ª ed., São Paulo: Dialética, 2010. p. 790.

³ ARAÚJO, Kleber Martins de. *Contratos administrativos: cláusulas de reajuste de preços e reajustes e índices oficiais, Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, nº 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3132>>. Acesso em: 22 out. 2010.

Já o reajuste “trata-se de alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias.”⁴ Em outras palavras, “se caracteriza por ser uma fórmula preventiva normalmente usada pelas partes já no momento do contrato, com vistas a preservar os contratos dos efeitos de regime inflacionário.”⁵

Nessa linha, o reajuste aplica-se quando há previsíveis elevações nos preços dos bens, serviços e obras decorrentes da instabilidade econômica e da inflação. E, por ser previsível, não se aplica a teoria da imprevisão ao caso, devendo estar expressos no contrato os critérios de reajuste para manter-se o equilíbrio do contrato.⁶

Portanto, deve-se analisar se é possível implementar a revisão conforme pretendido pela contratada ou o reajuste conforme sugerido pela assessoria jurídica do órgão consulente.

1. E desde logo já se adianta que, diante dos fatos narrados e dos fundamentos trazidos no pedido da contratada, não há direito a revisão do contrato, com fundamento no art. 65, II, d, da Lei 8.666/93, verbis:

“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,*

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 791.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 21ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 192.

⁶ ARAÚJO, Kleber Martins de. Op. cit.

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."

Isso porque a revisão de preço, que justifica a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, exige a presença de álea econômica extracontratual e extraordinária, ou seja, *“ocorrência comprovada de fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, que onerem o contrato de maneira a que a relação econômico-financeira inicial seja alterada em desfavor do particular contratado.”*⁷

E um dos fatos que justifica o pedido de revisão da contratada para alterar o valor pago pela Administração contratante é a impossibilidade de manutenção do preço ajustado porque estes não cobrem os seus custos.

Ocorre que a culpa na má formulação do preço é exclusiva da contratada. Se o Estado estava disposto a pagar até o máximo de R\$ 10,00 por diária de refeição à época da realização do pregão, conforme previsto no edital e amparado no Decreto 13.031/10, e a contratada na disputa com outros licitantes ofereceu o valor de R\$ 4,94 para sagrar-se vencedora não pode agora, durante a execução do contrato – que sequer completou um ano –, postular a revisão do valor que lhe é pago porque avaliou mal seus custos e formulou preço que lhe é prejudicial, sob pena de lhe dar benefício em detrimento dos demais licitantes que por serem mais cautelosos não ofereceram valor mais vantajoso para a Administração. Esse foi inclusive o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº 744.446/DF:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ART. 18 DO CPC - LICITAÇÃO - CONTRATO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA - PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO LICITANTE DURANTE A

⁷ AC 2716-16/09-2 do TCU

EXECUÇÃO DO CONTRATO - INFLAÇÃO - PROPOSTA DO LICITANTE MAL CALCULADA - ÁLEA ORDINÁRIA, QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO-APLICAÇÃO - DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

[...]

5. Não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência do STJ.

6. Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estaria beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas, não apresentaram valor mais atraente. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 744446/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 05/05/2008)

No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

“LICITAÇÃO. COBRANÇA DE PERDAS SOFRIDAS DURANTE EXECUÇÃO DE CONTRATO. TEORIA DA IMPREVISÃO AFASTADA.

Fatos imprevisíveis são aqueles que refogem a qualquer espécie de diligência, atingindo inesperadamente a execução da avença e causando sério desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Como tal, não se podem considerar os prejuízos já constatados desde o primeiro mês de vigência do contrato o que demonstra, isso sim, a má previsão da autora na elaboração da proposta, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração.” (TJDFT, 2ª turma, Apelação Cível nº 2002.01.5.004827-0, relator Des. Mário-Zam Belmiro, revisora Des. Carmelita Brasil, publicado no DJU de 06/08/03, p.38).

E do voto da revisora retira-se a seguinte passagem que encaixa perfeitamente ao caso ora em exame:

“De certo que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser sempre observado, mas esse equilíbrio que representa a adequação entre o objeto e o preço do contrato, deve estar presente desde o momento em que se firma o ajuste. Ora, se as requeridas indicaram em sua proposta o preço “X” para a execução do contrato, é porque o achavam suficiente e adequado para tal. O fato de no primeiro mês já sofrerem perdas, indica que as proponentes não souberam calcular o preço justo para o contrato em questão.

Ademais, vale ressaltar que fatos imprevisíveis são aqueles inexistentes à época do pactuado e que atingem inesperadamente o contrato durante a execução, o que a meu ver, de acordo com o acima esposado, não foi, definitivamente, o caso dos autos.

Assim, creio que não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da aplicação da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estaria-se beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas não apresentaram valor mais atraente.”

Também assim se posicionou o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª região, senão vejamos:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. REVISÃO CONTRATUAL. ART. 65, II, “d”, DA LEI DE LICITAÇÕES. EFEITOS. 1. A autora alega que, a partir de agosto de 2002 - no mês seguinte ao da apresentação da proposta para a concorrência pública - o preço do petróleo e de seus derivados subiu vertiginosamente, coisa que não podia prever, e efetivamente não previu, e que a variação representou quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A autora não tem razão. Dispõe o art. 65 da Lei 8.666/93 (“Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações

e contratos da Administração Pública e dá outras providências”): 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. A autora relata que a elevação do valor dos derivados do petróleo teve início em agosto de 2002. Ainda assim, assinou o contrato administrativo em 27 de novembro do mesmo ano, meses depois da data que indica como marco para o “desequilíbrio” do mercado. Estava, portanto, ciente da variação dos insumos que seriam aplicados na execução da obra contratada. Sabia da variação quando assinou o contrato. Nesse ponto, é desnecessário provar que a empresa conhecia esses fatos, como mencionou a autora na réplica; a sucessão de fatos no tempo e a prova documental dos autos são suficientes para demonstrá-lo. *No caso concreto, não houve surpresa, ou circunstância imprevisível, ou fato extraordinário capaz de alterar a base objetiva do contrato. O que houve, como bem argumentou a ré na resposta, foi uma projeção totalmente equivocada da autora, supondo que o preço do petróleo (e derivados) permaneceria estável. Arriscou na formulação da proposta com intuito de vencer a concorrência, e teve sucesso.* A projeção revelou-se incorreta, daí o aumento do custo da contratada para executar os serviços. O contrato, por sua própria natureza, continha certa dose de risco: a fluidez do preço do petróleo é notória, e nada tem de imprevisível. O risco da licitante-contratada era estimar uma proposta fundada em preço abaixo do mercado ou no limite do preço de custo real e, como contrapartida, deparar-se com preço maior no momento da execução da obra, o que acabou acontecendo. Por outro lado, o preço do petróleo poderia cair (como hoje de fato está em baixa), o que resultaria em incremento financeiro para a licitante. Já o risco da Administração era contratar por preço maior do que o preço que poderia ser obtido na data da execução da obra. *Não é lícito à contratada*

(autora) transferir o risco do contrato, já conhecido, porém mal calculado, para a contratante (ré). Deveria, sim, procurar apurar responsabilidades pelo equívoco. Não se aplica à espécie, portanto, o artigo 65, II, d, da Lei 8.666/93. Quanto à teoria da imprevisão invocada pela autora (cf. art. 65, II, d, da Lei de Licitações), não socorre a requerente. A teoria, segundo Odete Medauar, significa o seguinte: circunstâncias que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, se vêm a modificar profundamente sua economia, “dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contratado”, tem o contratado (o particular) o direito de rever suas condições, para superar as dificuldades, a fim de preservar a continuação do contrato e o equilíbrio econômico-financeiro da avença (Direito administrativo moderno, Revista dos Tribunais, 2004, p. 262). Tais circunstâncias imprevistas, além de serem supervenientes à celebração do contrato, devem ultrapassar a normalidade, ser excepcionais, extraordinárias, causando um desequilíbrio muito grande no contrato (cf. Maria Sylvania Di Pietro, Direito administrativo, Atlas, 2007, p. 264), o que não ocorre na situação concreta. Finalmente, são relevantes os argumentos da ré na contestação: “(...) se optou em firmar o contrato (ato jurídico perfeito) revalidando a sua proposta comercial, aquiescendo em executá-lo também nos moldes propostos (como efetuado), não pode a autora buscar o reequilíbrio (...) quando os fatos (...) já se faziam presentes em anterioridade ao próprio pacto (...). Sob ótica diversa, o acolhimento do pleito da autora acarretaria alteração na ordem de classificação das propostas da licitação, ensejando a sua nulidade acaso a INFRAERO assim o procedesse (...). Caso tal revisão fosse permitida, estar-se-ia beneficiando a autora em detrimento das demais licitantes que, agindo acauteladamente, apresentaram propostas com valores superiores aos daquela, porém condizentes com os praticados no mercado e, talvez por terem incluído nessas uma margem de segurança para fazer frente aos fatos alegados pela autora, terminaram por não apresentar proposta em valor mais atraente, não logrando vencer o certame por tal motivo” (fl. 225).” Realmente, não se verificaram na espécie os pressupostos da teoria da imprevisão. Ora, no caso dos autos não há sequer falar na imprevisão contratual, pois a teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes, e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia

ou a execução do contrato , autorizam a sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. Trata-se da aplicação da cláusula rebus sic stantibus, elaborada pelos pós-glosadores, que espousa a ideia de que todos os contratos dependentes de prestações futuras incluíam cláusula tácita de resolução, se as condições vigentes se alterassem profundamente. Tal ideia se inspirava num princípio de equidade, pois se o futuro trouxesse um agravamento excessivo da prestação de uma das partes, estabelecendo profunda desproporção com a prestação da outra parte, seria injusto manter-se a convenção, já que haveria indevido enriquecimento de um e conseqüente empobrecimento do outro (...).

Todos os autores acima referidos admitem sob os mais variados fundamentos doutrinários, a aplicação da teoria da imprevisão, mas apenas em circunstâncias excepcionais, que não se verificam no caso dos autos, ou seja, somente a álea econômica extraordinária e extracontratual, desequilibrando totalmente a equação econômica estabelecida pelos contraentes justifica a revisão do contrato com base na cláusula rebus sic stantibus. Outro não é o entendimento adotado pela jurisprudência uniforme da Suprema Corte, em todas as oportunidades em que se manifestou sobre a tormentosa questão, como reflete o aresto relatado pelo eminente e saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO, cuja cultura jurídica é por todos reconhecida, ao votar no RE nº 71.443-RJ, verbis: “Rebus sic stantibus - Pagamento total prévio. 1. A cláusula rebus sic stantibus tem sido admitida como implícita somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado, se ocorreu alteração profunda inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio...” (in RTJ 68/95. No mesmo sentido RTJ: 35/597; 44/341; 46/133; 51/187; 55/92; 57/44; 60/774; 61/682; 63/ 551; 66/561; 96/667; 100/140; 109/153; 110/328 e 117/323). No caso concreto, contudo, é de todo estranho aos princípios de justiça a aplicação da teoria da imprevisão, que deve ser aplicada com cautela pelo magistrado, evitando que este interfira diretamente nos contratos celebrados, substituindo a vontade das partes, livremente pactuada, pela sua. (...)” (TRF4ª R. - AC 200871000116820 - 3ª T. - Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz - DJ 02.06.2010)

Colocando uma pá de cal sobre o assunto, destacamos a seguinte decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que analisou caso semelhante a este e concluiu que a má formulação do preço pelo licitante é álea ordinária contratual não suportável pela Administração:

3945 - Contratação pública – Contrato – Equilíbrio econômico-financeiro – Álea ordinária – Conceito – TCE/MG

“A álea ordinária remete a eventos afetos ao comportamento do contratado, pelos quais não responde a Administração Pública. Trata-se do risco do próprio negócio, resultado da oscilação comum do mercado ou da má gestão empresarial do agente privado. Essas causas, que em geral estão relacionadas à busca do lucro, finalidade inerente à iniciativa privada de mercado, não autorizam a alteração do contrato administrativo, embora possam interferir no equilíbrio econômico financeiro da relação contratual. Um exemplo de evento que pode ser classificado como álea ordinária é o erro de cálculo do particular ao elaborar sua proposta na licitação. A falha no planejamento e na quantificação dos encargos relativos à execução do contrato não pode servir de argumento para se pleitear o aumento da remuneração devida pela Administração, que, como dito alhures, não responde por tal desídia do particular”. (TCE/MG, Consulta nº 811.939, Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada, j. em 26.05.2010.)⁸ (destacamos)

Portanto não é cabível a revisão contratual com fundamento no art. 65, II, *d*, da Lei 8.666/93, visto que o mau planejamento na elaboração do preço caracteriza álea ordinária que deve ser suportada exclusivamente pelo contratado.

2. O segundo fato alegado pela contratada para a revisão do valor pago pela Administração foi a edição do Decreto 13.591/13 que alterou o valor máximo a que o Estado se dispõe a pagar pela diária de refeições nas prisões.

⁸ MENDES, Renato Geraldo. LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 65, inc. II, alínea “d” categoria Tribunais de Contas. Disponível em <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

Mas aqui, embora a contratada tenha tratado impropriamente como fato gerador da revisão, a mudança promovida pelo referido Decreto está atrelada ao *reajuste* do contrato, conforme pode ser observado da cláusula décima, item 10.3, pois teve como objetivo corrigir o valor máximo que o Estado se dispõe a pagar pela diária de refeição nos seus estabelecimentos prisionais levando em conta a variação inflacionária.

Então é necessário analisar (i) se é possível conceder o reajuste em razão do Decreto nº 13.591/13, (ii) em que momento ele pode ser concedido e (iii) qual índice deve ser utilizado.

O contrato estabelece na cláusula décima (DO PAGAMENTO), item 10.3, que *“o reajustamento de preços fica condicionado às alterações do decreto Estadual nº 13.031 de 04/08/10. O valor constante da nota fiscal/fatura, quando da sua apresentação, não sofrerá qualquer atualização monetária até o efetivo pagamento.”*

Logo, de acordo com essa cláusula, o reajuste devido ao contratado está atrelado à alteração no Decreto Estadual nº 13.031/10. E como o Decreto em referência foi revogado pelo Decreto nº 13.591/13, que estabeleceu o novo teto do valor que o Estado está disposto a pagar por diária de refeições nos seus estabelecimentos penais, em tese, seria possível o reajuste do valor do contrato cujo objeto guarde referência ao tema do Decreto.

Resta saber, agora, se esse reajuste pode ser efetivado nesse momento.

O art. 40, XI, da Lei 8.666/93 estabelece que o edital deve obrigatoriamente prever o *critério de reajuste*, enquanto o art. 55, III, do mesmo diploma legal o elenca como cláusula necessária do contrato, nos seguintes termos:

“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;” (destacamos)

E, de acordo com o art. 2º, *caput* e § 1º e o art. 3º, § 1º, ambos da Lei 10.192/2001 *o reajuste somente pode ocorrer após 01 (um) ano, contado da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento, in verbis:*

“*Art. 2º É admitida 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.” (destacamos)

Dessa forma, não obstante, em tese, possível o reajuste, este não se dá a qualquer tempo, somente podendo ser efetivado na data-base, considerada

esta como a data limite para o licitante apresentar a proposta de preço, pois é nesse momento que se vincula a ele.

No presente caso, como se trata de pregão, a data-base para efeito de reajuste do contrato é o dia em que foram realizados os lances – 24 (vinte e quatro) de setembro –, uma vez que nessa data o licitante vinculou-se definitivamente ao preço.

Essa é a interpretação que se extrai do art. 3º, § 1º, da Lei 10.192/2001, sendo essa também a interpretação doutrinária, senão vejamos:

“A disciplina do reajuste foi objeto de modificações em virtude do Plano Real. Somente se admite reajuste após decorridos doze meses, com efeitos para o futuro. Segundo a nova sistemática, não se produz reajuste entre a data da proposta (ou do orçamento a que ela se refere) e a data da contratação. Computa-se sempre o prazo de doze meses. Logo, é possível reajuste antes de um ano da contratação, desde que decorridos um ano da formulação da proposta.”⁹

Igualmente, o Tribunal de Contas da União, em consulta formulada pelo Ministério dos Transportes, manifestou-se de acordo com essa tese:

“22. As normas citadas quando da análise da primeira questão são claras ao *fixarem a data da apresentação da proposta ou da elaboração do orçamento como marco para os futuros reajustes contratuais* (§ 1º do art. 3º da Lei 10.192/2001 e art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/93). Os já mencionados Acórdãos do Plenário (1703/2003 e 1563/2004) também apontam nesse sentido. Desta feita, seriam contra legem as interpretações que levem a fixar marco diverso.

[...]

29. *O procedimento correto, portanto, é aquele em que o reajuste seja referente à data em que se completou um ano daquela da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que ela se referir. Devendo os reajustes seguintes obedecer à mesma periodicidade anual,*

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002. p. 462.

tendo como referência sempre a mesma data-base. Assim, também manter-se-á o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido quando da realização do certame, respeitando-se o princípio da vinculação editalícia e a manutenção das condições originais da proposta (art. 55, inciso XI, da Lei 8.666/93).”¹⁰(destacamos)

Sendo assim, o reajuste pretendido pela contratada não pode ser implementado neste momento, mas apenas na data-base – 24 (vinte e quatro) de setembro –, que é o dia correspondente àquele em que realizou-se o pregão.

Falta definir então qual o índice de reajuste, vez que o contrato apenas vinculou o reajustamento à alteração do Decreto Estadual nº 13.031/10.

O reajuste no presente caso, para ser implementado, deve observar o disposto no art. 40, XI, da Lei 8.666/93 e no item 10.3 da cláusula décima do contrato.

E embora o item 10.3 da cláusula décima do contrato não tenha consignado expressamente qual índice deve ser adotado para reajustar o contrato, a sua leitura em conjunto com o citado dispositivo da lei geral de licitações leva à conclusão de que o índice do reajuste devido na data-base deve ser o mesmo que foi utilizado para atualizar o valor do Decreto nº 13.031/10. No caso, deve ser o mesmo índice adotado para elevar de R\$ 10,00 (Decreto 13.031/10) para R\$ 10,70 (Decreto 13.591/13) o valor máximo que o Estado está disposto a pagar pela diária de refeição nos seus estabelecimentos penais.

Melhor dizendo, na data-base para o reajuste se aplicará sobre o valor do contrato o índice adotado para promover a alteração do valor da diária da alimentação através do Decreto nº 13.591/13 e assim se encontrará o valor devido ao contratado a partir de 24 de setembro de 2013.

¹⁰ Acórdão 474/2005-Plenário (AC-0474-14/05-P)



A título de exemplo, se o Estado paga R\$ 6,00 pela diária de refeição e o índice de reajuste adotado corresponde a 5%, este incidirá sobre aquele para se encontrar o valor reajustado que será, nesta exemplificação, de R\$ 6,30.

Dessa forma, manter-se-á o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conferindo ao contratado o devido reajuste, sem permitir que este obtenha indevida vantagem à custa do erário – como ocorreria se fosse adotada a tese do parecer de fl. 200/202.

A propósito, acerca dessa questão é preciso destacar que não está correta a orientação emanada do parecer da assessoria jurídica do órgão consulente, no qual se concluiu que o reajuste deve ser implementado para elevar o valor da diária paga atualmente (R\$ 4,94)¹¹ ao teto que o Estado se dispõe a pagar (R\$ 10,70), pois se estaria frustrando a finalidade da licitação realizada na modalidade pregão de alcançar o menor preço para a Administração (cf. consta no preâmbulo do edital – fl. 35).

Veja-se que não há vantajosidade para a Administração – princípio norteador da licitação e dos contratos – em realizar um certame em que se busca o menor preço, e que teve uma acirrada disputa em 351 lances, e menos de um ano depois de sua realização “reajustar” o valor do contrato para o máximo a que o Estado estaria disposto a pagar pelo serviço – concedendo, neste caso, um aumento para a contratada de mais de 100%.

Além disso, a alteração do valor do contrato na forma proposta no parecer viola o princípio da igualdade com os demais competidores na medida em que estes, por não preverem tamanha benesse, não ofereceram propostas mais vantajosas para a Administração.

A propósito, a conduta de elevar o valor da diária para o maior preço possível quando o certame realizado tinha como objetivo a contratação com

¹¹De acordo com a proposta vencedora da contratada.

aquele que ofereceu o menor valor pode ser enquadrada como infração administrativa, senão vejamos:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem *atos em desacordo com os preceitos desta Lei* ou visando a *frustrar os objetivos da licitação* sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Vale alertar ainda que, caso fosse implementado o reajuste na forma como orientado no parecer, se estaria conferindo à contratada um indevido privilégio que, em tese, poderia ensejar dano ao erário, sendo passível de ser enquadrada a conduta, se comprovada a existência de dolo, no tipo penal descrito no art. 92 da Lei 8.666/93¹², com as correspondentes sanções estabelecidas na mesma lei (arts. 83 e 84)¹³.

¹² “4. O tipo penal previsto no art. 92 da Lei nº 8.666/1993 exige do Administrador, ciente da ilegalidade, uma conduta no sentido de permitir ou dar causa à aferição de alguma vantagem indevida em relação a contrato pactuado com terceiro. [...]” (STJ, HC 202.937/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 17/09/2012)

“2. As ações criminais, que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e do dano ao erário, para que consubstanciem a justa causa para a condenação penal.” (STJ, APn .330/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2007, DJe 15/12/2008)

¹³ Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1.º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.

§ 2.º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.



Portanto, diante do exposto nesta manifestação, conclui-se que o reajuste – não a revisão – do valor do contrato, em tese, só será possível se e desde que vier a ser realizado em sua data base, fazendo incidir sobre o valor concreto do contrato o mesmo índice percentual adotado para elevar de R\$ 10,00 (Decreto 13.031/10) para R\$ 10,70 (Decreto 13.591/13) o valor máximo pago pela diária de refeição nos estabelecimentos penais.

Outrossim, é necessário ressaltar que a adoção da conclusão externada parecer da assessoria jurídica do órgão consulente pode acarretar aos responsáveis pelo deferimento do reajuste naqueles termos a responsabilização nas esferas administrativa, criminal e civil, razão pela qual sugere-se que o órgão consulente seja orientado a observar o conteúdo desta manifestação nos reajustes a serem concedidos nos demais contratos com o mesmo objeto deste, originários do mesmo Pregão Presencial, e a rever os reajustes que eventualmente já tenham sido concedidos fora da data-base e/ou com a elevação pura e simples ao patamar máximo estabelecido no Decreto 13.591/13.

É a manifestação que submetemos à apreciação de Vossa Excelência.

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

Rafael Koehler Sanson

Procurador do Estado

DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 268/2013

MANIFESTAÇÃO/PGE/MS/PAA/Nº 121/2013

PROCESSO Nº

INTERESSADO:

ASSUNTO: Possibilidade de atender ao pleito da contratada no Contrato nº 68/2012, no sentido de reajustar o valor do contrato proposto em Pregão Presencial ao valor atual para diárias de refeição nos estabelecimentos prisionais civis do Estado fixado pelo Decreto Estadual nº 13.591/13, tendo em vista a alegada ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Vistos, etc.

1. Com fulcro no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, *aprovo* a MANIFESTAÇÃO PGE/MS/PAA/Nº 121/2013, de fls. 205-218, por mim vistada, da lavra do Procurador do Estado Rafael Koeller Sanson, para concluir o seguinte:
 - a) não é cabível a revisão contratual com fundamento no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93, visto que o mau planejamento na elaboração do preço caracteriza álea ordinária que deve ser suportada exclusivamente pela contratada;
 - b) o reajuste – não a revisão – do valor do contrato, em tese, só será possível se e desde que for observada a periodicidade de 01 (um) ano, nos termos do art. 2º, caput e § 1º e do art. 3º, § 1º, ambos da Lei nº 10.192/2001;
 - c) o reajuste deverá ser efetivado em sua data base, a saber, a data limite para o licitante apresentar a proposta de preço, a qual no pregão coincide com o dia em que foram realizados os lances, em 24 de setembro; e
 - d) o índice de reajuste a incidir sobre o valor concreto do contrato deve ser o mesmo índice percentual que foi adotado para elevar de R\$ 10,00 (Decreto nº 13.031/10) para R\$ 10,70 (Decreto nº 13.591/13) o valor máximo pago pela diária de refeição nos estabelecimentos penais.

2. Cabe ainda salientar que a adoção da conclusão externada no parecer da assessoria jurídica do órgão consulente pode acarretar aos responsáveis pelo deferimento do reajuste naqueles termos a responsabilização nas esferas administrativa, criminal e civil (arts. 83, 84 e 92 da Lei nº 8.666/93), razão pela qual se sugere que o órgão consulente seja orientado a observar o conteúdo da manifestação ora aprovada e da presente decisão nos reajustes a serem concedidos nos demais contratos com o mesmo objeto deste, originários do mesmo Pregão Presencial, e a rever os reajustes que eventualmente já tenham sido concedidos fora da data-base e/ou com a elevação pura e simples ao patamar máximo estabelecido no Decreto nº 13.591/13.
3. À Assessoria do Gabinete para:
 - a) dar ciência desta decisão ao Procurador do Estado acima referido e ao Procurador-Chefe da PAA;
 - b) dar ciência da manifestação analisada e da presente decisão à autoridade consulente, devolvendo-lhe os autos para as providências cabíveis.

Campo Grande (MS), 01 de julho de 2013.

(original assinado)

Rafael Coldibelli Francisco

Procurador-Geral do Estado