

O conceito de ilegitimidade é bem mais amplo que o de legalidade naquele se inclui, por exemplo, além do aspecto legal, requisitos essenciais para ser o ato juridicamente reconhecido, válido.

O STF já se pronunciou sobre a anulação de concurso público, nos seguintes termos:

“Não cabe a anulação de concurso depois de nomeados os candidatos aprovados, salvo inquérito em relação a cada um para se apurar irregularidades quanto ao provimento” (STF, em RDA, vol. 73, pág. 120).

E ainda,

“Não há nulidade sem prejuízo: simples irregularidades não autorizam a anulação do concurso” (STF, em RDA, vol. 81, pág. 157).

José Cretella Júnior – Jurisprudência Administrativa, págs. 44 e 45.

Não há nos autos informações de que tenha havido inquérito administrativo, imprescindível no caso, todavia, tendo em vista o Decreto de fls. 564, entendendo perdeu o objeto o processo em exame, podendo aqueles que se sentirem prejudicados impetrar ação judicial contra o ato de anulação do certame.

É o parecer.

Recife, 19 de fevereiro de 1999

MARIA NILDA DA SILVA
Procuradora

Visto

Hilton Cavalcanti de Albuquerque
Procurador Geral

PARECER **PG Nº 053/98**
PROCESSO **TC Nº 9704522-6**
INTERESSADO(A): EDUARDO HENRIQUE CAMPOS
RELATOR: **CONS. SEVERINO OTÁVIO**

Trata-se de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Secretário da Fazenda do Estado, nos termos da Resolução do TCE, portanto da mesma dever-se-á conhecer, haja vista a necessidade de deslinde de algumas celeumas relativas aos tópicos revisão e reajuste de contratos de prestação de serviços. Vejamos os termos das perquirições aduzidas:

- a) É possível repasse de reajuste contratual, ocorrido na data-base de determinada categoria, tendo em vista conseqüente incremento no custo da remuneração da mão-de-obra relativa a contrato de prestação de serviços?
- b) É possível o reajuste contratual, em face da alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, embasado no reajuste salarial dos trabalhadores (dissídio), durante a vigência do mesmo, ou seja, antes de completado 01 (um) ano da data da sua assinatura?
- c) Caso o reajuste só seja possível após o transcurso de 01 (hum) ano, este período deve ser contado da

data da apresentação da proposta, ou da efetiva assinatura do contrato?

As perquirições acima bosquejadas foram objeto de apreciação da d. Assessoria Jurídica SEFAZ, resultando no proficiente Parecer da Exma. Dra. Hilda Gouveia, infra. Após análise detida, ora passamos a tecer cabais considerações.

De início, faz-se mister ponderar que o Direito Administrativo é região material segregada no eido da LEGALIDADE, sendo-lhe estranho o vasto campo da LICITUDE (permissibilidade de tudo fazer que não esteja vedado por lei), assim o REPASSE tem de ser possibilidade prevista na norma legal, e consoante a previsão nela contemplada.

O disciplinamento dos contratos administrativos (atos administrativos bilaterais ou impróprios), embora consentâneo com os preceptivos básicos que delineiam a Teoria Contratualista do Direito Privado Comum, estão impregnados pelo vetor “SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO”, de-

terminante da atuação da Administração Pública, daí exsurgindo a imposição das chamadas cláusulas exorbitantes (“*Jus Imperii*” = PODER-DE VER), bem como da rigidez normativa confinante da atuação das partes em todo o “ITER” que colima a celebração contratual, característica peculiar ao campo jurídico da LEGALIDADE. O regime acima configurado é bem resumido nas palavras de Arnaldo Vasconcelos, senão vejamos:

“É o Direito Administrativo o último setor de prevalência da teoria da reserva da lei. Pauta-se a atividade administrativa pública nos estritos termos da legalidade, valendo dizer que tudo aquilo que não se encontra expressamente autorizado em lei está por esse só motivo, vedado. *As proibições tornam-se, pois, supérfluas*. Exatamente o contrário do que acontece no domínio do Direito Privado, onde as interdições legais servem de marcos definitórios do extenso e prolífico campo da licitude.” (VASCONCELOS, Arnaldo: Teoria da Norma Jurídica.” 3ª Ed. Malheiros – pág. 34 grifamos.)

No campo jurídico-positivo dos contratos administrativos tão-somente encontramos os institutos do REAJUSTE DE PREÇOS E DA REVISÃO CONTRATUAL como categorias invocáveis que possam apontar para a possibilidade de repasse do reajuste salarial, aventurado na indagação constante da consulta. Da análise minudente da questão, conclui-se que nenhum dos dois autoriza o repasse cogitado.

O reajuste de preços é figura intracratual, ou seja, deverá estar prevista em cláusula da avença. Na esteira do que asseveramos acima (a Administração cinge-se a atuar em consonância com a lei, mesmo quanto ao exercício do Poder Administrativo Discricionário), o reajuste deverá ser previamente debuxado no instrumento convocatório da licitação, exatamente para a realização dos princípios da IGUALDADE entre os licitantes e o da VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONTRATUAL.

Ante o que expusemos perfunctoriamente, não podemos cogitar o REPASSE DE REAJUSTE SALARIAL *IPSO FACTO*, permite-se, ao contrário, desde que tenha sido previsto no instrumento convocatório do procedimento externo de licitação, a corporificação de uma cláusula móvel de preços, pactuada entre as partes, de forma a refletir a varia-

ção do custo, mediante um índice previamente fixado. Destarte, descabe o repasse direto de reajuste salarial e na monta representativa, sendo permitida uma mensuração prévia de tal incremento salarial (data-base é fato ocorrente em período certo), levando-se em conta o maior ou menor período de vigência do contrato, estabelecendo-se, a partir de então, uma cláusula contratual que realize uma adequação atualizadora entre o preço e a cambiariedade dos custos. Impossível, portanto, o aludido repasse. A figura própria para reequilibrar defasagens previsíveis vem a ser a do REAJUSTE INTRACONTRATUAL.

Quanto à possibilidade REVISÃO CONTRATUAL, uma vez mais impõe-se a impossibilidade de levá-la a cabo na hipótese consignada na presente consulta.

Encetaremos por asseverar que o cânone capital que rege os contratos, de qualquer que seja a espécie, é o expressado no latinismo “*PACTA SUNT SERVANDA*”, ou seja, os pactos devem ser respeitados. Destarte a REVISÃO CONTRATUAL é exceção extrema que corrobora e confirma a REGRA. Parece-nos, por outro lado, que reajuste salarial, ocorrido na data-base, dista, por demais, de uma EXCEPCIONALIDADE AUTORIZADA nos termos do art. 65, item II, letra “d”, da Lei nº 8.666/93, cujo teor encontra-se em plena harmonia com a Medida Provisória nº 1.171/95, satisfeita, portanto, a exigência contida no art. 3º da última. Vejamos o que promana do citado art. 65, item II, “d”:

omissis

“para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contrato 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 conseqüências 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 jurisprudência, do púlpito de sua prudência no desempenho do superno ofício de julgar, aponta para o escólio mais apropriado do dispositivo

supratranscrito. Citemos, a título de ilustração, trecho de um acórdão do TJRJ, “apudi” “Licitações e Contratos” (Maria Sylvia Di Pietro e outros). – *Malheiros* – 2ª Ed, pág. 136:

“... há, de fato, elementos objetivos que lastreiam a aplicação da Teoria da Imprevisão. Não basta qualquer fato, por forte que seja, para autorizar que os termos do pacto sejam alterados. Pode-se afirmar, de logo, que é requisito essencial, para que tal ocorra, que o cenário sob o qual o contrato foi formado tenha sofrido alteração absolutamente inesperada, fora de toda a cogitação razoável.

(Ap. Cível nº 2.936/89, 4ª C. J. 20 12/89 – grifamos)

É bem verdade que o Aresto transcrito foi exarado antes do advento da Lei 8.666/93 e trata da Teoria da Imprevisão (REBUS SIC STANTIBUS). A Lei 8.666/93 positivou o que, antes, era tão-somente resolvido através da invocação da teoria mencionada (construção teórica e jurisprudencial).

Entretanto, a orientação nele entretecida deixa-nos divisar o cerne finalístico contido no art. 65, II, d, do Estatuto das licitações e contratos administrativos.

O reajuste salarial ocorrido na data-base não pode ser compreendido como causa de ruptura do equilíbrio econômico-financeiro, cujos critérios demarcatórios estão consignados no dispositivo legal supratranscrito.

Ressalte-se que a DATA-BASE é não só previsível mas PREVISTA. Assim, o reajuste nela ocorrido não pode caracterizar-se como FATO IMPREVISÍVEL, CASO FORTUITO, FORÇA MAIOR, muito menos FATOS DA ADMINISTRAÇÃO ou DO PRÍNCIPE (os dois últimos conceitos refogem completamente à hipótese em epígrafe.) Resta-nos abordar a última adjetivação prevista na norma geral da Lei 8.666/93, qual seja “FATO PREVISÍVEL DE CONSEQÜÊNCIAS INCALCULÁVEIS, RETARDADORES OU IMPEDITIVOS DA EXECUÇÃO DO AJUSTADO”.

Não olvidamos que a comprida expressão legal, pingue em adjetivações, trabalha com conceitos vagos, através de palavras multívocas, carentes de precisão jurídico-positiva, seriam palavras ocas no dizer de Alf. Ross (TU-TU). Entretanto deveremos direcionar os olhos para o razoável, dentro do pensamento de Dr. Souto Maior Borges: “... não sa-

bemos quantos grãos de areia são suficientes para formar uma duna, mas saberemos identificar uma quando com a mesma depararmos-nos.”

Seguindo a linha de pensamento do mestre Souto Borges, de pronto diríamos, uma vez mais, que data-base de uma categoria é mais que simplesmente previsível, é PREVISTA. De outra parte, o dirimir de um dissídio coletivo poderá advir sob duas formas: **a)** convenção coletiva de trabalho verdadeira conta de chegada, à qual a categoria patronal anui, tendo em vista, inclusive, a possibilidade de suportar os novos encargos diante dos já assumidos (incluindo dentre os mesmos aqueles atinentes aos contratos administrativos); **b)** sentença normativa – exarada por tribunal competente, através de um método dialético (diálogo regrado), levando-se em conta os índices consentâneos com as cambiantes econômicas do setor e as inflacionárias.

Do quadro acima exposto, pode-se concluir que não estamos diante de uma duna, ou seja, o reajuste salarial, ao menos aprioristicamente falando, não é fato que traga conseqüências incalculáveis que passem, inclusive, pelo retardamento ou impedimento da execução do aventado. Destarte, emerge fulgurante o princípio PACTA SUNT SERVANDA, regra de observação altaneira, cuja exceção advém da lei, na qual exaurem-se as possibilidades de ação do administrador público (campo jurídico da legalidade). A hipótese da consulta, numa visão positivofinalística, não se configura exceção prevista no art. 65, II, d, da Lei 8.666/93. Reiteramos, portanto, a necessidade de observância do critério da ANUALIDADE, em sede de reajuste contratual, nos termos da proficiente informação AJF nº 107/97, supedâneo no art. 2º, § 1º, c/c art. 3º (*caput*) da Medida Provisória nº 1.171/95 (reeditada).

Nada obstante o que expusemos (desconsiderando o que aprioristicamente representa o reajuste salarial na data-base de determinada categoria, em termos de impacto nos ajustes contratuais), caso o reajuste venha a configurar-se, na prática, num motivo de desequilíbrio econômico financeiro, assim mesmo dever-se-á respeitar a ANUALIDADE, consoante opinou a Drª Hilda Gouveia:

“Por outro lado, a revisão contratual em decorrência do reajuste salarial dos empregados do contratado ou de qualquer outra razão, somente poderá, igualmente, ocorrer em observância à periodicidade anual. Desse modo, a revisão contemplada na

Lei 8.666, de 1993, não pode ser invocada a qualquer tempo, está adstrita à anualidade.”

É bem verdade que a revisão contratual prevista no art. 65, item II, “d” do estatuto das licitações, dispositivo que positivou a teoria da imprevisão, presta-se a ser invocada sempre que ocorrido o desequilíbrio econômico-financeiro, o que é de fácil inferência do fato de a majoração por ela proporcionada ocorrer na exata porção do aludido desequilíbrio, não se cogitando de índices preestabelecidos, ao contrário do que se verifica com o reajuste de preços (variação de preços obediente à fórmula fixada no edital e no contrato). Entrementes, o alcance de eficácia do pré-falado dispositivo encontra-se contido por dicção da Medida Provisória 1.171/95 (reeditada).

As obtemperações supratranscritas estão calcadas no primado da legalidade (campo jurídico da legalidade), haja vista o que dispõe o § 2º do art. 2º, c/c o CAPUT do mesmo artigo e art. 3º da Medida Provisória 1.171/95 (reeditada), uma vez que dentro do processo normogenético previsto na CF/88, as medidas provisórias, desde que editadas, passam a vigor como lei em sentido material e formal, embora pendentes de transmutação definitiva. Assim, tal Medida Provisória ocupa região material de lei de caráter NACIONAL no que diz respeito aos contratos administrativos das três esferas administrativas.

Finalizando, permitiremo-nos dissentir da informação AJF nº 107/97, CONCESSA VENIA, precisamente quanto à inteligência adotada no tópico MARCO INICIAL DE CONTAGEM do interregno anual em comento. Consoante nosso entendimento, dever-se-á contar a periodicidade anual a partir da data limite para apresentação da proposta, conforme a dicção do § 1º, art. 3º do MP supracitada. A MP supracitada. A MP em questão, quando disciplina os contratos em geral (forma da intervenção na ordem econômica) bem como os administrativos, fá-lo traçando normas de caráter geral, aplicáveis a todos os níveis administrativos, ou seja, não têm, tais normas, o cariz de normas meramente FEDERAIS (dicotomia NORMA JURÍDICA DE CARÁTER NACIONAL x NORMA JURÍDICA DE CARÁTER FEDERAL).

Destarte, o § 1º, art. 3º da MP em epígrafe, harmoniza-se, perfeitamente, com o espírito do art. 5º, da Lei Estadual nº 11.424/77, precisamente quan-

do expressa art. 5º “OMISSIS..., RESPEITADAS AS NORMAS GERAIS DA UNIÃO APLICÁVEIS AOS ESTADOS...”

Irroga-se a aplicação da norma de caráter NACIONAL diante do que dispõe o Parágrafo Único, art 5º, da Lei 11.424/77, muito embora não possamos aqui cogitar a revogação de Lei anterior por lei posterior, uma vez que a norma de caráter NACIONAL em questão está corporificada no bojo de uma Medida Provisória, portanto ainda não convalidada definitivamente em lei.

Ante o exposto, opinamos que se responda à consulta nos termos INFRA:

- a) aprioristicamente falando, reajuste dos salários de trabalhadores, ocorrido na data-base, não caracteriza causa de desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, nos termos da letra d, II, art. 65, da Lei 8666/93;
- b) tanto nos casos de reajuste contratual, quanto nos de revisão dos termos de contrato administrativo, dever-se-á respeitar a ANUALIDADE prevista em norma de caráter nacional;
- c) é impossível o repasse dos reajustes salariais IPSO FACTO. Qualquer reajuste deverá estar previsto em cláusula contratual, mediante fixação de índice, observando-se, ainda, a prévia previsão no instrumento convocatório do procedimento externo de licitação;
- d) a anualidade deverá ser contada da data limite para apresentação da proposta, consoante prescreve norma de caráter nacional.

É o parecer.
S.M.J.

Recife, 09 de fevereiro de 1998

Dirceu Rodolfo de Melo Júnior
Procurador

VISTO:

Hilton Cavalcanti de Albuquerque