

DANILO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA

A repactuação como forma de reajuste dos Contratos Administrativos

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO-IDP

FEVEREIRO/2012

DANILO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA

A repactuação como forma de reajuste dos Contratos Administrativos

Monografia apresentada como exigência para aprovação do Curso de Especialização em Direito Administrativo, no Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP, sob a orientação da professora Marilda Silveira.

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO-IDP

FEVEREIRO/2012

A repactuação como forma de reajuste dos Contratos Administrativos

DANILO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Nome Completo (orientador)

Titulação-Instituição

Nome Completo

Titulação-Instituição

Nome Completo

Titulação-Instituição

CONCEITO FINAL: _____

RESUMO

OLIVEIRA, DANILO EDUARDO VIEIRA (DEVO). 2012. **A repactuação como forma de reajuste dos Contratos Administrativos.** – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

A repactuação contratual é uma espécie de reajuste aplicável aos contratos de prestação de serviços de execução continuada. Seu regime jurídico está estabelecido pela Instrução Normativa n. 02/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, pela jurisprudência do plenário do Tribunal de Contas da União, esposada nos Acórdãos n. 1.827/2008 e n. 1.828/2008, pelo entendimento da Advocacia-Geral da União constante do Parecer AGU/JTB n. 01/2008 e pelas posições doutrinárias.

No momento de apresentação da proposta pela contratada, tem-se como estabelecida a relação de equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, a relação de equivalência entre os serviços contratados e a proposta ofertada pela licitante. Essa relação de equilíbrio econômico-financeira teve sua manutenção assegurada constitucionalmente como um princípio fundamental dos contratos administrativos pelo artigo 37, XXI da Constituição da República de 1988. A repactuação, entretanto, não se confunde com outras formas de preservação do equilíbrio econômico-financeiro como a compensação financeira (art. 40, inc. XIV, c, Lei 8.666/93) e o reequilíbrio econômico-financeiro (art. 65, II, d, Lei 8.666/93).

São pressupostos básicos da repactuação a expressa previsão no edital e no contrato; vigência do contrato superior a 12 meses; interregno mínimo de um ano; adequação aos preços de mercado; demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada; manutenção das demais condições iniciais da Contratação e disponibilidade orçamentária do órgão ou entidade contratante.

O pedido de repactuação deve ser formulado previamente à prorrogação contratual sob pena de preclusão lógica. Seus efeitos financeiros alcançam a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo que fixou o salário normativo. O prazo de um ano, nas repactuações que envolvam revisão do custo de mão de obra deve ter como termo inicial a data do acordo, convenção ou dissídio ou ser afastada se, ao firmar o termo aditivo de repactuação, aceitar que os efeitos desta passem a ter vigência na data de sua assinatura.

Palavras-chave:

Repactuação contratual. Contratos administrativos de execução continuada. Pressupostos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, amigo sempre presente, sem o qual nada teria feito.

Aos amigos, que sempre incentivaram meus sonhos e estiveram sempre ao meu lado.

Aos meus colegas de classe pela amizade e companheirismo que recebi.

A Prof.^a Marilda Silveira, que me acompanhou, transmitindo-me tranqüilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE TRATO CONTINUADO.....	9
2. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	23
2.1. Equilíbrio Econômico-Financeiro Contratual – Princípio ou Regra	23
2.2. Formas de preservação do Equilíbrio Econômico-Financeiro	27
2.2.1. Reajuste	27
2.2.2. Atualização Financeira	34
2.2.3. Reequilíbrio econômico-financeiro	37
2.2.4. Repactuação.....	48
3. A REPACTUAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL	50
3.1. Natureza Jurídica	50
3.2. Previsão Normativa	52
3.3. Requisitos	54
3.3.1. Vigência contratual igual ou superior a doze meses.....	54
3.3.2. Previsão editalícia.....	55
3.3.3. Interregno mínimo	55
3.3.4. Demonstração analítica do aumento dos custos do contrato	56
3.3.5. Acordo ou convenção coletiva de trabalho.....	57
3.3.6. Custos não previstos originariamente na proposta	58
3.3.7. Vantagem para a Administração e preços compatíveis com os de mercado	58
3.3.8. Manutenção das condições exigidas para habilitação	59
3.3.9. Recursos orçamentários	60
3.3.10. Impossibilidade de repactuação mediante aplicação direta de índices setoriais ou gerais.....	60
3.3.11. Formalização	60
3.3.12. Retroatividade dos efeitos financeiros da repactuação.....	63

3.3.13. Retroatividade dos efeitos financeiros da repactuação segundo a Instrução Normativa nº 2, de 30.04.98, do MPOG	64
3.3.14. A posição da Advocacia-Geral da União acerca da repactuação contratual	65
3.3.15. Preclusão lógica do direito à repactuação em face de termo aditivo de prorrogação contratual.....	66
CONCLUSÃO.....	69
BIBLIOGRAFIA.....	71

INTRODUÇÃO

Os contratos de prestação de serviços continuados revelam-se de fundamental importância para a continuidade das atividades administrativas e, por isso, estendem-se por mais de um exercício financeiro. Como veremos no Capítulo I, são celebrados com vigência inicial de 12 (doze) meses, admitem a respectiva prorrogação até o limite de 60 (sessenta) meses (art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93). Como exemplos dessa espécie contratual, citam-se os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, copeiragem, recepção, reprografia, dentre outros.

A contratação desses serviços é precedida de licitação, nos termos estabelecidos pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. No momento de apresentação da proposta pela contratada, tem-se como estabelecida a relação de equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, a relação de equivalência entre o encargo definido pela Administração (serviços contratados) e o preço/remuneração (a proposta) ofertada pela licitante.

Entretanto, a manutenção desta relação, durante a execução do contrato administrativo, pode restar comprometida. Entende-se, na doutrina e na jurisprudência, que essa equação deve ser mantida durante toda a execução da avença. Estaria presente nos contratos, como cláusula implícita, a *cláusula rebus sic standibus*, com o objetivo de assegurar essa equivalência na hipótese de ela vir a ser afetada .

Assim, a manutenção da equação econômica-financeira foi assegurada constitucionalmente como um princípio fundamental dos contratos administrativos pelo artigo 37, XXI da Constituição da República de 1988.

Orientada pela norma constitucional, a legislação pátria previu algumas formas de preservação do equilíbrio econômico-financeiro. Com efeito, a Lei 8.666/93 prevê três hipóteses de alteração do preço contratual: a compensação financeira em decorrência de atraso no pagamento (art. 40, inc. XIV, c), o reequilíbrio econômico-financeiro (art. 65, II, d) e o reajuste (art. 40, XI), os quais serão desenvolvidos no Capítulo II.

Sobre o reajuste, a Lei 10.192/01 estabeleceu que este seria anual, prevendo que a data para a contagem do prazo seria a data para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

No âmbito da Administração Pública Federal editou-se o Decreto n. 2.271/97 que previu a alteração do preço dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços de natureza contínua para adequá-los aos novos preços de mercado, mediante a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos, denominando-a de repactuação.

A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, por meio de Instrução Normativa, também disciplinou a repactuação e estabeleceu os requisitos necessários a sua concessão. Tais requisitos, entretanto, não tinham previsão expressa em lei e serão abordados no Capítulo III.

No referido Capítulo, também, abordaremos o posicionamento da Advocacia-Geral da União, esposado no Parecer AGU/JTB nº 01/2008, adotado pela Consultoria-Geral da União por meio do Despacho nº 452/2008 e pelo Advogado-Geral da União, em 26.02.2009 (DOU, seção 1, 06.03.2009).

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da repactuação contratual, nos contratos administrativos cujo objeto é a prestação de serviços continuados, celebrados no âmbito da Administração Pública Federal, em face das leis e normas acima citadas, da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, esposada, notadamente, nos Acórdãos nºs 1.827/2008 e 1.828/2008, ambos do Plenário daquela Corte e de entendimento da Advocacia-Geral da União.

OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE TRATO CONTINUADO

A duração do contrato administrativo é questão relevante acerca do tema repactuação, entendendo-se esta como uma forma de reajuste dos contratos administrativos de natureza contínua. Isso porque, nos termos da previsão constante do Decreto 2.271/97 – artigo 5º, apenas os contratos que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua é que poderão, desde que previsto no edital, admitir essa espécie de reajuste visando à adequação aos novos preços de mercado.

Posto isso, tem-se que todo contrato administrativo deve, obrigatoriamente, possuir cláusula que indique o prazo de sua vigência (inciso IV, do art. 55, da Lei 8.666/93). Também, há vedação legal para contrato com prazo de vigência indeterminado (§ 3º do artigo 57 da Lei 8.666/1993). Quanto à sua duração, em regra, é dependente da vigência dos respectivos créditos orçamentários (*caput* do artigo 57 da Lei 8.666/93).

Os créditos orçamentários, por sua vez, têm a duração de um ano e, portanto, os contratos terão, também, duração de igual período. É que referidos créditos têm vigência no curso de cada exercício financeiro, isto é, de 1º de janeiro a 31 de dezembro, já que o exercício financeiro coincide com o ano civil (artigo 34 da Lei n. 4.320/64).

Ademais, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, prescreveu que as obras e os serviços só podem ser contratados se houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações (artigo 7º, § 2º, III). E nenhuma compra será feita sem a indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento (artigo 14, Lei 8.666/93). Inere-se daí que, quanto ao prazo, como regra geral, a duração dos contratos também será anual.

Neste ponto, estando o contrato vinculado à vigência dos respectivos créditos orçamentários, questiona-se se sua vigência estaria limitada a 31 de dezembro ainda que firmado em prazo inferior a doze meses.

Para José dos Santos Carvalho Filho¹:

A despeito dessa conveniência, é importante assinalar a plena admissibilidade em que o contrato tenha início no ano corrente e

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. rev. ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p.77.

termo final no ano seguinte. O art. 57 do Estatuto, por falta de clareza, deixou dúvida sobre tal possibilidade, e isso porque o contrato, estando atrelado a determinado crédito orçamentário, só poderia iniciar-se e findar num mesmo período anual. Alguns intérpretes adotaram esse entendimento. No entanto, com a vênua devida, a lei não pretendeu dificultar nem inviabilizar a variadíssima e complexa atividade administrativa. Por esse motivo, parece-nos melhor o pensamento segundo o qual nada impede que um contrato tenha início, por exemplo, em setembro de um ano e término em março do ano subsequente, desde que no contrato conste a rubrica orçamentária de onde serão oriundos os recursos e a referência de que parte do pagamento será feita com um crédito orçamentário e a outra com o crédito relativo ao exercício financeiro seguinte. Nesse caso, exigir-se-á apenas que a Administração fixe o devido cronograma da obra, serviço ou compra, com a indicação dos pagamentos correspondentes ao ano corrente e ao ano subsequente.

Por outro lado, o Tribunal de Contas da União entende que os contratos administrativos, devem, necessariamente, findar-se em 31 de dezembro.

Contratos administrativos têm vigência limitada aos respectivos créditos orçamentários, em observância ao princípio da anualidade do orçamento. Sendo assim, os contratos vigoram até 31 de dezembro do exercício financeiro em que foram formalizados, independentemente do início. Essa é a regra.²

A despeito disso, o TCU tem flexibilizado esse entendimento para defender que a duração desses contratos não precisa coincidir com o ano civil, podendo ultrapassar o exercício financeiro em que foi firmado, conforme o teor da Decisão n. 586/2002 da Segunda Câmara:

Não existe a necessidade de fixar a vigência coincidindo com o ano civil, nos contratos de serviços continuados cuja duração ultrapasse o exercício financeiro em curso, uma vez que não pode ser confundido o conceito de duração dos contratos administrativos, de que trata o art. 57 da Lei nº 8.666/1993, com a condição de comprovação de existência de recursos orçamentários para o pagamento das obrigações executadas no exercício financeiro em curso, prevista no art. 7º, § 2º, III, da lei referida, pois nada impede que contratos dessa natureza tenham a vigência fixada para 12 meses, ultrapassando o exercício financeiro inicial, e os créditos orçamentários fiquem adstritos ao exercício financeiro em que o termo contratual é pactuado, conforme dispõe o art. 30 e §§, do Decreto nº 93.872/1986.

Isto é, para o Tribunal de Contas não é necessário que o prazo inicial, do contrato, para os serviços de natureza continuada, obedeça o artigo 57, *caput*, da Lei 8.666/93, vez que ele pode ser firmado para além do crédito orçamentário. Assevera o TCU que não há relação entre a duração dos contratos administrativos e a comprovação

² Brasil. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 764.

da existência de recursos orçamentários. Em razão disso, reconhece que os contratos de prestação de serviços contínuos inicialmente ultrapassem o crédito orçamentário, desde que com vigência de até doze meses, e, a partir daí, sejam prorrogados até perfazerem os 60 meses a que se alude no inciso II do artigo citado.

É de se registrar, entretanto, o entendimento de Joel de Menezes Niebuhr que critica a decisão do Tribunal de Contas argumentando, que há vinculação entre a duração dos contratos e a existência de recursos orçamentários decorrente do *caput* do art. 57 da Lei 8.666/93 que estabelece estar a duração dos contratos adstrita à vigência do crédito orçamentário. Argumenta que se trata de critério eleito pelo legislador, que poderia utilizar-se que qualquer outro, para vincular a duração dos contratos administrativos às disponibilidades orçamentárias. Raciocina que a interpretação sistemática da Lei 8.666/93, forçosamente nos leva a essa conclusão, notadamente pelas disposições do inciso III do § 2º do art. 7º, do artigo 14 e do inciso V do artigo 55, de que o contrato não pode ser firmado sem a respectiva reserva orçamentária. Por fim arremata que o *caput* do artigo 57 da Lei 8.666/93 faz todo sentido ao proibir que o contrato se estenda sem que haja sobre ele a respectiva cobertura orçamentária.

Por oportuno, vale transcrever a lição do doutrinador³ em comentário:

[...] o Tribunal de Contas da União, na decisão supracitada, também anota que o prazo inicial do contrato não precisa coincidir com o crédito orçamentário, desde que ele não ultrapasse o período inicial de doze meses. Sem embargo, se assim o for, se for lícito ultrapassar de início o crédito orçamentário, não há nada que empreste fundamento à limitação inicial de doze meses. Seria de questionar o que impede estabelecer prazo inicial maior, por exemplo, de 24, de 30 ou de 40 meses. Isso porque não há nada na Lei nº 8.666/93 que se refira diretamente aos doze meses. A única referência é indireta, que se depreende do *caput* do art. 57, ao prescrever que a duração dos contratos administrativos está adstrita à vigência do crédito orçamentário. Ocorre que o crédito orçamentário coincide com o ano civil, isto é, inicia em 01 de janeiro e extingue-se em 31 de dezembro, totalizando, portanto, doze meses. Então, se a referência do Tribunal de Contas da União são os doze meses, ela encontra-se inarredavelmente no *caput* do art. 57. No entanto, o *caput* não trata de prazo máximo de doze meses, mas do crédito orçamentário, o que o Tribunal de Contas da União recusa.

Nota-se, assim, que para o autor citado, os contratos de prestação de serviços contínuos devem ser firmados inicialmente de acordo com a regra inserta no *caput* do art. 57 da Lei nº 8.666/93, adstritos ao crédito orçamentário, e, se for o caso, a

³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Duração dos Contratos Administrativos**. Disponível em: <http://www.institutozenite.com.br/doutrina>. Acesso em: outubro 2011.

partir de então, com base no inc. II, podem ser prorrogados sucessivas vezes até perfazerem 60 meses e, com fundamento no § 4º do mesmo artigo, excepcionalmente, por outros doze meses.

Vale registrar, entretanto, que a despeito do entendimento do autor em comento, a decisão da Corte de Contas facilita as atividades da Administração. Isso porque, do contrário, quase todos os contratos da administração venceriam no dia 31 de dezembro. Então, a Administração sofreria com acúmulo de demanda no final do exercício, já que deveria no mesmo mês, ao mesmo tempo, renovar grande parte dos seus contratos. Muito embora se reconheça que a posição mais flexível do Tribunal de Contas da União é mais conveniente para a Administração, o fato é que, para alguns, ela não condiz com o prescrito na Lei nº 8.666/93, mais precisamente no seu art. 57.

Para além desse entendimento, o Tribunal de Contas da União também tem admitido, pacificamente, como se conclui dos termos da Decisão n. 25/00, Plenário, D.O.U. 04.02.2000, que seria possível a celebração de contrato para prestação de serviços de natureza contínua com prazo de vigência inicial de sessenta meses, cabendo ainda, desde que previstos os requisitos legais, a prorrogação excepcional de até 12 meses prevista no § 4º do artigo 57 em comento.

Ademais, conquanto o artigo 57 da Lei 8.666/93 estabeleça, como regra, que a duração dos contratos administrativos regidos por essa lei, ficará adstrita à respectiva vigência dos créditos orçamentários, em seus incisos, as hipóteses em que referido prazo pode ultrapassar àquela vigência.

Essas hipóteses limitam-se: a) aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual que podem ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório; b) aos serviços a serem executados de forma contínua que podem ter a duração prorrogada por até sessenta meses; e c) ao aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática podem ser prorrogados pelo prazo de até quarenta e oito meses.

Como se nota, é exatamente o que ocorre com os contratos indicados no inciso II deste artigo. Com efeito, dispõe esse mandamento que os contratos que têm por objeto a prestação de serviços a serem executados e forma contínua, podem ter sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vista a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração Pública, limitada essa duração a sessenta meses.

Veja que a exceção, nesta hipótese somente contempla contrato de prestação de serviço e, ainda assim, serviços cuja execução deva ser de forma contínua.

Nessa linha, vale frisar que o serviço aqui se contrapõe à compra. Enquanto a compra envolve uma prestação que envolva uma obrigação de dar, o serviço envolve uma obrigação de fazer. Portanto, para os fins da Lei 8.666/93, serviço, na lição de Marçal Justen Filho⁴, pode ser conceituado como

a prestação por pessoa física ou jurídica de esforço humano (físico intelectual) produtor de utilidade (material ou imaterial), sem vínculo empregatício, com emprego ou não de materiais, com a ajuda ou não de maquinário. Serviço é a prestação que satisfaz um obrigação de fazer.

Como se vê, então, o dispositivo alude apenas a serviços. Frise-se que a distinção deve ser feita em função da prestação principal. Portanto, é perfeitamente possível estabelecer obrigações acessórias de natureza distinta da principal, sem que isso afete a natureza da contratação. De modo que uma obrigação de fazer pode ser acompanhada de uma obrigação de dar e vice-versa. Deve-se verificar o fim que motivou a contratação. Destarte, se o núcleo do contrato é uma prestação de dar, não se aplica o regime do dispositivo em tela⁵.

Assim, há muitos contratos cuja obrigação envolve uma prestação de dar de forma contínua, isto é, de compra de coisas realizadas pela Administração de modo continuado, como ocorre com combustível, gêneros alimentícios, material de expediente e outros objetos. Tais contratos, entretanto não se subsumem ao conceito de serviços contínuos porquanto, pura e simplesmente, não constituem serviços, porém compras. Em vista disso, tais contratos não podem ser prorrogados, pelo menos não com fundamento no inc. II do art. 57 da Lei nº 8.666/93.

Note, também, que para além do dispositivo fazer referência apenas a serviço, o fez de forma qualificada. Os serviços de que trata a norma em comento são aqueles *a serem executados de forma contínua*. O destaque se faz pertinente porque o conceito de serviço compreende diversas atividades. Deveras, existem os serviços técnicos profissionais especializados, os serviços de engenharia, os serviços contínuos e assim por diante.

Nesse sentido, uma vez que a administração firma contratos das mais diversas espécies, variando o regime jurídico a que se submetem, vale esclarecer que

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 120.

⁵ *ibid.* p. 698-699.

não se encontram sob a égide do art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, os contratos de direito privado celebrados pela Administração, tais como: contratos de seguro, de financiamento, de locação, em que o Poder Público seja locatário, e os demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado, inclusive os contratos em que a Administração seja parte como usuária de serviço público, por força do art. 62, § 3º, da LLCA; os contratos de concessão de serviço público e de obras públicas, que, em regra, não acarretem ônus para a Administração.

Isto porque as disposições do art. 57 versam sobre contratos que geram despesas para o poder público. Portanto, tais regras não são aplicáveis a contratos que não impliquem em desembolso, como é o caso das concessões; os contratos relativos a operações de crédito interno ou externo celebrados pela União ou a concessão de garantia do Tesouro Nacional, excluídos pelo art. 121, parágrafo único, da LLCA; e os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União, que continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 setembro de 1946, com suas alterações, por força, também, do art. 12, parágrafo único, da LLCA⁶.

A Lei, contudo, não conceituou o que vem a ser os *serviços a serem executados de forma contínua* assim como o fez para serviço, conforme o inciso II, do artigo 6º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Coube, assim, à doutrina, à jurisprudência e à normatização infralegal a responsabilidade de se estabelecer um conceito de serviços contínuos. A dificuldade, entretanto, não passou longe. Isso porque, a continuidade é um dos princípios inerentes à função administrativa em si mesma. A atuação estatal é diuturna, permanente, não havendo momento algum da vida estatal em que a Administração Pública não esteja exercendo alguma parcela da atividade administrativa.

O contrato de serviço contínuo, como tipo de contrato, está relacionado com a duração dos contratos administrativos. Assim, visando fundamentar os motivos pelos quais a lei fixou diferentes prazos de duração para os diversos tipos de contratos, os juristas pátrios os classificam quanto à forma de execução e quanto ao término de sua vigência.

⁶ MAZZOCO, Carlos Fernando. **Duração do Contrato Administrativo**. Disponível em: <http://www.institutozenite.com.br/doutrina>. Acesso em: outubro 2011.

Floriano P. Azevedo Marques Neto⁷ diferencia os contratos em contratos dito de escopo e os contratos de duração continuada.

Segundo esse autor, nos contratos dito de escopo a Administração contrata tendo em vista a obtenção de um bem determinado. O escopo do contrato estará consumado quando entregue o bem. Certo deve estar que a fixação do prazo é relevante para que a Administração possa exigir do particular executante um mínimo de eficiência e celeridade necessário para a satisfação do interesse público. Mas, nesse caso, o tempo em que vai se desenrolar a execução do contrato não é essencial.

Quanto aos contratos de duração continuada seriam aqueles que têm por objeto a prestação de um serviço de forma contínua, ou seja, a realização de uma atividade profissional ininterrupta durante um período determinado, em que o prazo faz parte do objeto do contrato. Nesse tipo de contrato se objetiva o serviço ou o potencial fornecimento, nos termos e condições pactuadas durante um certo tempo. As partes só estão desobrigadas após o vencimento deste prazo.

Marçal Justen Filho⁸, a seu turno, salienta a necessidade de se distinguir os contratos de execução instantânea dos de execução continuada, com vistas a determinar a duração dos contratos administrativos. Assim leciona o autor:

Os contratos de execução instantânea impõem à parte o dever de realizar uma conduta específica e definida. Uma vez cumprida a obrigação, o contrato se exaure e nada mais pode ser exigido do contratante. Assim se passa, por exemplo, com o contrato de compra e venda à vista de um imóvel. Tão logo o vendedor promove a tradição da coisa e o comprador liquida o preço, o contrato está exaurido.

Já os contratos de execução continuada impõem à parte o dever de realizar uma conduta que se renova ou se mantém no decurso do tempo. Não há uma conduta específica e definida cuja execução libere o devedor (excluídas as hipóteses de vícios redibitórios, evicção, etc.). Assim se passa, por exemplo, com o contrato de locação. O locador deve entregar o bem locado ao locatário e assegurar-lhe a integridade da posse durante o prazo previsto.

A problemática do prazo de vigência apresenta contornos distintos conforme a natureza do contrato. Tratando-se de contrato de execução instantânea, o prazo de vigência será aquele necessário a que a parte promova a prestação devida. Em princípio e considerando a grande maioria dos casos, esse prazo será fixado pela Administração tendo em vista sua conveniência. As dificuldades maiores envolvem os contratos de execução continuada. A execução da prestação que incumbe à parte pressupõe, necessariamente, a delonga. Suponha-se o contrato para execução de uma obra pesada de

⁷ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Contrato administrativo**. Disponível em: <http://www.zenite.com.br/doutrina>. Acesso em: outubro 2011.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 695.

engenharia civil. Não haveria cabimento em estabelecer que o prazo de duração do contrato seria de dois meses quando, materialmente, a obra não pudesse ser executada nesse período.

Embora o silêncio do legislador, o art. 57 visa a regular precipuamente os contratos de execução continuada. Quanto aos de execução imediata, o problema usualmente não se opõe. No entanto, devem considerar-se extensíveis a eles as disposições do art. 57, no que forem aplicáveis.

Para Simone Miqueloto⁹, os contratos se dividiriam em contratos por prazo certo, em cuja vigência somente o prazo fixado influirá, não sendo relevante a conclusão do objeto, uma vez que visa, via de regra, à prestação de um fornecimento ou à prestação de alguma atividade; e contratos por escopo, em que o fim almejado consiste na conclusão de um objeto que é certo e determinado, como, por exemplo obras e projetos. Nestes a extinção do contrato se dá com a conclusão do objeto, naqueles, com o término do prazo.

Carlos Ari Sundfeld¹⁰, estudando a distinção entre modalidades de contratos, para efeito de determinação de seu prazo máximo de vigência, se refere, de um lado, a contratos por escopo, em que a Administração pretende a entrega de um certo objeto acabado e, de outro lado, a contratos relativos à prestação de serviços a serem executados de forma contínua.

Hely Lopes Meirelles¹¹ ensina, com a maestria que lhe é peculiar, sobre as formas naturais de extinção do contrato dividindo-os em duas categorias. Numa primeira categoria estariam os contratos que se extinguem pela conclusão de seu objeto. Neste tipo de contrato, o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando o prazo como limite de tempo para a entrega da obra, do serviço ou da compra sem sanções contratuais. Numa segunda categoria estariam os contratos que se extinguem pela expiração do seu prazo de vigência. Nesta categoria o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, e, assim sendo, expirado o prazo, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto, como ocorre na concessão de serviço público ou na simples locação de coisa por tempo determinado.

Dessas classificações, que nos fornecem vários elementos para entender o problema, podemos resumir em duas modalidades de contratos: contratos por escopo e contratos de execução continuada.

⁹ MIQUELOTO, Simone. **Da vigência e da prorrogação dos contratos por prazo certo**. Disponível em: <http://www.zenite.com.br/doutrina>. Acesso em: outubro 2011.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 222-223.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Forte nessas considerações cabe-nos perquirir qual a natureza do serviço de prestação contínua a que se refere o inciso II do artigo 57 da Lei 8.666/93.

A expressão serviços contínuos não traria maiores confusões, não fosse o fato de que alguns intérpretes pretenderam atribuir-lhe sinonímia a serviços essenciais. Diga-se de passagem, que a diferença conceitual entre serviço essencial ou não essencial é bastante relativa. Parte da doutrina entende ser desnecessário o caráter de essencial para contratação de serviços contínuos. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos silencia quanto ao assunto, e onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

Para se saber se determinado serviço é ou não de natureza continuada, para alguns, bastaria procurar sua especificação no rol estabelecido no § 1º do art. 1º do Decreto nº. 2.271/97. Nesse, raciocínio, seria possível considerar que não se tratam de serviços contínuos aqueles que não elencados no referido Regulamento.

Ocorre que essa é uma interpretação que pode levar o leitor ao erro, na medida em que as normas não podem alterar a natureza das coisas, mas apenas suas definições, conceituações, etc.

A interpretação de leis e regulamentos, mesmo auxiliada pelo viçoso ferramental da hermenêutica jurídica pode carecer de um parâmetro vital, qual seja, a sua aderência com a realidade. Não basta interpretar, o resultado deve ser útil e o intérprete pragmático.

Assim prevaleceu o entendimento coerente com o preciso sentido do termo, ou seja, aplicam-se as prescrições do art. 57, II, referido, aos serviços, cuja execução se protraí no tempo.

Não é demais frisar, também, que serviços contínuos são serviços auxiliares dentro da Administração Pública. Não constituem, dessa maneira, o objetivo final da Administração. Apesar de se tratar de serviços auxiliares, os mesmos são, entretanto, muito importantes para o próprio funcionamento da Administração. Tão importantes que a interrupção da execução viria a comprometer o desempenho das atividades inerentes ao interesse público, causando prejuízos ao funcionamento da máquina governamental. Essa impossibilidade de interrupção leva à necessidade da contratação desses serviços estender-se por mais de um exercício financeiro.

Com vistas a esclarecer o assunto trazemos a precisa lição de Marçal Justen Filho¹², que, ao versar sobre o tema, diz que:

Primeiramente, o dispositivo refere-se a contratações cujo objeto envolve prestações homogêneas, de cunho continuado.

A identificação dos serviços de natureza contínua não se faz a partir do exame propriamente da atividade desenvolvida pelos particulares, como execução da prestação contratual. A continuidade do serviço retrata, na verdade, a permanência da necessidade pública a ser satisfeita. [...]

Estão abrangidos não apenas os serviços essenciais, mas também compreendidas necessidades públicas permanentes relacionadas com atividades que não são indispensáveis. O que é fundamental é a necessidade pública permanente e contínua a ser satisfeita através de um serviço.

Já para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹³:

(...) contrato de prestação de serviços a serem executados de forma contínua não foi, acertadamente, conceituado pelo legislador, mas segundo a majoritária doutrina, são aqueles em que a execução se potrai no tempo e cuja interrupção trará prejuízos à Administração. Não apenas a continuidade do desenvolvimento, mas a necessidade de que não sejam interrompidos, constituem os requisitos basilares para que se enquadrem como prestação de serviços a serem executados de forma contínua.

O advogado Ivan Barbosa Rigolin¹⁴ conceitua o serviço contínuo ou continuado como:

aquela espécie de serviço que corresponde a uma necessidade permanente da Administração, não passível de divisão ou segmentação lógica ou razoável em unidades autônomas, nem módulos, nem fases, nem etapas independentes, porém prestado de maneira seguida, ininterrupta e indiferenciada ao longo do tempo, ou de outro modo posto à disposição em caráter permanente, em regime de sobreaviso ou prontidão.

Joel de Menezes Niebuhr¹⁵, entende que serviços contínuos

caracteriza-se pela obrigação de fazer. Aliás, essa é a distinção fundamental entre serviços e compras. Os serviços revelam obrigação de fazer ao passo que as compras desenham obrigação de dar. Ocorre que há muitos contratos de fornecimento contínuo, isto é, de compra de coisas realizadas pela Administração de modo continuado, como

¹²JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. p. 698.

¹³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A duração dos contratos de prestação de serviços serem executados de forma contínua. **Boletim de Licitações e Contratos Administrativos**, São Paulo, n. 02, p. 49-57, março/1996.

¹⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Publicidade institucional é serviço contínuo. **Boletim de Licitações e Contratos Administrativos**, São Paulo, n. 12, p. 240-252, maio/1999.

¹⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Paraná: Zênite, 2008. p. 457/458.

sucede com combustível, gêneros alimentícios, material de expediente e outros objetos. Tais contratos não se subsumem ao conceito de serviços contínuos porquanto, pura e simplesmente, não constituem serviços, porém compras. Em vista disso, tais contratos não podem ser prorrogados, pelo menos não com fundamento no inciso II do artigo 57 da Lei 8666/93.

E prossegue defendendo que serviços contínuos são os não eventuais. O referido autor¹⁶ advoga que

para qualificar serviço como contínuo não é necessário que o prestador do serviço realize algo em favor da contratante diariamente. Por exemplo, serviços de manutenção de bens móveis ou imóveis são qualificados como contínuos, muito embora não seja usual necessitar os préstimos do contratado diariamente. Então, a rigor, serviços contínuos são aqueles em que o contratado põe-se à disposição da Administração de modo ininterrupto, sem solução de continuidade. Em vista disso, pode-se dizer que, em regra, os serviços contínuos correspondem à necessidade permanente da Administração, a algo que ela precisa dispor sempre, ainda que não todos os dias.

Preleciona Diogenes Gasparini¹⁷, que serviço contínuo é

serviço de execução contínua, portanto é o que não pode sofrer solução de continuidade na prestação que se alonga no tempo. [...] Em suma, aquele serviço cuja continuidade da execução a Administração Pública não pode dispor, sob pena do comprometimento do interesse público.

Marçal Justen Filho¹⁸, ainda, lançando luzes sobre o assunto, ao traçar o fundamento lógico da norma, estabelece os motivos da existência do contrato de execução contínua, oportunamente merecendo transcrição. Assim:

A adoção da regra relaciona-se com dois motivos preponderantes. O primeiro consiste na inconveniência da suspensão das atividades de atendimento ao interesse público. [...] se a contratação fosse pactuada por períodos curtos, haveria ampliação do risco de problema na contratação posterior. [...]. Acabaria por multiplicar-se o custo da Administração: seria necessário departamento encarregado exclusivamente de realizar licitações para aquele objeto. Ademais os serviços prestados de modo contínuo teriam de ser interrompidos.[...] O segundo motivo é o da previsibilidade de recursos orçamentários. A Lei presume a disponibilidade de recursos para custeio dos encargos contratuais. Tanto mais porque os contratos de prestação de serviços não usam montar a valores que possam afetar a disponibilidades orçamentárias. Em princípio, qualquer que seja a distribuição de verbas na lei orçamentária posterior, certamente existirão recurso para pagamento dos serviços.

¹⁶ Ibid., p. 457/458.

¹⁷ GASPARINI, Diógenes. Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Continuado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 14, p. 688-700, junho/agosto 2002.

¹⁸ Ibid., p. 688-700.

A despeito desse entendimento doutrinário de que apenas os serviços contínuos é que são abrangidos pelo dispositivo em comento, o Tribunal de Contas do Distrito Federal ampliou a extensão do dispositivo para incluir também o fornecimento contínuo de bens, de forma a possibilitar a aplicação do regime jurídico dado aos serviços contínuos e, por consequência permitir a prorrogação. O entendimento do TCDF restou sedimentado em uma Decisão Normativa¹⁹, senão confira-se:

DECISÃO NORMATIVA Nº 03, DE 10 DE NOVEMBRO 1999

Dispõe sobre a interpretação extensiva do disposto no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso XXVI, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução/TCDF nº 38, de 30 de outubro de 1990, e tendo em vista o decidido pelo Egrégio Plenário, na Sessão realizada em 03 de dezembro de 1998, conforme consta do Processo nº 4.942/95, e

Considerando a inexistência de melhores alternativas, como exhaustivamente demonstrado nos autos do Processo 4.942/95, que possibilitem à Administração fazer uso do fornecimento contínuo de materiais;

Considerando o pressuposto de que a Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, não tem por objeto inviabilizar as aquisições de forma continuada de materiais pela Administração, nem foi esta a intenção do legislador;

Considerando que, dependendo do produto pretendido, torna-se conveniente, em razão dos custos fixos envolvidos no seu fornecimento, um dimensionamento do prazo contratual com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração;

Considerando a similaridade entre o fornecimento contínuo e a prestação de serviços contínuos, vez que a falta de ambos "paralisa ou retarda o trabalho, de sorte a comprometer a correspondente função do órgão ou entidade" (Decisão nº 5.252/96, de 25.06.96 – Processo nº 4.986/95);

Considerando a prerrogativa conferida a esta Corte no art. 3º da Lei Complementar nº 01, de 09 de maio de 1994;

Resolve baixar a seguinte DECISÃO NORMATIVA:

- a) é admitida a interpretação extensiva do disposto no inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, às situações caracterizadas como fornecimento contínuo, devidamente fundamentadas pelo órgão ou entidade interessados, caso a caso;
- b) esta decisão entra em vigor na data de sua publicação.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Decisão Normativa n. 3/1999. Dispõe sobre a interpretação extensiva do disposto no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DODF de 17.11.1999.

Normativamente, a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão²⁰ dispõe que a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG da Administração Pública Federal, em seu Anexo I dá a definição do que considera como serviço continuado:

I - SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente;

II - SERVIÇOS NÃO-CONTINUADOS são aqueles que têm como escopo a obtenção de produtos específicos em um período pré-determinado.

Depois de muito debate sobre o tema, o TCU decidiu que o conceito de serviço contínuo deve ser adaptado a cada órgão ou entidade. Assim deliberou ordenar que, com fundamento no art. 115 da Lei nº 8.666/1993, cada unidade baixe norma identificando seus serviços contínuos.

Conforme Manual Básico de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União²¹:

Serviços de natureza contínua são serviços auxiliares e necessários à Administração no desempenho das respectivas atribuições. São aqueles que, se interrompidos, podem comprometer a continuidade de atividades essenciais e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro. O que é contínuo para determinado órgão ou entidade pode não ser para outros. São exemplos de serviços de natureza contínua: vigilância, limpeza e conservação, manutenção elétrica, manutenção de elevadores, manutenção de veículos etc.

Em processo próprio, deve a Administração definir e justificar quais outros serviços contínuos necessita para desenvolver as atividades que lhe são peculiares.

Exemplo desse entendimento verifica-se na questão da aquisição de passagem aérea que, por certo, não é serviço contínuo para um órgão ou entidade que não a adquire com frequência e sua atividade-fim não está voltada para atividades que demandam deslocamento contínuo e frequente - Decisão 592/94, Decisão 409/94 e Acórdão 1386/05, todos do Plenário do TCU. Tampouco compra de combustível é serviço de natureza continuada para órgão que o adquire para abastecer frota de uso normal - Acórdão 1438/03 da Primeira Câmara.

²⁰ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa 02/2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços continuados ou não.

²¹ Brasil. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 772.

Por outro lado, é serviço contínuo a aquisição de passagem aérea, nos casos em que os deslocamentos aéreos se confundirem com as próprias atribuições essenciais do órgão ou entidade, quando forem necessidades permanentes - Acórdão 2682/05 da Primeira Câmara do TCU - , a exemplo do que ocorre com o Ministério das Relações Exteriores pois os deslocamentos é inerente à sua atividade.

Em razão disso é que o Tribunal de Contas da União exarou determinações para que o órgão ou entidade estabeleça processo próprio para determinar quais são seus serviços contínuos.

Destarte, a partir dos entendimentos acima expostos, os serviços contínuos, ou, no dizer da lei, serviços a serem executados de forma contínua, são aqueles não tópicos, não instantâneos, não eventuais, nem mesmo parcelados, mas aqueles desempenhados sem descontinuidade, de forma diária, e cuja interrupção ensejaria potenciais prejuízos ou transtornos a entidade contratante. Por essas razões é que se prolongam no tempo, caracterizando-se pela prática de atos reiterados num período mais ou menos longo. Trata-se de serviços prestados de maneira ininterrupta e indiferenciada ao longo do tempo.

Diferenciam-se dos demais serviços não continuados porque esses em geral se dividem em módulos, fases, etapas, segmentos ou partes, ou então correspondem a um escopo predeterminado e objetivamente limitado, enquanto que os serviços continuados são prestados sem esse fracionamento ou essa limitação de objeto.

Frise-se que serviços contínuos não são apenas esses que são desenvolvidos, faticamente, de modo ininterrupto, mas também aqueles em que a necessidade é, essa sim, permanente, e, deste modo, também permanente a prestação jurídica. Daí, os meios de satisfação dessa necessidade terem de estar permanentemente disponibilizados, para poderem ser usados pela Administração Pública.

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Equilíbrio Econômico-Financeiro Contratual – Princípio ou Regra

Objetiva-se, com esse tema, uma abordagem sucinta acerca da distinção de regra e princípio, na medida em que é bastante defendida pelo pensamento jurídico nacional a importância dos princípios de direito como espécie de norma e, neste contexto encontramos o equilíbrio econômico-financeiro.

Esse pensamento pátrio teve como influência juristas e jusfilósofos estrangeiros, dentre os quais se destacam Ronald Dworkin e Robert Alexy²², a quem não se poderia deixar de fazer referência por serem uns dos pioneiros a construir essa ideia, dando origem ao movimento do pós-positivismo.

O movimento surge em oposição ao positivismo jurídico, sistema orientado pelo pensamento kelsiano, segundo o qual um ordenamento jurídico apenas precisa de regras devidamente escalonadas em ordem hierárquica, sem qualquer consideração de ordem metajurídica.

Dentre as principais características do pós-positivismo, ou neopositivismo para alguns, destacam-se a importância dada aos valores, a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, considerada o valor constitucional supremo, por meio da consagração e respeito aos direitos fundamentais, e o caráter normativo atribuído aos princípios²³.

Para essa corrente, os princípios e as regras são espécies diversas do gênero norma jurídica, sendo ambos de caráter geral e abstrato e dotados de imperatividade.

A despeito desta distinção, ainda não há acordo quanto aos critérios para a caracterização dos princípios de direito e, notadamente, no que tange à sua diferenciação em relação às regras jurídicas.

De acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira e Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Ronald Dworkin prega a distinção dos princípios e regras a partir de um aspecto lógico, senão veja-se:

²² MAIA, Antônio Cavalcanti; NETO, Cláudio Pereira de Souza apud PEIXINHO, Messias (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 153.

²³ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008. p. 64.

Ambos (regras e princípios) estabelecem **standards** que apontam para decisões particulares relativas às obrigações jurídicas em determinadas circunstâncias, mas diferem quanto ao caráter da orientação que estabelecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Se os fatos que a regra estipula estão dados, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou então não é, caso em que nada contribuirá para a decisão²⁴.

Robert Alexy, embora o faça em contexto teórico diverso de Ronald Dworkin, também diferencia regras e princípios, sob o aspecto lógico ou qualitativo. Para o autor alemão, a distinção entre princípios e regras é mais bem evidenciada a partir dos caso de colisão entre as normas, já que os conflitos entre regras são solucionados com base nos aspecto de validade da norma, considerando-se os critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade, enquanto os conflitos entre princípios são solucionados a partir da ponderação quanto ao peso de cada princípios, consideradas as circunstâncias do caso concreto.

Quer dizer que, no conflito entre princípios, não há extinção do princípio de menor adequação valorativa à hipótese do caso concreto, mas tão-somente o seu simples afastamento, continuando o mesmo inserto no ordenamento jurídico vigente, podendo ser aplicado em outro caso concreto em que sua carga valorativa seja mais adequada.

Nesse raciocínio, as normas-princípio se caracterizam por estabelecerem uma diretriz a ser seguida, ainda que não apontem um único caminho para alcançar o ponto de chegada. As regras, pelo contrário, fornecem uma única opção, que não pode deixar de ser seguida.

Se duas regras fornecem soluções distintas para a mesma situação, certamente uma das regras é inválida. Esse fenômeno é chamado de antinomia e é solucionado com os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, de todos conhecidos.

Noutro norte, quando dois princípios apresentam soluções diferentes para o mesmo problema, uma vez que não há entre eles, em regra, hierarquia assim como foram promulgados ao mesmo tempo e possuem o mesmo grau de abstração, tem-se que a antinomia deve ser resolvida por meio da ponderação dos valores e interesses envolvidos, de acordo com o caso concreto. Deve-se prestigiar, em alguma medida,

²⁴ SILVA, Duarte. **A Estrutura Normativa das Normas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 9.

ambos os valores. Isso se dá por meio da ponderação e do princípio da proporcionalidade.

Sintetizando o esse assunto acerca dos critérios utilizados na distinção entre princípios e regras, pode-se concluir que,

Como característica das normas jurídicas em geral, a abstratividade está presente tanto nos princípios quanto nas regras, posto que de maneira estruturalmente diversa. O pressuposto fático das regras prevê inúmeros caso homogêneos, enquanto o dos princípios caracteriza-se pela possibilidade de abranger uma heterogeneidade de caso potencialmente suscetíveis de entrar na esfera de previsão. Por isso, costuma-se dizer que os princípios são mais abstratos que as regras.

Na concepção de Robert Alexy, a diferença entre princípios e regras não é apenas gradual, mas também qualitativa, sendo que a existência de regras com alto grau de abstratividade, inviabiliza a utilização deste critério. Para o Autor alemão, a diferença está no fato de que as regras suscitam apenas problemas de validade, enquanto os princípios, além da validade, suscitam ainda a questão da importância ou valor²⁵.

À vista dessa abordagem, é possível enquadrar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos como princípio de direito.

Com efeito, o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos tem raiz constitucional nos termos do artigo 37, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual as condições efetivas da proposta devem ser mantidas enquanto perdurar o vínculo contratual.

Na lição de Caio Tácito²⁶,

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato é, na expressão de Waline, “um direito fundamental” de quantos pactuam com o Estado, ou uma “norma fundamental da teoria dos contratos administrativos”, segundo De Soto. Constitui o “primeiro direito original do co-contratante da Administração”, esclarece Péquignot e deve ser respeitado como “elemento determinante do contrato”, conforme Laubadère.

O princípio visa, sobretudo, à correlação entre encargos e a remuneração correspondente de acordo como espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos e, especialmente, à concessão do serviço público.

À vista disso, havendo de conflito de normas relativo ao caso concreto, quanto à necessidade de preservação do equilíbrio contratual, não se poderá resolver sob

²⁵ NOVELINO, Marcelo. op. cit., p. 65.

²⁶ TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 201.

o aspecto do “tudo ou nada” como no conflito de regras, isto porque sendo o equilíbrio econômico-financeiro postulado constitucionalmente fixado, ele não pode ser retirado do ordenamento jurídico, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, sem ser, com isso, retirado definitivamente do ordenamento jurídico.

Também, quanto à forma de aplicação, a preservação do equilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo parece se delinear como princípio. Isto porque de acordo com as circunstâncias fáticas do caso concreto, a preservação da adequada relação econômico-financeira pode apresentar-se sob vários graus de concretização, podendo variar do total restabelecimento da dita relação até a manutenção do desequilíbrio, por simples acordo de vontade entre as partes contratantes.

Ademais, é oportuno mencionar o ensinamento de Manoel Messias Peixinho de que, quer esteja explícito na Constituição da República ou na legislação infraconstitucional, quer seja um princípio implícito, somente poderá ser caracterizado como cânone normativo, isto é, como princípio para a Administração Pública o postulado que objetive uma realização ótima da atividade administrativa, ressaltando ainda o professor que o princípio, no âmbito administrativo, será setorial, caso se relacione com um dos capítulos do Direito Administrativo²⁷.

Sendo a nossa ordem econômica, segundo dispõe o art. 170, *caput*, incisos II e IV, da Constituição da República, fundada na livre iniciativa, na propriedade privada e na livre concorrência, é fácil verificar a importância da manutenção da relação econômico-financeira para a sobrevivência econômica de qualquer contratante, principalmente para aquele que ajusta com o Poder Público, o qual detém as chamadas cláusulas exorbitantes.

Ante as referidas cláusulas exorbitantes a que tem direito a Administração Pública, detentora do indisponível interesse público, na execução do contrato administrativo, sobressai-se a importância da necessidade de preservação da adequada relação econômico-financeira, inicialmente pactuada, como suporte imprescindível para se atingir o objeto pretendido pela Administração Pública.

²⁷ PEIXINHO, Manoel Messias. **Princípios Constitucionais da Administração Pública: os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 452-543.

Assim, veremos a seguir as formas legais de preservação do equilíbrio econômico financeiro contratual.

2. Formas de preservação do Equilíbrio Econômico-Financeiro

São previstas pela Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 três espécies de alteração do valor contratual, a saber: reajuste (art. 40, inc. XI); atualização financeira em decorrência de atraso no pagamento (art. 40, inc. XIV, alínea “c”) e reequilíbrio econômico-financeiro (art. 65, inc. II, alínea “d”).

Sucintamente, são essas as hipóteses legais de alteração do valor contratual com vistas à manutenção da equação econômico-financeira. Vejamos, a seguir, tais institutos.

2.1. Reajuste

Não muito raro há confusão entre os institutos do reajuste e da revisão. Assim, Caio Tácito dedicou item especial em seus estudos à diferenciação entre a variação e revisão das tarifas, dizendo ter sido tendência no Direito francês, à época, a prevenção da álea econômica, compartilhada pelo Estado, mediante cláusulas contratuais de: variação ou cláusulas automáticas, ou revisão de preços e tarifas ou cláusulas de princípio, pelas quais a revisão é “obrigatória pela superveniência de fatores especificados”²⁸. Cuida de ressaltar que desde que as transformações econômicas ou outras causas inesperadas superem a mutabilidade estipulada nos contratos, “[...] o sistema de preços ou tarifas flexíveis não elimina [...] a utilização excepcional da teoria da imprevisão”²⁹.

Hely Lopes Meireiles também diferenciou revisão e reajuste dos preços. À luz dos seus ensinamentos, a revisão seria “uma recomposição dos preços ajustados, além do reajuste prefixado, [...] diante de circunstâncias e fatos imprevistos e imprevisíveis e estranho ao acordo inicial das partes”³⁰. Uma adaptação do preço a uma nova realidade, alterada por força de eventos supervenientes e extraordinários que venham repercutir de forma anormal na economia do contrato, “conduta que se impõe

²⁸ TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público**. In Temas de direito público. Estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 211.

²⁹ *ibidem*. p. 211.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 218-219.

diante da modificação das condições de execução do contrato ou de fatos supervenientes que agravem substancialmente os encargos do executor”³¹. Já o reajustamento surgiria do consenso inicial das partes para manter o equilíbrio econômico-financeiro durante sua execução normal. Seria a variação dos valores unitários ou de partes do valor global segundo critérios estabelecidos no próprio contrato, para atender às alterações do mercado, decorrentes da desvalorização da moeda ou pelo aumento geral dos custos para corrigir os efeitos da inflação presumida³². Eis a síntese de suas lições:

[...] o reajustamento contratual de preços e a recomposição de preços, embora distintos, inconfundíveis e independentes entre si, são apenas mecanismos mantenedores da equação econômico-financeira do contrato administrativo. O primeiro visa à manutenção do equilíbrio da correlação encargo-remuneração originariamente estabelecida, tendo em vista, principalmente, a desvalorização da moeda e a oscilação dos preços no mercado; a segunda é utilizada para restaurar o referido equilíbrio, desfeito pela interferência na execução do contrato de eventos gravosos, previsíveis e imprevistos pelas partes.³³

Leciona Hely Lopes Meirelles que, em função desta diferenciação entre os institutos da recomposição dos preços e do reajustamento contratual, a aplicação de um não justifica a exclusão do outro.

Esse entendimento é o dominante no Supremo Tribunal Federal que já decidiu admitindo a recomposição de preços em contrato de empreitada em que a entidade contratante provocou o retardamento na execução, decidindo que:

A aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* não importa na negativa de vigência do art. 1.246 do Código Civil, se ocorre no aumento imprevisto do surto inflacionário, depois de celebrado o contrato de empreitada e no prazo da execução das obras³⁴.

Mas além do Supremo Tribunal Federal, outras Cortes de Justiça, como o Tribunal Federal de Recursos, consideraram “lícito o pedido de reajustamento de preço de obra pública quando o custo dos materiais e da mão-de-obra aumentou de forma a alterar substancialmente as obrigações contratuais”.³⁵

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 251.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo. Estudos e pareceres de direito público VI: assuntos administrativos em geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 04-05.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Contrato Administrativo — Atraso no Pagamento. Estudos e pareceres de direito público VIII: assuntos administrativos em geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 99.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 85.714. Rio de Janeiro, 19 de junho de 1979.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo. Estudos e pareceres de direito público VI: assuntos administrativos em geral**. op. cit. p., 09-10.

A teor do art. 65, II, da Lei n. 8.666/93, a recomposição dos preços é feita hoje por simples aditamento. Mesmo que não se faça a recomposição dos preços durante a execução do contrato, tem o contratado direito de cobrar a indenização, administrativa ou judicialmente, depois da entrega do objeto, desde que reclamada no curso da execução do ajuste³⁶.

Lúcia Valle Figueiredo, da mesma forma, diz que quando alterada a equação econômico-financeira do contrato não divergem doutrina e jurisprudência no sentido de que a Administração deve recompô-la por meio de revisão de preço, que difere do reajuste do preço ao longo da execução do contrato.

O reajuste configura-se numa previsão inicial dos custos a maior. A obra é estimada em determinada quantia, devendo incidir sobre esta quantia percentuais corretivos da inflação. O ‘quantum debeatur’ não é alterado. Pelo reajuste, conserva-se Íntegro. De conseguinte, o reajuste não virá recompor a equação econômico-financeira quando desbalanceada por situações anômalas. Há, tão-somente, uma previsão da desvalorização da moeda. Consiste, pois, em atualização permanente da mesma.

[...]

Diferem, pois, reajuste e revisão de preço. Esta, a revisão de preço será atualizada para resolver os problemas atinentes à efetiva recomposição do equilíbrio financeiro³⁷.

Diógenes Gasparini, na mesma linha dos doutrinadores anteriormente citados, diferencia os dois institutos, dizendo que a revisão contratual tem seu fundamento legal no art. 65, II, “d” e § 6º, da Lei n. 8.666/93 e o reajuste, nos arts. 55, III, e 65, § 8º, da mesma Lei. São regras “[...] obrigatórias e de aplicação imediata, isto é, verificado o desequilíbrio, o reajuste e revisão [...] deve ser concedido”³⁸.

Marçal Justen Filho, da mesma forma, dedica item especial para diferenciar revisão, por ele denominada de recomposição, de reajuste, sendo este para compensar os efeitos normais das variações inflacionárias e aquela para compensar as alterações extraordinárias nos preços contratados, maiores do que a inflação verificada:

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, independente de circunstâncias meramente inflacionária. 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.

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. op. cit., p. 25 1-252.

³⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 451.

³⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 541.

Já o ‘reajuste’ de preços é uma solução desenvolvida a partir da prática contratual pátria. Convivendo em regime de permanente inflação, verificou-se a impossibilidade e a inconveniência da prática de preços nominais fixos. [...] Trata-se da alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias. O reajuste se baseia em índices setoriais vinculados às elevações inflacionárias quanto a prestações específicas. Já a atualização financeira se refere aos índices gerais de inflação. [...] as figuras têm o mesmo fundamento mas não a mesma natureza jurídica. Derivam do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo. Mas a recomposição de preços retrata a alteração de regras contratuais em virtude de eventos posteriores imprevisíveis e que alteram substancialmente o conteúdo ou a extensão das prestações impostas ao contratante. 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.³⁹

Lembra o autor, ainda, que não há impedimento quanto à cumulação da revisão e do reajuste nos casos em que as variações extraordinariamente elevadas ultrapassam largamente a variação dos medidores da inflação. “O particular poderia pleitear, além do reajuste, a recomposição de preços. A concessão do reajuste não exaure o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação”⁴⁰.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca a importância das cláusulas de reajuste diante das flutuações econômicas como tentativa de se manter equilibrado o contrato. As partes objetivam com as ditas cláusulas acautelar os riscos derivados das altas que normalmente ocorrem. Com isto, renegam a imutabilidade do valor fixo contratado adotando no próprio contrato o pressuposto *rebus sic stantibus*:

Dês que se enraizou a consciência de que não se vivia em um mundo estável, em economia liberta de surpresas, os contratos administrativos passaram a conter cláusulas de reajustes de preços. Como disse Bénóit, a Administração e seus contratantes, instruídos pela experiência, passaram a se premunir, no próprio contrato, contra as flutuações econômicas (ob. cit., p. 360). Pretendia,- consoante asserto de Waline - evitar para o futuro aplicação da teoria da imprevisão, e por isso mesmo chegaram a fixar cláusulas que formalmente excluía a invocação dela, fiados em que o reajuste contratualmente estipulado de revisão de preços obviaria o problema que por tal modo julgavam solver. Percebe-se, mesmo ao primeiro súbito de vista, que seu objetivo era assegurar na própria intimidade do contrato, a dizer, em seu bojo, a garantia absoluta do equilíbrio original estatuído, segundo a substância do ajuste. Destarte afastaram-se os percalços inerentes à invocação da teoria da imprevisão, quais ‘a ‘imprevisibilidade’ do evento e a exigência de ‘caráter vultoso no prejuízo’, traços componentes deste instituto até

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. p. 521.

⁴⁰ Ibid., p. 521.

os albores de sua última fase. Porém - como bem o disse Waline - desejava-se 'prever o imprevisível'. Ocorre, observa, o autor, citando frase de André de Maurois, que 'o inesperado sempre acontece'. Por isso Waline rematou: 'precisamente porque a indenização da imprevisão supõe a superveniência de acontecimentos que, por hipótese, as partes não haviam podido prever quando da conclusão do contrato, a jurisprudência houve por bem decidir que tais cláusulas, inseridas nos contratos, eram sem valor para o caso em que qualquer circunstância realmente imprevisível sobreviesse no interregno. Nenhuma cláusula de exclusão poderia jamais impedir o empreiteiro, por exemplo, de postular indenização por imprevisão quando ocorresse fato novo absolutamente imprevisível na data do contrato e subvertedor das previsões das partes'.

Pela cláusula de reajuste, o contratante particular e o Poder Público adotam no próprio contrato o pressuposto *rebus sic standibus* quanto aos valores então demarcados, posto que estipulam a revisão dos preços em função das alterações subseqüentes. E dizer: pretendem acautelar os riscos derivados das altas que, nos tempos atuais, assumem caráter de normalidade. Portanto, fica explícito no ajuste o propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira, na medida em que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avença, a atualização do preço.

Tal proceder, longe de insueto, tornou-se habitual, sendo de uso corrente e moente nos chamados contratos administrativos inclusive no exterior, conforme já averbado.

Parece claro a todas as luzes que nestes casos a intenção traduzida no ajuste é a de buscar a equivalência real entre as prestações e o preço. Em suma: o acordo de vontades, no que atina à equação econômico-financeira, em interpretação razoável, só pode ser entendido como o de garantir o equilíbrio correspondente ao momento do acordo, de sorte a assegurar sua persistência, prevenindo-se destarte o risco de que contingências econômicas alheias à ação dos contratantes escamoteiem o significado real das prestações recíprocas.⁴¹

Explicitado o objetivo das cláusulas de reajuste, isto é o de garantir a equação econômico-financeira, na medida em que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avença, a atualização do preço, o autor passa a analisar o problema dos índices oficiais adotados no contrato quando eles deixam de retratar a realidade buscada pelas partes na contratação, não compensando os efeitos inflacionários, senão veja-se:

Nos contratos administrativos com cláusula de reajuste este se reporta a índices oficiais que deverão reproduzir a real modificação deles. A Administração não é dado manipulá-los, ou por qualquer modo viciá-los em detrimento do contratante. Até porque, se atuar deste modo, estará se desencontrando com sua real finalidade e perseguindo interesses secundários assintônicos com os interesses públicos primários[...]

De outra parte, não se pode, obviamente, presumir que as partes adotem como pressuposto a descoincidência de índices oficiais com a real e efetiva alteração

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 592-593.

de preços. Interpretação desta ordem seria absurda e abusiva.

Absurda, pois implicaria admitir que o contratante estaria liminarmente abrindo mão do significado verdadeiro da equação econômico-financeira e se dispondo a sofrer prejuízo, quando a fixação de cláusulas de reajuste conduz exatamente a idéia e intenção contrárias, em ambas as partes. Abusiva, pois teria que se apoiar em presunção jurídica intolerável; qual a de atribuir, por antecipação, erro nos índices que ainda virão a ser estabelecidos por terceiro — e, no caso, um Poder Público. É um sem-sentido firmar como regra hermenêutica, como um a priori interpretativo, presunção de erro em atos públicos que ainda virão a ser praticados [...]

Exatamente pelas razões aduzidas, se e quando os índices oficiais a que se reporta o contrato deixam de retratar a realidade buscada pelas partes quando fizeram remissão a eles, deve-se procurar o que foi efetivamente pretendido, e não simplesmente o meio que deveria levar — e não levou — ao almejado pelos contraentes. Não padece dúvida de que os índices são um meio e não um fim. A eleição de meio relevado inexato não pode ser causa elisiva do fim, mas apenas de superação do meio inadequado. [...]

Por certo, o que se pretende em casos que tais é o óbvio: aquilo mesmo que se espera de uma cláusula de reajuste constante de avença administrativa; a saber: a mantença da equação econômico-financeira, de molde a salvaguardar o equilíbrio inicialmente estipulado. E é isto que deve, como um direito do contratante, conforme exposição anterior, ser deferido a ele.⁴²

Se os índices contratuais de reajuste que são um meio, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, para garantir a atualidade dos preços contratados, e assim o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato em face da variação da inflação mostrarem-se insuficientes para garantir a atualidade dos preços contratados, devem ser eles revistos ou afastados, para que se possa aplicar outro índice ou, eventualmente, outro mecanismo que efetivamente reflita, com precisão, a variação da inflação: “a eleição de meio relevado inexato não pode ser causa elisiva do fim, mas apenas de superação do meio inadequado”⁴³.

Outro aspecto sobre o tema em questão se relaciona aos índices de reajuste em face da nova política salarial. Alguns Tribunais entendem não se justificar a revisão dos preços quando insuficientes os índices contratuais para fazer face às variações de custos decorrentes de convenção coletiva ou dissídio coletivo do trabalho, porque tais variações seriam previsíveis e, portanto, dentro do risco da atividade comercial.

Como exemplo, citamos o parecer exarado pela Fiscalização Financeira do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, processo TC — 173717198, decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios na Apelação Cível 42.354/97, 5ª Turma Cível, relatora desembargadora Ana Maria Amarante, Apelação Cível 39.870/96,

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit. p. 593-595.

⁴³ Ibid., p. 595.

2ª Turma Cível, relator desembargador Haydevalda Sampaio e Apelação Cível 46.156/97, 5ª Turma, relatora Adelith de Carvalho Lopes

É certo, contudo, que as opiniões divergem a respeito. Vejam-se, pois, as lições de Marçal Justen Filho sobre a possibilidade de revisão do contrato quando o índice de reajuste contratual adotado ou fórmula se torna insuficiente em função de majoração de custos a partir da concessão pelo dissídio coletivo ou convenção coletiva do trabalho de benefícios que refujam às variações dos índices usuais

A grande dificuldade se passa com a imprevisibilidade dos índices inflacionários. 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 pressupõe inevitável elevação dos custos. Assim, por exemplo, aquelas contratações relacionadas a fornecimento de mão-de-obra, assujeitadas aos efeitos dos dissídios ou convenções coletivas. A cada ano haverá concessão de aumentos gerais para determinada categoria, o que refletirá nos preços do particular que se vale dos préstimos dos integrantes desse segmento. Se os aumentos retratarem as variações gerais de custos, com elevações previsíveis, o particular deverá arcar com eles. Afinal tinha o dever de prever a existência do dissídio da categoria e formular provisão para tanto. Se porém houver concessão de benefícios que refujam às variações dos índices usuais, o particular estará diante de situação imprevisível. Poderá pretender a recomposição de preços, em tais hipóteses⁴⁴.

Ora, uma vez insuficientes os índices ou as fórmulas adotadas no contrato para manutenção da atualidade dos preços, em virtude de variações extraordinárias dos benefícios concedidos aos empregados, fruto de convenção coletiva ou dissídio coletivo do trabalho, poderão eles ser revistos. Por óbvio, o contratado particular não terá incorporado em seus preços essa variação nos salários, ou seja, os benefícios concedidos a seus empregados. Pode-se pretender tenha ele previsto a variação que vinha ocorrendo nos últimos anos. Se, contudo, o percentual de majoração superar o dos últimos anos, não tendo o contratado previsto tal majoração, terá ele direito à recomposição de seus preços.

Florivaldo Dutra de Araújo, reconhecendo a possibilidade de revisão dos preços em função de reajustes salariais previstos em convenção coletiva do trabalho, ressalta que no Brasil:

[...] em função do modo do monopólio da representação das categorias profissionais e econômicas pelos respectivos sindicatos, previstos no art. 8, II, CF, a convenção coletiva de trabalho, apesar de ter a forma de contrato, possui conteúdo geral e abstrato, impositivo para todas as empresas e trabalhadores envolvidos, nos termos do art.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 374.

611 daCLT.

E, em “sendo acordo normativo, equivale para seus destinatários a uma disposição legal e assim deve ser considerada para efeito do art. 65, II, § 50, da Lei n. 8666/93”⁴⁵. O autor também diz que, embora o reajuste salarial da categoria seja fenômeno temporalmente regular, fato previsível, suas conseqüências são imprevisíveis,

[...] quer as estritamente salariais, quer as atinentes a outros encargos trabalhistas, [...] tanto em relação à sua futura existência, quanto à sua dimensão. Não há como saber ou pressupor de antemão se haverá reajuste salarial e qual o seu montante⁴⁶.

2.2. Atualização Financeira

A Lei n. 8.666/93, em seu artigo 40, inciso XI, vinculou o reajuste de preços ao período de execução da prestação. Em conformidade com este dispositivo, o reajuste retrataria a variação dos custos de produção da prestação, ocorrida no período entre a data prevista no instrumento convocatório para a apresentação da proposta ou do orçamento a que ela se referir até a data da execução da prestação, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais. Lembre-se que a equação econômico-financeira do contrato reporta-se às condições existentes na data-base de elaboração da proposta. Essa data-base poderá ser aquela prevista para apresentação da proposta ou, ainda, a data que o instrumento convocatório tenha definido como sendo a do orçamento, recaindo em um momento anterior a ela. Logo, “o reajuste de preços tanto pode retratar a inflação ‘padrão’ da economia brasileira como estar referida à elevação de preços de determinados insumos ou setores da atividade econômica”⁴⁷.

Já a atualização financeira trata-se de recomposição do valor nominal da moeda, incidindo a partir da execução da prestação 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 inflação⁴⁸.

Vale anotar que, a teor do art. 40, § 4º, da Lei n. 8.666/93, a previsão do

⁴⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Equilíbrio Econômico Financeiro nos Contratos Administrativos: Caso dos Reajustes Salariais**. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Org.) **Direito público moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 491.

⁴⁶ Ibid. p. 490.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O equilíbrio-financeiro dos contratos administrativos, a Lei a. 8.666 e o plano real**. Disponível em: <http://www.Zeflitec0mi~mF>. Acesso em: novembro 2011.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Reajuste de preços e garantias constitucionais**. Disponível em: <http://www.zenite.com.br/IDAF>. Acesso em: dezembro 2011.

reajuste e da atualização financeira dos preços contratados poderiam ser dispensados pelo edital nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com o prazo de entrega até trinta dias da apresentação da proposta. A atualização financeira seria dispensável no período compreendido entre a data do adimplemento da obrigação e a prevista para o pagamento, desde que não superior a quinze dias nos termos do inciso II do § 4º do art. 40 da Lei n. 8.666/93. E que o exíguo prazo poderia permitir ao particular estimar os efeitos da inflação sobre seus custos, evitando, assim, o rompimento da equação econômico-financeira.

Certo é que também nesses casos seria impossível suprimir o direito de o particular pleitear o reajuste e a atualização dos preços quando evidenciada a ruptura da equação. Também não só os índices oficiais das cláusulas de reajuste como também todos os demais índices fixados no contrato para fins de reequilíbrio contratual, como os índices estipulados para fins de atualização financeira, podem ser revistos ou afastados para que se possa aplicar outro índice ou, eventualmente, outro mecanismo que efetivamente reflita, com fidelidade, a variação da inflação.

Sobre a revisão do fator de atualização financeira para fins de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos que, como visto, protege o contratado dos efeitos da inflação, recompondo o valor monetário dos serviços desde a medição até o dia do efetivo pagamento, vejamos elucidativa decisão exarada pelo Juízo da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos do processo 1997.34.00.031.549-7:

Estabelecia o contrato então analisado pelo Juízo que as medições das obras e serviços seriam feitas no dia 25 de cada mês. Feita a medição, a Administração teria até dez dias úteis para elaborar o boletim que serviria de base para a emissão da fatura correspondente. A seguir, a Administração, com a fatura atestada, ou seja, verificados os serviços e seus respectivos preços, tinha mais nove dias úteis para efetuar o pagamento. O pagamento dos serviços realizados em um mês demandava, então, dez dias úteis para a emissão do boletim de medição e mais nove dias úteis a partir da apresentação das faturas. O prazo total era de vinte e cinco dias ou mais, considerados os dias úteis, os sábados, domingos e feriados.

A Administração determinou nos documentos editalícios que na taxa de BDI incorporada aos preços unitários fosse considerado um percentual de 9% para fazer face ao custo financeiro havido em função do prazo que decorria da execução dos serviços até o pagamento das faturas. Isso porque quando da elaboração dos documentos editalícios tomou-se como base a taxa de inflação medida pelo IGP-DI em abril de 1991, que era de 8,74%. Assim, quando da elaboração do instrumento convocatório, o percentual de 9% ao mês relativo ao custo financeiro era compatível com a inflação então vigente, repondo a perda financeira que ocorreria entre a data

do início de elaboração da medição e a data prevista para pagamento das faturas. Entretanto, o comportamento da economia nacional não foi o esperado. A inflação voltou a crescer, desbalanceando o contrato e impondo perdas ao contratado particular, haja vista que inflação real efetivamente verificada era superior àquela inflação pré-fixada de 9% ao mês.

Como o direito do contratado particular à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não foi reconhecido administrativamente, não lhe restou outra alternativa senão a de socorrer-se ao Poder Judiciário, que assim decidiu a questão (sentença exarada pelo Juiz Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária de Brasília, Doutor Rafael Paulo Soares Pinto, em 21.8.2001):

“Insurge-se [...], contra a União Federal, objetivando lhe seja pago a quantia correspondente à variação da inflação pelo índice contratual (IGP-DI divulgado pela Fundação Getúlio Vargas), entre a data da medição das obras e serviços e o vigésimo oitava dia subsequente, deduzido o percentual correspondente ao Fator de Atualização Financeira — FAF-9%, sobre os preços unitários objeto das planilhas fornecidas pelo órgão licitante (Ministério da Saúde), além da correspondente atualização monetária, incluindo os juros moratórios de 1% e 0,5% ao mês. [...] Informa que, entre outras imposições, o edital que originou o contrato fixou em 9% o FAF, tendo sido entretanto quebrado o equilíbrio econômico-financeiro nos anos de 92 a 94, em função dos elevados índices inflacionários. -

[...]

Mérito

O cerne da questão debatida nos autos cinge-se, em suma, à pretensão da autora em obter o pagamento dos valores correspondentes à atualização financeira do quantum contratado, pois o índice aplicado não fora suficiente para cobrir a inflação apurada nos anos de 92 a 94.

-

Razão lhe assiste.

A Ré, mediante o Ministério da Saúde, através de sua comissão especial de licitação, [...] informou [...] que a parcela de custo financeiro utilizada no PU's foi de 9% ao mês, levando os licitantes a entenderem de que seus gastos seriam os mesmos 9%.

Previu-se, assim, uma inflação de 9% ao mês. Ocorre, entretanto que os índices apurados de 92 a 94 foram superiores aos previstos, de modo a quebrar o equilíbrio contratado inicialmente. As condições fáticas que nortearam a contratação (realidade econômico-financeira do país) foram alteradas de modo a prejudicar, demasiadamente, a Autora.

[...]

Ex positis, [...] julgo procedente o pedido formulado na inicial, pelo que condeno a União à pagar à autora as diferenças devidas a título de atualização financeira [...].

2.3. Reequilíbrio econômico-financeiro

Para o Direito Administrativo, segundo Hely Lopes Meirelles⁴⁹, equilíbrio financeiro é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste.

Equilíbrio, na acepção vulgar, quer significar a igualdade absoluta ou aproximada entre forças opostas, no caso, os contratantes que defendem interesses opostos, embora possam unir-se para atingir objetivo comum.

O Direito, em nome da equidade, da moral e da justiça, garante ao contratado prejudicado a prerrogativa do reequilíbrio, desde que para o fato tenham concorrido alguns requisitos.

Logo, podemos conceituar o reequilíbrio econômico-financeiro como o direito conferido ao contratante de pugnar pelo retorno do *status quo ante*, da equação econômica inicialmente firmada, quando motivo extraordinário e extracontratual a tenha modificado.

Ressalte-se que o direito ao reequilíbrio é conferido, no âmbito do direito público, não somente ao administrado, mas também à Administração, que em nome do interesse público deverá exigí-lo.

No Brasil, a Constituição Federal garantiu o direito ao reequilíbrio, quando estabeleceu como princípio constitucional o processo licitatório, através do qual a Administração, salvo as exceções disciplinadas em lei específica, deve contratar as obras, compras e serviços. Dispõe o precitado dispositivo:

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.⁵⁰

Como se nota, a Constituição Federal, não explicitou o comando da garantia do reequilíbrio claramente, deixando o direito do contratado subentendido, quando dispõe que as condições efetivas da proposta deverão ser mantidas nos termos da Lei, conforme preceitua referido art. 37, XXI.

Tem entendido a Jurisprudência, todavia, que o princípio do reequilíbrio econômico-financeiro, previsto no art. 37, XXI da Carta atual é muito mais abrangente,

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. op. cit., p. 199.

⁵⁰ BRASIL. Constituição Federal. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

in verbis:

O preceito constitucional, inserto no art. 37, XXI da Lei Maior, obriga a inserção, nos contratos administrativos, de cláusula que estabeleça obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta. Tal preceito consubstancia, sem qualquer dúvida, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, o art. 175, da Constituição, deve ser compreendido na visão do preceito geral, inscrito no art. 37, XXI, do mesmo Estatuto Fundamental.⁵¹

A Lei nº 8.666/93 estabelece expressamente no art. 65, a possibilidade de reequilíbrio do contrato, na ocorrência de fato imprevisível ou previsível, bastando que deste último decorram conseqüências incalculáveis. A ocorrência do fato, entretanto, deve ser suficiente para retardar ou impedir a execução do que foi ajustado. Ressalte-se que, com essa previsão, retornou-se à aplicação original da cláusula *rebus sic stantibus*, a exigir somente a ocorrência de fato extraordinário que provocasse o desequilíbrio da relação firmada. O diploma legal em comento não exige nem mesmo o enriquecimento de uma parte em detrimento de outra. Simplesmente admite o reajuste se as conseqüências decorrentes do fato, que pode ou não ser previsível, retardarem ou impedirem a execução do que foi ajustado.

Eis o teor do dispositivo em comento:

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 parte 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 sobrevierem 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.⁵²

Note que o artigo 37, XXI, simplesmente, estabeleceu como garantia a manutenção das condições efetivas da proposta, nos termos da lei. Entenda-se aqui, a Lei nº 8.666/93, já que esse diploma regulamentou o texto constitucional.

Assim, para o art. 65, II, d, tem-se que o reequilíbrio econômico-

⁵¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região 1ª. Administrativo e Civil. Apelação Cível nº 110.063. Apelante: União Federal. Apelado: Transbrasil S/A Linhas Aéreas e outros. Relator: Juiz Vicente Leal, Brasília, DF28 de maio de 1992. Revista de Direito Administrativo, nº 190. Rio de Janeiro: FGV/Renovar, out./dez. 1992, p. 193.

⁵² BRASIL. Lei nº 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.

financeiro deve ocorrer 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.

Aqui deve ser chamada a atenção para o objetivo, apontado pelo legislador, a ser alcançado com a aplicação do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, que serve, também, como limitador desta garantia. A revisão somente poderá ocorrer para restabelecer a equação inicialmente firmada.

O dispositivo em análise estabelece as hipóteses em que o direito ao reequilíbrio do contrato pode configurar-se, quais sejam: 1) na ocorrência de: a) fatos imprevisíveis, ou b) fatos previsíveis de conseqüências incalculáveis, ou c) força maior; ou d) caso fortuito; ou e) fato do príncipe: 2) o fato seja suficiente para em relação à execução do ajustado: - retardá-lo, ou - impedi-lo; 3) o fato se configure como álea econômica extraordinária e extracontratual.

No que se refere a essas hipóteses que pode configurar o direito ao reequilíbrio financeiro do contrato tem-se que o fato imprevisível, em sentido literal, é aquilo que não se podia prever. O fato deve ser imprevisível à época da assinatura do contrato. Se após firmado o ajuste já era possível fazer essa previsão, não mais importará pois, pelo princípio da força obrigatória, não será mais lícito às partes desfazerem o contrato ou alterarem-no por vontade unilateral e risco de prejuízo.

Washington de Barros, seguindo a maioria doutrinária que defendia a teoria da imprevisão, explica que ela inspira-se “em razões de equidade e justo equilíbrio entre os contratantes; tem todavia, como pressuposto a imprevisibilidade e anormalidade do fato novo, profundamente modificativo da situação anterior”⁵³. Esse entendimento, todavia, no âmbito do Direito Administrativo, não tem mais razão de ser, já que a Lei de Licitações e Contratos também autorizou o reequilíbrio para os fatos previsíveis.

Quanto ao fato previsível, de conseqüência incalculável, é uma inovação do legislador pátrio, para aplicação do direito ao reequilíbrio. De acordo com a teoria da imprevisão, a alteração do contrato somente poderia ocorrer se o fato fosse previsto e imprevisível, ou seja, aquele que também não se podia prever.

Entretanto, observe-se que a letra do dispositivo traz os termos

⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das obrigações. Parte 2.** 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 5, p. 11.

retardadores e impeditivos no gênero masculino, concordando, pois, com os termos *atos imprevisíveis*, ou *atos previsíveis*, de *conseqüências incalculáveis*. Há aí uma ampliação do âmbito de aplicação do direito ao reequilíbrio que, de acordo com a teoria da imprevisão, somente poderia ser aplicado na ocorrência de fato imprevisível. Ressalte-se, todavia, que a imprevisibilidade é elemento que continua a ser exigido do fato previsível, não em relação ao próprio fato, mas agora em relação a suas conseqüências. Assim, o fato pode ser previsível, mas suas conseqüências, do modo como ocorreram, não.

Assim, mesmo que o fato tenha sido previsto ou pudesse sê-lo, se ocorrer com tamanha intensidade, suficiente a causar ao contrato conseqüências incalculáveis, será hábil a autorizar o reequilíbrio.

Ao autorizar o reequilíbrio do contrato, por fato imprevisível, bem como por fato previsível, de conseqüência incalculável, o legislador impôs um segundo requisito: que a ocorrência daqueles fatos fosse suficiente a impedir ou retardar a execução do contrato. Acrescentou, ainda, que o fato configure álea econômica extraordinária e extracontratual.

Já o caso fortuito e a força maior, conceituados por alguns doutrinadores como os fatos necessários e inevitáveis, servem de fundamento para a resolução involuntária de contrato, sem a penalização da parte que se vê obrigada a resolver o contrato. Tem aplicação na seara do direito privado, assim como na do direito público.

Ives Gandra dá-nos notícia da adoção dessa exclusão de responsabilidade já no século XIX antes de Cristo, quando o cânone 48 do Código de Hamurabi, previa:

Se um senhor tem uma dívida e o deus Adad inundou seu campo e destruiu sua colheita e os bens, e se por causa do flagelo o campo não produzir grãos, nesse ano não entregará grãos a seu credor; cancelará seu contrato e não pagará os juros desse ano.⁵⁴

Acerca da distinção entre caso fortuito e força maior, retrata-se o debate entre Demolombe e Marcabe. Para o primeiro, a força maior exprime a idéia de acidente da natureza, e o caso fortuito o fato do homem, como as guerras, violências e acidentes. Marcabe, por sua vez, faz a distinção dos dois fatos exatamente de forma oposta: para ele, o caso fortuito diz respeito às forças ininteligentes, enquanto que a força maior decorre de fatos de terceiros, entendimento compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça:

⁵⁴ MARTNS, Ives Gandra da Silva. **Questões de Direito Administrativo**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1999, p. 136.

(...) caso fortuito é 'o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes' enquanto a força maior é 'o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer', com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade.⁵⁵

Assevera Arnaldo Medeiros da Fonseca⁵⁶ que na última fase do Direito francês antigo, nenhuma diferença entre os dois institutos se vislumbrava. Eram simplesmente considerados fatos imprevisíveis e irresistíveis. O Código Napoleônico também não trouxe qualquer distinção entre os dois institutos, embora liberasse o devedor das perdas e danos pelo descumprimento da obrigação na ocorrência de um deles.

No Direito pátrio, Lacerda de Almeida defende a idéia de que o caso fortuito é gênero do qual a força maior é espécie. Enquanto o primeiro se apresenta como um sucesso previsto, mas fatal, como a morte, doença, a força maior é vista como o acontecimento insólito de impossível ou difícil previsão, a exemplo de uma inundação, um tufão, etc.

Baudry e Barde,⁵⁷ adotando o conceito de Vimio, esclarecem que a força maior é o evento que não se possa prever, ou ao qual não se possa resistir se houver sido previsto. No mesmo sentido, ainda, Lacerda de Almeida expõe que caso fortuito é o acontecimento que a inteligência e a força humana não podiam prever nem evitar; ou pelo menos, o fato que se não podia prever, ou que previsto, não se podia evitar.

Para Solimom Morcos, para liberação do devedor do cumprimento da obrigação, “o que se exige para a caracterização do caso fortuito ou de força maior é, em síntese, não só que o evento torne impossível a execução da obrigação, mas também que ele não seja imputável ao devedor”.⁵⁸

Entendimento compartilhado por Paulo Luiz Netto Lôbo, para o qual “não se insere no conceito de caso fortuito e força maior a imprevisibilidade. O fato poderia ser previsível, mas sua ocorrência não poderia ser evitada ou impedida pelos figurantes do negócio jurídico [...]”⁵⁹.

Nosso Diploma Civil pátrio, conceitua o caso fortuito e a força maior no

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. RESP n.º 258707/SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, DF, 22 de agosto de 2000. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 set. 2000. Seção 1, p. 00111.

⁵⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 15.

⁵⁷ Id., 1958, p.15.

⁵⁸ Id., 1958, p. 44.

⁵⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das Obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 79.

parágrafo único do art. 393, sem contudo fazer-lhes a distinção, como o fato necessário, cujos efeitos não fosse possível evitar, ou impedir⁶⁰. No caput do mesmo dispositivo, libera o devedor de responder pelos prejuízos resultantes dos dois institutos. Ressalva, entretanto, a possibilidade da não liberação no caso da responsabilização expressa do devedor, na ocorrência do caso fortuito ou força maior, ou se estiver em mora o devedor, na ocorrência dos fatos.

Na verdade os conceitos muito se aproximam. Ao disciplinar sobre os dois institutos no mesmo dispositivo e de forma tão conjunta, parece-nos que o legislador quis dar a ambos os termos o mesmo significado. Esse entendimento adotado pela maioria dos doutrinadores e refutado por outros como Silvio Rodrigues⁶¹, que ao citar Arnaldo Medeiros da Fonseca, lembra que o caso fortuito ou força maior possuem dois elementos: o primeiro subjetivo que representa a ausência de culpa, elementar ao caso fortuito; e o segundo, objetivo, que se constitui na inevitabilidade do evento.

Clóvis Beviláqua explica que o legislador preferiu reunir os dois fatos na mesma definição por ser indiferente indagar se a possibilidade de o devedor cumprir a obrigação procede de força maior ou de caso fortuito⁶².

No que diz respeito aos efeitos do caso fortuito e da força maior, ressalte-se que o efeito principal seria a isenção de responsabilidade imputada ao contratante que sofreu com a ocorrência do fato e deixou de cumprir o avençado. Mas, conforme esclarece Beviláqua, esse efeito poderá ser mais ou menos extenso, ou simplesmente retardar o cumprimento da obrigação isentando o devedor da mora.

Se a impossibilidade de cumprir a obrigação é completa, o devedor fica inteiramente livre; a obrigação se resolve. Se, porém, o impedimento é parcial, o credor poderá obter, segundo a natureza e o fim do contrato, o cumprimento do que for útil.⁶³

No caso dos contratos administrativos, ambos são fatos ensejadores do desequilíbrio, autorizando, pois, o reequilíbrio para adequação da equação econômica ao pacto inicialmente firmado ou mesmo sua resolução.

Através do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro, busca-se a recomposição das condições iniciais do contrato, alteradas unilateralmente pela Administração. Importa ressaltar que esse direito continua garantido, podendo, da

⁶⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. D.O.U. 11 jan. 2002.

⁶¹ RODRIGUES, Silvio: Direito Civil . **Parte geral das obrigações**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 310.

⁶² MARTNS, Ives Gandra da Silva. op. cit. p. 136.

⁶³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 173/174.

mesma forma, ser exigido quando as condições contratuais forem alteradas, não pelo órgão contratante, mas pelo Estado de forma geral. Nesse caso, as novas normas impostas *erga omnes* afetam indiretamente o contratado, que não tinha possibilidade de prevê-las quando da celebração do contrato.

Essa situação é representada na seara do Direito Administrativo pela recomposição do equilíbrio do contrato, quando da superveniência do fato do príncipe, ou seja, atos da Administração, que direcionados a todos acabam implicando numa maior oneração daquele que foi contratado.

Na dicção do saudoso Hely Lopes Meirelles⁶⁴,

fato do príncipe é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo. Essa oneração, constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual, desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução, e, se esta for impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis.

Assim como o fato imprevisto e oneroso é que autoriza a aplicação da teoria da imprevisão, o fato do príncipe também pode ser considerado uma álea. “A doutrina distingue aquela álea desta, denominando-as, respectivamente, de econômica e administrativa, apesar de ambas refletirem na equação econômico-financeira do chamado contrato administrativo”.⁶⁵

A majoração da carga tributária é exemplo típico do fato do príncipe, se essa vier a afetar a equação econômica do contrato, dificultando o cumprimento da obrigação pelo devedor.

Frise-se que a oneração superveniente deve ser excessiva, de tal modo que impossibilite a prestação ou a torne sacrificante. A propósito, sustenta Diógenes Gasparini, que:

o gravame causado pela determinação deve ser de tal grandeza que dificulte sobremaneira a execução ou mesmo impossibilite a continuidade do vínculo. Se não for dessa natureza, nenhuma relevância tem para a ordem jurídica, nem sequer se presta para justificar a revisão do contrato. O contratado deve suportar os riscos normais do negócio em que está envolvido.⁶⁶

O Direito pátrio, que já consagrava no Decreto-lei n.º 2.300/8654, o fato

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 222.

⁶⁵ Id., 1996, p. 677.

⁶⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 395.

do príncipe, também o fez na Lei n.º 8.666/93, que estabelece no art. 65, § 5º, sem prejuízo no disposto na alínea "d", inciso II do mesmo dispositivo, que 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.

Ora, é regra de hermenêutica que a lei não contém palavras supérfluas e o dispositivo em comento nada mais exige que a alteração ocorrida na seara tributária repercuta no preço contratado e essa repercussão possa ser comprovada. Não exige a lei que a alteração seja sacrificante para uma das partes ou impossibilite o cumprimento da obrigação ou do vínculo contratual, o que também pode ser bastante subjetivo.

Marçal Justen Filho esclarece que:

é necessário, porém, um vínculo direto entre o encargo e a prestação. Por isso, a lei que aumentar a alíquota do imposto de renda não justificará alteração do valor contratual. O imposto de renda incide sobre o resultado das atividades empresariais, consideradas globalmente (lucro tributável). O valor percebido pelo particular será sujeito, juntamente com o resultado de suas outras atividades, à incidência tributária. Se a alíquota for elevada, o lucro final poderá ser inferior. Mas não haverá relação direta de causalidade que caracterize o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro.⁶⁷

José Cretella Júnior⁶⁸ estabelece como condições para a verificação do fato príncipe: a) a existência de um contrato em que a Administração seja parte; b) medida de poder público (lei, regulamento, decisão executória especial), cujo efeito rompa o equilíbrio do contrato; c) elemento de imprevisão, entendido no sentido seguinte de que se a medida de poder público intercorrente estivesse nas previsões das partes, no ato de contratar, não há possibilidade de indenização, no momento em que se realiza.

Assevera com propriedade Lúcia Valle Figueiredo⁶⁹ que

o fato do príncipe, ou fato da administração, também obriga à reparação integral, pois determinações ou comportamentos da Administração não podem modificar a equação econômica do contrato, que deverá permanecer intangida ao longo de toda a pactuação.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. op. cit. p. 556.

⁶⁸ CRETILLA JUNIOR, José. Teoria do "Fato do príncipe". **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 75, p. 26, jan./mar 1964.

⁶⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Extinção dos Contratos Administrativos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 101.

Em conclusão, cabe trazer à baila ponto conclusivo de trabalho do professor José Cretella Júnior sobre o fato do príncipe:

o direito à indenização, sempre possível quando ocorre o fato do príncipe, constitui a mais importante aplicação da conhecida teoria da equação financeira, que explica o equilíbrio econômico que deve reinar entre as partes contratantes e sua conseqüente restauração, quando alterado, momentaneamente.

Outra questão que não pode deixar de ser suscitada, encontra-se no direito de rever os preços, também para menos. E esse se apresenta para a Administração, não como uma prerrogativa, mas, uma imposição, em nome do interesse público. O dispositivo, ao tratar da extinção, criação ou majoração dos encargos, refere-se à alterações para mais ou para menos, ao que aduz Leon Frejda Szklarowsky:

Não se trata de mera faculdade, como poderia parecer, em singela análise. O legislador, certamente, posicionou esta hipótese, isoladamente, para chamar a atenção, em virtude de sua importância e, tal qual, no caso de alteração unilateral do contrato (§ 6º do art. 65), o legislador impõe (usa o verbo implicar, que significa importar, trazer como conseqüência, provocar, originar, causar - Dicionário Aurélio), a revisão para mais ou para menos, conforme o caso.

Em conseqüência, a Administração é obrigada a fazer a revisão, se houver, por exemplo, a extinção ou alteração, para menos, de encargos ou de tributos, já que, omitindo-se, estará causando prejuízos para o Erário ou para a entidade respectiva. Deverá, então, por meio dessa alteração, diminuir o valor do contrato. É uma ordem - um poder - dever, não uma faculdade.⁷⁰

Exige a lei, ainda, que o fato previsível ou imprevisível, a força maior, o caso fortuito ou o fato do príncipe, configurem álea econômica extraordinária e extracontratual.

Na acepção vulgar, álea quer dizer probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro. Designa, segundo a linguagem jurídica⁷¹, tudo o que se pretende ao acaso ou ao jogo da sorte. É sempre fundada na sorte, nos azares ou no acaso.

Sérgio de Andréa Ferreira⁷² estabelece a diferença entre álea ordinária e extraordinária, como sendo a primeira caracterizada pelo risco do lucro maior ou menor, ou, até mesmo, do prejuízo, que corre por conta de quem exerce a atividade comercial ou industrial, enquanto a segunda, como decorrência das alterações da conjuntura

⁷⁰ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Alteração dos contratos administrativos. Revisão contratual - teoria da imprevisão. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 74, p. 56, out/dez 1997.

⁷¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.128.

⁷² FERREIRA, Sérgio de Andréa. O reajustamento dos preços contratuais em face do Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, e legislação ulterior. **Revista de Direito Administrativo**, n. 167, Rio de Janeiro, p.27, jan./mar. 1987.

econômica, basicamente da inflação, que rompe o equilíbrio financeiro do contrato, equilíbrio esse que precisa ser restabelecido.

Assim, para a configuração do direito ao reequilíbrio, será necessário que esses fatos não sejam: certos; advindos das ingerências contratuais; comuns ou normais e mais, que o fato anormal, imprevisto, seja extracontratual, ou seja, estranho aos deveres e direitos contratuais e que represente ocorrência aleatória, sujeita ou não a acontecimento, independente da vontade das partes, capaz de impingir conseqüências à equação econômica do contrato. Se isso não ocorrer, não há que se falar em desequilíbrio.

A onerosidade excessiva é pré-requisito à aplicação da teoria da imprevisão. Para a aplicação do reequilíbrio econômico, entretanto, não foi exigida textualmente. Não obstante, o sentido pode ser extraído da alínea "d", inciso II, do art. 65, da Lei n.º 8.666/93, quando exige que o fato ocorrente retarde ou impeça a execução do ajustado e configure álea econômica.

Para a grande maioria dos doutrinadores, a onerosidade excessiva é requisito essencial para a configuração do direito ao reequilíbrio econômico dos contratos administrativos.

É preciso, ainda verificar o real significado da expressão onerosidade excessiva.

Arnoldo Medeiros da Fonseca⁷³, ao concluir sua monografia sobre caso fortuito defendia a idéia de que o lucro inesperado e injusto do credor, deveria exceder a um quinto do valor normal da prestação a que teria direito. Segundo o renomado autor, o *quantum* por ele fixado era resultado de disposições análogas do direito positivo pátrio.

Ives Gandra, por sua vez, admite a desnecessidade da impossibilidade material do cumprimento da obrigação, bastando provar-se a ocorrência do enriquecimento sem causa da outra parte, como afronta à própria justiça do contrato: “mais do que a impossibilidade material do cumprimento da obrigação, a justiça pactual é que impõe o reequilíbrio, para evitar enriquecimento imerecido de uma parte contra o prejuízo injustificado de outra”⁷⁴.

O fato é que a teoria da imprevisão veio preencher uma lacuna no

⁷³ FONSECA, Arnoldo Medeiros. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 332.

⁷⁴ MARTNS, Ives Gandra da Silva, op. cit. p. 138.

Direito, impingindo maior equidade à seara contratual. Não seria justo continuar obrigando o contratante, já sacrificado pela oneração excessiva das prestações, por fato imprevisto, simplesmente por que mantém ainda condições de continuar cumprindo suas obrigações, ainda que com sacrifício. No mesmo sentido, Arnaldo Fonseca:

A exigência de impossibilidade absoluta ou objetiva de executar para que o caso fortuito libere o obrigado, não nos conduz a negar a influência que acontecimento imprevisto, acarretando impossibilidade subjetiva, ou mesmo onerosidade excessiva da prestação, possa ter no domínio contratual de modo a ser o devedor, em tal caso, exonerado das obrigações assumidas, ou atenuarem-se as suas conseqüências.⁷⁵

Afirma Othon Sidou que

[...] na teoria revisionista não há ausência de participação do obrigado, porque a impossibilidade de executar é resultante de circunstância de que ele participa, e não resultante de um fenômeno de todo exógeno; e não diligência frustrada de sua parte em cumprir a obrigação. É a diferença entre o poder fazer e não convir fazer. O contratante pode não estar impossibilitado de cumprir determinada prestação; entretanto, cumprindo-a e continuando a cumpri-la na forma do ajuste, observa simplesmente que estará arruinando seu patrimônio em favor de um lucro excessivo de seu credor, uma vez que está caracterizado um desequilíbrio entre prestação e contra-prestação, nunca resultante de um acordo de vontades no ato de contratar⁷⁶.

O reequilíbrio econômico-financeiro do contrato tem aplicação no âmbito do Direito privado, sob a roupagem da teoria da imprevisão. Aos contratos administrativos é ampla e principalmente aplicada, em decorrência da prerrogativa conferida à Administração de alterar unilateralmente os contratos. Admite Oscar Saraiva que essa dilatação da margem de aplicação da teoria da imprevisão no Direito Administrativo, deve-se ao fato de que os contratos de direito civil são executados em ambiente limitado e em tempo restrito, enquanto que os contratos administrativos “se dilatam em seu exercício, no tempo e no espaço, sofrendo mais, e por isso mesmo, as variações inerentes às mutações sociais”⁷⁷.

Carlos Pinto Coelho Motta assevera com propriedade que:

é característica essencial do contrato administrativo o equilíbrio econômico financeiro. Esta característica contrapõe-se às prerrogativas da Administração. As cláusulas econômico-financeiras

⁷⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros, op. cit. 197.

⁷⁶ SIDOU, Othon. **A revisão Judicial dos Contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p 107.

⁷⁷ SARAIVA, Oscar. Os contratos de empreitada e a aplicação da cláusula *rebus si stantibus* no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, p. 25, julho 1995.

não podem ser elididas.⁷⁸

Em tese, somente um fato extraordinário e imprevisível ao tempo da realização do contrato poderia ser suficiente para obrigar a Administração ao reequilíbrio do contrato. Com a edição da Lei n.º 8.666/93, que regulamentou o art. 37 da Constituição Federal, entretanto, o reequilíbrio passou a ser admitido também na ocorrência de fatos previsíveis, desde que de conseqüências incalculáveis, conforme já asserido.

Assim, seguindo o disposto no art. 65, II, d e, ainda, boa parte da doutrina, é correto afirmar que:

qualquer que seja a origem ou causa do fenômeno - previsível, imprevisível, força maior, caso fortuito ou, mesmo, fato do príncipe - sopesa-se-lhe ocorrência para que haja, de imediato, o resgate do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo⁷⁹.

Isto posto, autoriza-se o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato por fato imprevisível ou previsível, desde que de conseqüência incalculável, se, puder ser considerado extracontratual ou extraordinário, desde que seja suficiente ao impedimento ou retardamento do cumprimento do avençado. Por natureza, já são imprevisíveis, extraordinários e extracontratuais, a força maior, o caso fortuito e o fato do príncipe, o que não os exime, todavia, de se apresentarem como fatores impeditivos ou retardadores da execução do contrato. Portanto, se ocorrerem e não representarem dificuldade ao contratado não serão suficientes para autorizar o reequilíbrio.

2.4. Repactuação

O instituto da repactuação, como espécie do gênero reajuste *latu sensu*, como mencionado inicialmente, será abordado pelo tema do próximo capítulo ao qual remetemos.

⁷⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e contratos**. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 223.

⁷⁹ ALCOFORADO, Luis Carlos. **Licitação e Contrato Administrativo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 322.

A REPACTUAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL

Como visto em capítulo anterior, os contratos de prestação de serviços continuados revelam-se de fundamental importância para a continuidade das atividades administrativas, e, por isso, estendem-se por mais de um exercício financeiro. Celebrados com vigência inicial de doze meses, admitem a respectiva prorrogação até o limite de sessenta meses nos termos do art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93). Como exemplos dessa espécie contratual, citam-se os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, copeiragem, recepção, reprografia, dentre outros.

A contratação desses serviços é precedida de licitação, nos termos estabelecidos pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. No momento de apresentação da proposta, pela contratada, tem-se como estabelecida a relação de equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, a relação de equivalência entre o encargo definido pela Administração (serviços contratados) e o preço/remuneração (a proposta) ofertada pela licitante.

A manutenção desta relação, durante a execução do contrato administrativo, pode restar comprometida. Por isso, a Lei nº 8.666/93, como dito em linhas anteriores, prevê mecanismos capazes de garantir a manutenção deste equilíbrio econômico-financeiro: o reajuste dos contratos e a revisão para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro e a atualização monetária.

Neste contexto, insere-se a repactuação contratual, como espécie autônoma e diferenciada de reajuste, destinada à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de serviços de prestação continuada. A repactuação contratual, suas hipóteses de cabimento e pressupostos normativos constituem objeto do presente capítulo. Além disso, pontuaremos as recentes decisões do Tribunal de Contas da União, retratadas nos Acórdãos nºs 1.827/2008 e 1.828/2008, ambos do Plenário daquela Corte, que expõem a orientação predominante do Tribunal nesta matéria, bem como as orientações traçadas no Parecer AGU/JTB nº 01/2008, que acabaram por uniformizar os entendimentos da área consultiva da Advocacia-Geral da União.

1. Natureza Jurídica

Especificamente para os contratos administrativos de serviços contínuos na esfera federal, o Decreto n. 2.271/97 e a Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 02, de 30 de abril de 2008, que revogou a IN MARE n. 18/97, prevêm a possibilidade de repactuação de preços como mecanismos para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Não é demais ressaltar que não se submetem à IN SLTI/MP n° 02/2008 os órgãos do Poder Judiciário, Poder Legislativo e Ministério Público Federal. Evidentemente que tais órgãos podem seguir os parâmetros gerais disciplinados no referido ato normativo e incorporá-los nas respectivas legislações.

Assim, a repactuação só deve ocorrer nos contratos para prestação de serviços contínuos no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, e desde que preenchidos os requisitos previstos nos diplomas normativos acima citados.

Por outro lado, as empresas estatais devem observar a repactuação em seus contratos de prestação de serviços contínuos. Conforme assentado em decisão do TCU⁸⁰, o Decreto n° 2.271/1997, a par de se referir à Administração direta, autárquica e fundacional, estabeleceu em seu art. 9º que as contratações efetuadas por empresas públicas, sociedades de economia mista e demais empresas controladas direta ou indiretamente pela União, visando à prestação de serviços, deveriam ser disciplinadas por resoluções do Conselho de Coordenação das Empresas Estatais. Por meio da Resolução CCE n° 10/1996, esse conselho vedou a adoção de índices de reajustes nos contratos de prestação de serviços contínuos e estabeleceu que seus valores deveriam ser repactuados, tendo como parâmetros básicos a qualidade e os preços vigentes no mercado. Logo, ocorrendo variação dos custos desses serviços, as empresas estatais devem repactuar os valores contratados.

Seria a repactuação, assim, uma espécie de reajuste de preços, mas que não utiliza da aplicação de índices de preços, considerando, apenas, a alteração dos custos contratuais.

Essa diferenciação é explicada com clareza por Dalton Santos Moraes:

Ora, a repactuação de preços, apesar da sua característica de negociação bilateral, tem por finalidade adequar a relação econômico-financeira do contrato administrativo de serviços contínuos, tal como o reajuste de preços, diferenciando-se os institutos pelo meio utilizado para tanto e pela amplitude com que esses institutos são aplicáveis no âmbito federal. Enquanto o reajuste

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 1.374/2006, plenário, Brasília, DF. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 9 de agosto de 2006. D.O.U. 11.08.2006.

de preços aplica diretamente índices de preços, recaindo genericamente sobre contratos administrativos, a repactuação de preços aplica-se exclusivamente aos contratos administrativos de serviço contínuos, podendo considerar tão-somente a efetiva alteração dos custos contratuais, através de sua demonstração pela comparação entre planilhas de preços e custos inerentes à contratação.

Assim, não é demais frisar que a repactuação não se confunde com a hipótese de revisão/reequilíbrio econômico-financeiro, prevista no art. 65, alínea 'd', da Lei nº 8.666/93, mas representa um mecanismo autônomo que visa à manutenção da relação econômico-financeira do contrato.

No sentido de que a repactuação é uma espécie do gênero reajuste, veja-se o voto condutor do Acórdão nº 1.827/2008, Plenário, do Tribunal de Contas da União:

[...] a repactuação de preços não teria sido editada pelo Decreto nº 2.271/97 como figura jurídica autônoma, mas como espécie de reajuste de preços [grifo não consta no original], a qual, ao contrário de valer-se da aplicação de índices de preços, adota apenas a efetiva alteração dos custos contratuais. Desse modo, não há de se falar em inconstitucionalidade quanto ao aspecto previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal.⁸¹

Ainda segundo a Corte de Contas federal, no mesmo Acórdão nº 1.827/2008, a repactuação prevista no artigo 5º do Decreto nº 2.271/97 regulamenta os arts. 40, XI, e 55, III, da Lei nº 8.666/93, nos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua celebrados pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, quando expressamente prevista essa espécie de reajuste no edital.

2. Previsão Normativa

Essa garantia da manutenção da equação econômica-financeira foi assegurada constitucionalmente como um princípio fundamental dos contratos administrativos pelo artigo 37, XXI da Constituição da República de 1988.

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

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1827/2008, plenário, Brasília, DF. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 27 de agosto de 2008. D.O.U. 29.08.2008.

e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

Orientada pela norma constitucional a legislação pátria previu algumas forma de preservação do equilíbrio econômico-financeiro, dentre as quais o reajuste, nos termos do artigo. 40, XI e artigo 55, III:

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, o dia e a 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 da atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;⁸²

Regulamentando citados dispositivos, no âmbito da Administração Pública Federal, editou-se o Decreto n. 2.271/97 que previu a alteração do preço dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços de natureza contínua para adequá-los aos novos preços de mercado mediante a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos, denominando-a de repactuação.

Art. 5º. Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua, poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando à adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.⁸³

A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento disciplinou, por meio da Instrução Normativa SLTI/MPOG, de 30 de abril de 2008, estabelecendo requisitos necessários a sua concessão.

Art. 37. Será admitida a repactuação dos preços dos serviços continuados contratados com prazo de vigência igual ou superior a doze meses, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano.

⁸² BRASIL. Lei n.º 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.

⁸³ BRASIL. Presidência da República. Decreto 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:

I - da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório; ou

II - da data do orçamento a que a proposta se referir, admitindo-se, como termo inicial, a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a maior parcela do custo da contratação for decorrente de mão-de-obra e estiver vinculado às datas-base destes instrumentos.

Art. 39. Nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data da última repactuação ocorrida.⁸⁴

Estes são, portanto os fundamentos legais e o disciplinamento da repactuação dos quais se extraí seus requisitos que passaremos a abordar a seguir.

3. Requisitos

Como visto, o instituto da repactuação é regulado pelo Decreto nº 2.271/1997 e pela Instrução Normativa IN SLTI/MP nº 02/2008, regulamentação da qual podem ser extraídos seus pressupostos básicos. Mas também, merece atenção os entendimentos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, esposados, notadamente, nos Acórdãos nºs 1.827/2008 e 1.828/2008, ambos do Plenário daquela Corte bem como o posicionamento da Advocacia-Geral da União no Parecer AGU/JTB nº 01/2008, adotado pela Consultoria-Geral da União por meio do Despacho nº 452/2008 e pelo Advogado-Geral da União, em 26.02.2009 (DOU, seção 1, 06.03.2009).

Assim, passa-se a abordagem de seus requisitos básicos extraídos da legislação, normatização e entendimentos de decisões e pareceres.

3.1. Vigência contratual igual ou superior a doze meses

A repactuação somente é possível nos contratos cujo prazo de duração seja igual ou superior a doze meses e naqueles de execução continuada conforme já abordado anteriormente. O fundamento legal dessa exigência reside na Lei nº 10.192/01, a qual estabelece como nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

⁸⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa 02/2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços continuados ou não.

Não é outra, senão esta é a orientação do Tribunal de Contas da União:

32. [...] Outra distinção importante é que, diferentemente do que ocorre com o reajuste, a repactuação é aplicável exclusivamente naqueles contratos cujo objeto é a prestação de serviços executados de forma contínua.⁸⁵

Portanto, não se admite a estipulação de reajuste com periodicidade inferior a um ano. O prazo mínimo para reajuste, desde a Lei nº 8.880/94,5 não pode ser inferior a 12 (doze) meses, contados da forma definida no contrato.

3.2. Previsão editalícia

O direito do contratado à repactuação exige previsão no instrumento convocatório ou no contrato anexo. Tratando-se de uma espécie do gênero reajuste, cuja previsão no instrumento convocatório a Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas tornou obrigatória, deduz-se, como condição essencial para sua concessão, prévia regulamentação nesse instrumento ou no contrato anexo. É o que se depreende das disposições do art. 40, §2º, III, e art. 62, §1º, todos da Lei nº 8.666/93.

Não estando expressa no ato convocatório a possibilidade de repactuação e seus critérios, e não havendo impugnação ao edital e seus anexos, o preço será fixo e irremovível, presumindo-se que o contratado a ela renunciou. Também como ocorre no reajuste, assiste ao particular contratado o direito de não prorrogar o prazo de vigência contratual quando seus custos tornarem-se onerosos em virtude da ausência de cláusula de repactuação.

3.3. Interregno mínimo

Outro requisito diz respeito à observância de interregno temporal, requisito também presente no reajuste de preços, conforme preceituam o art. 55, III, da Lei nº 8.666/93, e o art. 3º, §1º, da Lei nº 10.192/01. Isto é, não é admitida a repactuação em período inferior a doze meses, a contar da data da proposta, ou da data do orçamento a que a proposta se referir, ou da última repactuação concedida.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1827/2008. op. cit.

Esta condição também está prevista no Decreto nº 2.271/97, que regulamenta a Lei nº 10.192/2001, bem como na Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 02, de 30 de abril de 2008.

A citada IN nº 02/2008, em seu artigo 38, traz também como referência para a contagem do prazo do anuênio a data limite para apresentação das propostas e a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente ou, ainda, a data da última repactuação.

O disciplinamento dado pela IN à repactuação assimilou entendimento cediço da Corte de Contas sobre o tema como se verifica do teor dos Acórdãos n. 1563/2004 e n. 477/2010, ambos do plenário.

A anualidade ainda foi objeto do Parecer AGU/JTB 01/2008, aprovado pelo Presidente da República nos termos dos artigos 41 e 42 da Lei Complementar nº 73/93, em caráter de parecer normativo que, por isso, vincula toda a Administração Pública Federal. Suas conclusões, sobre o ponto, lastreada também em entendimento do TCU (Acórdão 1828/2008 – Plenário), informam que no caso da primeira repactuação do contrato, o prazo de um ano para se requerer a repactuação conta-se da data da proposta da empresa ou da data do orçamento a que a proposta se referir, considerando-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 e, no caso das repactuações subseqüentes à primeira, o prazo de um ano deve ser contado a partir da data da última repactuação.

Portanto, tem-se que, em se tratando de repactuação de contratos de serviços continuados a anualidade é requisito a ser respeitado, sendo que conta-se da data da proposta, ou da data do orçamento a que a proposta se referir, considerando-se esta a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente ou, ainda, a data da última repactuação.

3.4. Demonstração analítica do aumento dos custos do contrato

Estabelece o art. 5º, caput, do Decreto nº 2.271/97 que a repactuação de preços será precedida de demonstração analítica do aumento dos custos do contrato.

Por conseguinte, a Administração somente poderá examinar o pedido de repactuação se este se fizer acompanhar de planilhas de custos e de formação de preços atualizadas, demonstrativas, em confronto com as planilhas que instruíram a proposta vencedora, quando da licitação ou da contratação direta, da efetiva repercussão dos eventos majoradores dos custos unitários do contrato.

Depreende-se que o pedido de repactuação tanto poderá ser deferido, quanto indeferido, ou deferido em termos diversos dos formulados, dependendo da comprovação da variação dos custos de produção havida no curso da execução do contrato, comprovação essa a cargo do contratado, mas sob o crivo da Administração.

3.5. Acordo ou convenção coletiva de trabalho

Quando o requerimento de repactuação recair sobre a majoração do salário normativo da categoria profissional empregada na execução dos serviços contratados, o acordo ou convenção coletiva de trabalho que majorou o referido salário normativo deverá ter os seus instrumentos juntados aos autos do processo. Havendo dúvida sobre a legitimidade desses documentos, deve a Administração diligenciar junto aos respectivos Sindicatos e/ou órgão do Ministério do Trabalho e Emprego.

De acordo com o art. 614 da Consolidação das Leis do Trabalho⁸⁶:

Os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acordo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos.

Acerca da validade e eficácia do registro da convenção ou acordo coletivo no órgão competente, decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, nos autos do processo 01619-2007-086-03-00-6-RO:

Ementa. Convenções coletivas. Registro perante o MTE. Eficácia. O registro da Convenção ou Acordo Coletivo de que cuida o art. 614 da CLT, perante o Ministério do Trabalho e Emprego, não é condição essencial à validade e eficácia do que foi livremente convencionado entre os Sindicatos das categorias profissional e econômica. A regra consolidada, de caráter meramente administrativo, refere-se ao registro dos instrumentos coletivos para fins de arquivamento junto

⁸⁶ BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

ao Ministério do Trabalho, não cominando de nulidade a norma que assim não se apresentar. A conclusão não poderia ser diversa, eis que não seria razoável se admitir que a parte que esteve legitimamente representada em ajuste coletivo discuta a exigibilidade daquilo que ela própria convencionou.

O procedimento para o depósito, registro e arquivamento do acordo ou convenção coletiva do trabalho, está previsto na Instrução Normativa nº 11, de 24 de março de 2009, expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

3.6. Custos não previstos originariamente na proposta

A planilha de formação de custos que serviu de base para a apresentação da proposta vencedora é o documento no qual devam estar todos os elementos formadores do valor contratual. Com base nestes elementos é que a Administração calcula o valor referente à repactuação. Assim, para o Tribunal de Contas da União, (Acórdão nº 1.563/2004, Plenário) qualquer outro custo não previsto na planilha de formação de preços não poderá ser objeto de avaliação, por flagrante desrespeito aos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo, que regem o procedimento licitatório.

É de se notar, entretanto, que a Instrução Normativa nº 2, de 30.04.08, do MPOG, prevê a possibilidade de se incluírem no cálculo da repactuação benefícios não previstos na proposta vencedora, desde que decorram de lei, sentença normativa, acordo ou convenção coletiva. Ilustra-se com a hipótese de a convenção coletiva tornar obrigatório o pagamento de auxílio alimentação, antes facultativo às entidades empregadoras.

3.7. Vantagem para a Administração e preços compatíveis com os de mercado

Um dos princípios da licitação é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração. Tal busca deve permanecer durante todo o prazo de vigência contratual, incluídos os períodos de prorrogação, objetivando que o valor contratual se mantenha nas mesmas condições da proposta vencedora e condizente com os preços atualizados praticados pelo mercado.

Segundo o Tribunal de Contas da União, “preço de mercado é o corrente na praça pesquisada”⁸⁷. Assim, recomenda que efetue estudo prévio dos preços unitários ofertados de modo a certificar a compatibilidade destes com os praticados no mercado local e, ao final, tomar-se por base aquele preço que se mostrar mais vantajoso para a Administração⁸⁸.

Vale ressaltar que, neste aspecto, quanto à contratação de serviços contínuos, mormente limpeza/conservação e vigilância, cumpre aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG) observarem se os valores repactuados respeitam os limites fixados, por portarias do MPOG, as quais atualizam os valores limites para a contratação e a repactuação desses serviços.

A Instrução Normativa nº 2, de 30.04.08, do MPOG, também disciplinou o assunto em seu art. 40, §2º, prevendo que a Administração deverá assegurar-se de que os preços contratados são compatíveis com aqueles praticados no mercado com vistas à garantir a continuidade da contratação mais vantajosa.

3.8. Manutenção das condições exigidas para habilitação

Pela a regra inserta no art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, extrai-se que é obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

A habilitação verifica se o licitante preenche os requisitos mínimos para contratar com a Administração, por isso que se apura previamente à contratação, ou seja, na fase externa do procedimento licitatório. Também por isso a lei exige a presença permanente dos mesmos requisitos durante toda a execução do contrato.

Ainda que tal regra não conste do termo de contrato, a Administração não se exonera do dever de verificar se os mesmos requisitos de habilitação, exigidos no instrumento convocatório, permanecem incólumes. Apurado que o contratado não mantém as mesmas condições inicialmente exigidas, haverá motivo para a rescisão contratual, com base nos artigos 78, I, e 58, II, da Lei nº 8.666/93.

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações contratos: orientações básicas. op. cit. p. 40.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 250/2005, plenário, Brasília, DF. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 16 março de 2005. D.O.U. 24.03.05.

3.9. Recursos orçamentários

A regra do inciso III do §2º, do art. 7º, da Lei nº 8.666/93, se aplica a todas as hipóteses de recomposição de preços. Isto significa que as alterações do valor contratual, decorrentes de reajustes, repactuações, compensações financeiras em virtude de atraso no pagamento e revisões serão efetivadas desde que haja previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento. Se saldo bastante não houver no elemento de despesa correspondente, a Administração deverá providenciar as suplementações pertinentes antes de apostilar ou aditar.

3.10. Impossibilidade de repactuação mediante aplicação direta de índices setoriais ou gerais

Nos contratos administrativos de prestação de serviços contínuos, celebrados pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, a repactuação deve seguir as diretrizes do Decreto nº 2.271/97 inseridas em seu artigo 4º segundo o qual é vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam a indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos.

A Administração, em obediência ao indigitado dispositivo, deve rejeitar qualquer possibilidade de repactuação de preços pela aplicação direta de índices de preços pré-fixados. Nos termos do art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93, o critério de reajuste do valor contratual deve retratar a variação efetiva do custo de produção. Quer dizer que a repactuação, espécie do gênero reajuste, deve efetivar-se mediante a comprovação analítica da majoração dos custos do contrato, a partir da planilha de formação de preços que serviu de base à apresentação da proposta vencedora, o que somente se viabiliza diante da variação que ocorreu depois da contratação, não antes dela.

3.11. Formalização

Para Lucas Rocha Furtado⁸⁹, a repactuação, sendo modalidade especial de reajuste do contrato, pode ser formalizada mediante simples apostilamento. Todavia, o Tribunal de Contas da União orienta que se formalize a repactuação por termo aditivo.

⁸⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 618.

“O termo de aditamento pode ser usado para efetuar acréscimos ou supressões no objeto, prorrogações, repactuações, além de outras modificações admitidas em lei que possam ser caracterizadas como alterações do contrato”⁹⁰. No Acórdão nº 1.827/2008, Plenário, a Corte⁹¹ decidiu que a repactuação de preços pode dar-se mediante apostilamento, já que o artigo 65, §8º, da Lei nº 8.666/93 faz essa alusão quanto ao reajuste. Contudo, orientou que não seria antijurídico e seria, inclusive, mais conveniente que fosse aperfeiçoada por meio de termo aditivo, uma vez que a repactuação tem como requisitos a necessidade de prévia demonstração analítica quanto ao aumento dos custos do contrato, a demonstração de efetiva repercussão dos fatos alegados pelo contratado nos custos dos preços inicialmente pactuados e, ainda, a negociação bilateral entre as partes.

A Instrução Normativa nº 2, de 30.04.08, do MPOG, que disciplina a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG), determina em seu artigo 40, § 4º que no caso de repactuação, será lavrado termo aditivo ao contrato vigente.

Pondera-se que a formalização da repactuação em apostila atenderia, superiormente, ao princípio da economicidade, uma vez que o apostilamento dispensa publicação na imprensa oficial, ao que se deduz do parágrafo único do art. 61, da Lei nº 8.666/93, o qual menciona, tão-somente, a publicação do resumo do contrato e seus aditamentos.

Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti⁹² argumentam que o apostilamento não seria o mais apropriado uma vez que na repactuação a Administração apura as variações de preços efetivamente ocorridas, podendo deferir ou não o pedido de repactuação e utilizar-se de preço ou condição que ajusta o contrato ao mercado. Senão vejamos:

Do ponto vista estritamente conceitual, contudo, essa não seria a solução tecnicamente correta. Embora espécie de reajuste, a repactuação deste se distingue exatamente por não adotar índice previsto no contrato, já que deve apurar as variações efetivamente ocorridas, fora do contrato, durante a execução. Ao repactuar, a Administração não se estará limitando a aplicar índices previstos no contrato - como no reajuste, por isso que desnecessário

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações básicas**. op. cit. p. 267.

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1827/2008. op. cit.

⁹² PEREIRA Júnior, Jessé Torres, DOTTI, Marinês Restelatto. Alterações do contrato administrativo: releitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, n. 88, abril 2009.

termo aditivo -, mas a verificar se houve, ou não, variação justificadora da repactuação, podendo, como retro exposto, indeferir o pedido de repactuação ou deferi-lo em termos diversos do requerido pelo contratado. Logo, ao repactuar, a Administração estará introduzindo no contrato preço ou condição que o ajusta ao mercado, que se alterou em relação à época em que se celebrou o contrato.

Em qualquer dos casos, a opção pelo apostilamento não exime a Administração de verificar a existência dos requisitos essenciais em análise.

Assim, o instrumento formalizador da repactuação - apostila ou termo aditivo - não poderá prejudicar tal avaliação, que envolve riscos e responsabilidades para os gestores públicos, devendo os seus elementos dessa avaliação constar dos autos do processo administrativo da contratação.

3.12. Retroatividade dos efeitos financeiros da repactuação

A questão dos efeitos financeiros da repactuação, decorrente da majoração do salário normativo da categoria inerente aos serviços contratados, é das mais polêmicas.

Há entendimento de que ditos efeitos devam retroagir à data da convenção ou acordo coletivo que fixou o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado.

Sustenta-se, em divergência, que, à falta de previsão legal, a retroatividade deva estender-se, no máximo, à data da solicitação da contratada, podendo, excepcionalmente, em vista de assincronismo entre a data-base da categoria e a celebração dos dissídios coletivos, retroagir à database, desde que exista cláusula contratual que assim preveja e que estipule prazo para a manifestação da contratada, a partir da publicação do acordo coletivo. Este é o posicionamento adotado pelo setor técnico do Tribunal de Contas da União, cuja manifestação é parte integrante do Acórdão nº 1.827/2008, Plenário.

Propõe-se, aqui, que os efeitos financeiros da repactuação de preços devem ter sua vigência reconhecida desde a data da convenção ou acordo coletivo que fixou o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo, desde que respeitado o interregno de doze meses entre a data do acordo ou convenção e a da concessão do direito à repactuação.

É que o contrato administrativo destina-se a suprir as necessidades da Administração, visando o interesse público, mas o contratado objetiva o lucro legítimo e inerente à sua atividade empresarial, lucro advindo da remuneração definida nas cláusulas pertinentes. Esse lucro há que ser assegurado desde os termos originais do ajuste e durante a sua execução, o que se dará por meio da preservação da relação inicial encargo/remuneração. Se, de um lado, a Administração tem o poder-dever de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares ou de serviço de seus contratos, por outro, ao contratado assiste o direito de ter mantida a equação econômico-financeira diante de situações específicas que passem a onerar o cumprimento do contrato, seja por decorrência de alterações unilaterais ou em resposta a elevações de preços que tornem mais onerosas as prestações a que o contratado se obrigou.

O direito à repactuação não pode ser manejado de forma a atingir objetivos inconciliáveis com os princípios regentes das relações contratuais, entre os quais o da vedação do enriquecimento sem causa, no caso, pela Administração em detrimento do particular contratado. Sendo a vedação ao enriquecimento sem causa um princípio geral de direito, deve ser observado pela Administração Pública na execução de seus contratos. Nesse sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁹³:

Enriquecimento sem justa causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um princípio geral de direito.

[...]

Igualmente felizes são as averbações de O. A. BANDEIRA DE MELLO ao anotar que tais princípios "se infiltram no ordenamento jurídico de dado momento histórico" ou que traduzem "o mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita ou costumeira" e ao ressaltar que são "as teses jurídicas genéricas que informam o ordenamento jurídico-positivo do Estado", conquanto não se achem expressadas em texto legal específico. No exemplário de tais princípios gerais, o autor menciona, entre outros, o de que ninguém deve ser punido sem ser ouvido, o do enriquecimento sem justa causa, o de que ninguém pode se beneficiar da própria malícia, etc.

Uma vez que o enriquecimento sem justa causa é princípio geral de direito - e não apenas princípio alocado em um de seus braços, público ou privado, como também já incorporado ao direito positivo brasileiro pela lei civil de 2002, art. 884 -, alonga sua aplicação ao direito administrativo.

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. v. 1. Forense, 1979. p. 406-407.

3.13. Retroatividade dos efeitos financeiros da repactuação segundo a Instrução Normativa nº 2, de 30.04.98, do MPOG

Diferentemente da Instrução Normativa nº 18, de 22 de dezembro de 1997, do então Ministério do Orçamento e Gestão (MOG), a Instrução Normativa nº 2, de 30.04.08, do atual MPOG, preocupou-se em estabelecer regras a respeito do início da vigência da repactuação. Uma delas permite que os novos valores contratuais, decorrentes das repactuações, tenham suas vigências iniciadas em data anterior à repactuação quando esta envolver, exclusivamente, o custo de mão-de-obra e estiver vinculada a instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa que contemple data de vigência retroativa, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras. A retroatividade, nessas circunstâncias, acompanhará a hipótese em que o acordo, convenção ou sentença normativa estabelecer data de vigência retroativa.

A regra do art. 40, §2º, III, da Instrução Normativa nº 2/08⁹⁴ estabelece que:

Art. 40. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços e do novo acordo ou convenção coletiva que fundamenta a repactuação.

[...]

§2º Quando da solicitação da repactuação, esta somente será concedida mediante negociação entre as partes, considerando-se:

[...]

III - o novo acordo ou convenção coletiva das categorias profissionais;

A Instrução Normativa nº 2/08, ao prever a possibilidade de que a retroatividade alcance a hipótese em que o acordo, convenção ou sentença normativa estabeleça data de vigência retroativa, está a autorizar que a retroatividade se inicie na data do acordo, convenção ou sentença normativa que tenha alterado os salários da categoria profissional atrelada ao contrato em execução. Decerto que se pauta pela

⁹⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa 02/2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços continuados ou não.

consagrada regra de hermenêutica - aquele a quem se permite o mais, não se deve negar o menos.

3.14. A posição da Advocacia-Geral da União acerca da repactuação contratual

O entendimento de que os efeitos financeiros da repactuação contratual devem incidir a partir da data do evento que ensejou a repactuação, isto é, data do novo acordo, dissídio ou convenção coletiva determinando majorações salariais da categoria profissional envolvida, foi acolhido pela Advocacia-Geral da União por meio da Consultoria-Geral da União, Despacho nº 452/2008, conforme esposado no Parecer AGU/JTB nº 01/2008.

O Parecer AGU/JTB 01/200829 fixou os seguintes posicionamentos, vinculantes no âmbito da Administração Pública Federal (Poder Executivo), suas autarquias e fundações públicas: a repactuação constitui-se em espécie de reajustamento de preços, não se confundindo com as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; por não estar vinculada a um índice financeiro predeterminado, a repactuação exige a demonstração analítica da variação dos custos dos componentes que integram o valor da contratação; a repactuação deve estar prevista no edital e, por consequência, no contrato de prestação de serviços de natureza continuada; a repactuação somente poderá ser efetivada após o decurso do prazo de 1 (um) ano; no caso da primeira repactuação, o prazo de 1 (um) ano conta-se da data da proposta da empresa ou da data do orçamento a que a proposta se referir. Considera-se como "data do orçamento" a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta; no caso de repactuações subsequentes à primeira, o prazo de 1 (um) ano deve ser contado a partir da data da última repactuação; os efeitos financeiros da repactuação, nos casos de convenções coletivas de trabalho, devem incidir a partir da data em que passou a vigor efetivamente a majoração salarial da categoria profissional; a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena de restar consumada a preclusão lógica do direito à repactuação, com base no novo acordo/convenção ou dissídio coletivo da categoria profissional envolvida na prestação dos serviços.

E restou assim ementado:

Repactuação - Repactuação como espécie de reajustamento - Termo a quo do prazo de 1 (um) ano para requerer a repactuação - Efeitos financeiros da repactuação - Termo final para requerer a repactuação

I - A repactuação constitui-se em espécie de reajustamento de preços, não se confundindo com as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

II - No caso da primeira repactuação do contrato de prestação de serviços contínuos, o prazo de 1 (um) ano para se requerer a repactuação conta-se da data da proposta da empresa ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo certo que, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta.

III - No caso das repactuações subseqüentes à primeira, o prazo de um ano deve ser contado a partir da data da última repactuação.

IV - A repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que se não o for de forma tempestiva, haverá a preclusão do direito do contratado de repactuar.⁹⁵

O Parecer AGU/JTB nº 01/2008, vinculante para a Administração Pública Federal do Poder Executivo, acolheu as orientações traçadas pelo Tribunal de Contas da União, nos Acórdãos nº 1.827/2008 e nº 1.828/2008, ambos do Plenário daquela Corte.

3.15. Preclusão lógica do direito à repactuação em face de termo aditivo de prorrogação contratual

Os contratos de prestação de serviços continuados, em regra, como visto alhures, excedem o exercício financeiro sendo prorrogados sucessivamente até o limite de sessenta meses consoante art. 57, II, Lei nº 8.666/93, satisfeitas as condições para a prorrogação. Cada prorrogação deve ser formalizada por meio de termo aditivo, assim como a repactuação conforme vimos em linhas anteriores.

Sendo assim, parte-se da premissa de que cada termo aditivo de prorrogação contratual caracteriza um novo contrato. O direito à repactuação surge quando ocorre um aumento dos custos contratados. A contratada deve, por isso, pleitear a repactuação antes de prorrogar o contrato em vigor. Se a contratada não pleitear de forma tempestiva a repactuação, e prorrogar o contrato sem realizá-la, ou ao menos, prevê-la expressamente no termo aditivo de prorrogação, ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar. Dar-se-á preclusão lógica, porque terá sido praticado um ato

⁹⁵ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer n. AGU/JTB 01/2008. Brasília, 02 out. 2008. D.O.U. Seção 1, 06 mar. 2009.

incompatível com a pretensão de repactuar, qual seja, prorrogar o contrato considerando os valores anteriormente fixados.

Para a Administração é de suma importância que esse pedido seja feito anteriormente à prorrogação do contrato, para que ela possa avaliar em que condições se dará a prorrogação, verificando se é mais vantajoso prorrogar o contrato ou realizar nova licitação. Admitir o contrário implicaria a quebra da previsibilidade orçamentária da Administração.

Este foi o raciocínio empreendido pelo Acórdão nº 1.827/2008, Plenário do TCU concernente à aplicação do instituto processual da preclusão lógica, a alcançar a retroatividade dos efeitos financeiros da repactuação.

A preclusão lógica, além de assemelhar o contrato a um processo, o que surpreende, já que o processo nada mais é do que a base física, jurídico-formal, em que se assenta o contrato, mas com ele não se confunde, entra em lide com outras estipulações do contrato. Veja-se que o termo aditivo de prorrogação, além de fixar novo período de duração do contrato, estabelece ainda, de ordinário, que as demais cláusulas manter-se-ão inalteradas para esse novo período, o que ratifica todas as cláusulas originais, entre elas a que identificou o evento a partir do qual a Administração está autorizada a repactuar.

A regra de que a repactuação será concedida após decorrido o interregno de doze meses, contados da data do orçamento a que a proposta se referir, assim considerada a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta e a estipulação de que essa condição mantém-se inalterada por força de disposição expressa no termo aditivo de prorrogação, confirma o direito à repactuação preexistente e a partir do evento fixado.

Se nem lei pode suprimir ou reduzir o direito à intangibilidade do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, garantido por norma constitucional (art. 37, XXI), muito menos pode fazê-lo a ausência de ressalva expressa quanto a esse direito em aditivo de prorrogação. Uma vez ocorrido o desequilíbrio econômico-financeiro, deve o direito socorrer a parte que suportou encargo superior ao previsto contratualmente. Na repactuação, o reconhecimento desse direito, contudo,

deve observar alguns requisitos, entre eles o interregno de doze meses entre a data da proposta, ou do orçamento a que a proposta se referir, e a sua concessão.

CONCLUSÃO

A repactuação contratual constitui uma espécie de reajuste, aplicável aos contratos de prestação de serviços de execução continuada, não sujeita a índices predeterminados, mas apenas à demonstração analítica da variação dos custos da contratação. Serviços contínuos são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente, tais como, recepcionista, vigilância, limpeza e conservação, dentre outros.

Enquanto instrumento autônomo de garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro desta espécie de contratação, ela não se confunde com a hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro, prevista no art. 65, alínea "d", da Lei nº 8.666/93, tampouco com a hipótese de reajuste propriamente dita, sujeita a índices financeiros predeterminados no edital e no contrato.

O direito à repactuação contratual apresenta fundamento legal nos arts. 40, XI, e 55, inc. III, da Lei nº 8.666/93 e constitucional no art. 37, inciso XXI, da CF/88. É regulado, no âmbito da Administração Pública Federal do Poder Executivo, suas autarquias e fundações, pelo Decreto nº 2.271/ 1997 e pela Instrução Normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão IN SLTI/MP nº 02/2008, regulamentação da qual podem ser extraídos seus pressupostos básicos como expressa previsão no edital e no contrato; vigência do contrato; interregno mínimo de um ano; adequação aos preços de mercado, ou seja, comprovação, segundo pesquisa de preços, de que os preços contratados permanecem vantajosos para a Administração; demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada; manutenção das demais condições iniciais da Contratação, o que inclui regularidade fiscal da contratada; e disponibilidade orçamentária do órgão ou entidade contratante.

Os contratos de prestação de serviços continuados, em regra, são objeto de sucessivas prorrogações. Cada termo aditivo de prorrogação contratual caracteriza um novo contrato. A contratada deve pleitear a repactuação, com base na majoração salarial decorrente de acordo coletivo ocorrido em momento anterior à prorrogação, antes de prorrogar o contrato em vigor. Se a contratada não pleitear tempestivamente a

repactuação, e prorrogar o contrato sem realizá-la, ocorrerá a preclusão lógica, porque terá sido praticado um ato incompatível com a pretensão de repactuar, consistente na ratificação dos valores até então vigentes. Esse entendimento foi esposado pelo Tribunal de Contas da União, nos Acórdãos TCU - Plenário nº 1.827/2008 e nº 1.828/2008.

Os efeitos financeiros da repactuação devem alcançar a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo que fixou o salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado, salvo se a contratada renunciar parcialmente a seus direitos. Da mesma forma, o prazo de um ano, nas repactuações que envolvam revisão do custo de mão de obra e estejam vinculadas a instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa que contemple data de vigência retroativa, deve ter como termo inicial a data do acordo, convenção ou dissídio. Este entendimento alinha-se ao disposto na IN SLTI/MP nº 02/2008, notadamente no art. 41, inciso III. A incidência deste dispositivo, entretanto, poderá ser afastada, se a contratada, ao firmar o termo aditivo de repactuação, aceitar que os efeitos desta passem a ter vigência da assinatura do respectivo termo aditivo.

A Advocacia-Geral da União perfilhando do mesmo entendimento esposado pelo TCU, nos Acórdãos TCU-Plenário nº 1.827/2008 e nº 1.828/2008, por meio do Parecer AGU/JTB nº 01/2008, assentou o entendimento de que os efeitos financeiros da repactuação, nos casos de convenções coletivas de trabalho, devem incidir a partir da data em que passou a vigor efetivamente a majoração salarial da categoria profissional, e a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena de restar consumada a preclusão lógica do direito à repactuação, com base no novo acordo/convenção ou dissídio coletivo da categoria profissional envolvida na prestação dos serviços.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Equilíbrio Econômico Financeiro nos Contratos Administrativos: Caso dos Reajustes Salariais**. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Org.) **Direito público moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ALCOFORADO, Luis Carlos. **Licitação e Contrato Administrativo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer n. AGU/JTB 01/2008. Brasília, 02 out. 2008. D.O.U. Seção 1, 06 mar. 2009.

BRASIL. Constituição Federal. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa 02/2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços continuados ou não.

BRASIL. Presidência da República. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. Presidência da República. Decreto 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

BRASIL. Presidência da República. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 85.714. Rio de Janeiro, 19 de junho de 1979.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU/Tribunal de Contas da União**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU,Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Dispõe sobre a interpretação extensiva do disposto no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DODF de 17.11.1999.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.827/2008, plenário, Brasília, DF. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 27 de agosto de 2008. D.O.U. de 29.08.08.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 250/2005, plenário, Brasília, DF. Relator: Ministro Marcos Vinicios Vilaça. Brasília, 16 mar. 2005. D.O.U. 24.03.05.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.374/2006, plenário, Brasília, DF. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 9 de agosto de 2006. D.O.U. 11.08.2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região 1ª. Administrativo e Civil. Apelação Cível n.º 110.063. Apelante: União Federal. Apelado: Transbrasil S/A Linhas Aéreas e outros. Relator: Juiz Vicente Leal, Brasília, DF28 de maio de 1992. Revista de Direito Administrativo, n.º 190. Rio de Janeiro: FGV/Renovar, out./dez. 1992.

CRETELLA JUNIOR, José. **Teoria do "Fato do príncipe"**. Revista de Direito Administrativo, n.º 75. Rio de Janeiro: FGV/Renovar, jan./mar.1964.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A duração dos contratos de prestação de serviços serem executados de forma contínua. **Boletim de Licitações e Contratos Administrativos**, São Paulo, n. 02, p. 49-57, março/1996.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. O reajustamento dos preços contratuais em face do Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, e legislação ulterior. **Revista de Direito Administrativo**, n. 167, Rio de Janeiro, p.27, jan./mar. 1987.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Extinção dos Contratos Administrativos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Continuado. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 14, p. 02, junho/agosto 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O equilíbrio-financeiro dos contratos administrativos, a Lei n. 8.666 e o plano real**. Disponível em: <http://www.Zeflitec0mi~mF>. Acesso em: novembro 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reajuste de preços e garantias constitucionais**. Disponível em: <http://www.zenite.com.br/IDAF>. Acesso em: novembro 2011.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das Obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Contrato administrativo**. Disponível em: <http://www.zenite.com.br/doutrina>. Acesso em: outubro 2011.

MARTNS, Ives Gandra da Silva. **Questões de Direito Administrativo**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1999.

MAZZOCO, Carlos Fernando. Duração do Contrato Administrativo. Disponível em: <http://www.institutozenite.com.br/doutrina>. Acesso em: outubro 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo. Estudos e pareceres de direito público VI: assuntos administrativos em geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Contrato Administrativo — Atraso no Pagamento. Estudos e pareceres de direito público VIII: assuntos administrativos em geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das obrigações. Parte 2.** 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 5.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo.** 2. ed. .v. 1. São Paulo: Forense, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e contratos.** 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 223.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo.** Paraná: Zênite, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Duração dos Contratos Administrativos.** Disponível em: <http://www.institutozenite.com.br/doutrina>. Acesso em: novembro 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Método, 2008.

PEIXINHO, Manoel Messias. **Princípios Constitucionais da Administração Pública. Os princípios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

PEREIRA Júnior, Jessé Torres, DOTTI, Marines Restelatto. **Alterações do contrato administrativo: reeleitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados.** Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 8, n. 88, abr. 2009.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Publicidade institucional é serviço contínuo. **Boletim de Licitações e Contratos Administrativos**, São Paulo, n. 12, p. 240-252, maio/1999.

RODRIGUES, Silvio: Direito Civil . **Parte geral das obrigações**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1991.

SARAIVA, Oscar. Os contratos de empreitada e a aplicação da cláusula *rebus si stantibus* no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, p. 25, julho 1995.

SIDOU, Othon. **A revisão Judicial dos Contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, Duarte. **A Estrutura Normativa das Normas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Alteração dos contratos administrativos. Revisão contratual - teoria da imprevisão. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 74, p. 56, out/dez 1997.

TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público**. In Temas de direito público. Estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.