ASPECTOS POLÊMICOS DA CLÁUSULA DE REAJUSTE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Flávio Amaral Garcia*

1. Nota Introdutória

A aplicação da cláusula de reajuste nos contratos administrativos ainda é objeto de diversas controvérsias, mormente pela freqüente confusão terminológica que se procede com relação aos institutos da revisão, da atualização monetária e da repactuação.

Daí porque, o objetivo deste estudo é abordar apenas as questões polêmicas que envolvem a matéria, fazendo-se necessário, em um primeiro momento, estabelecer brevemente os traços distintivos entre o reajuste e os demais institutos mencionados, avançando-se, posteriormente, nos seus aspectos controvertidos.

2. Do conceito de reajuste e a sua distinção para os institutos afins

Como notório, o equilíbrio econômico-financeiro[1] deve sempre ser assegurado nas relações decorrentes dos contratos públicos.

---

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Professor da Pós-Graduação de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e da Universidade Federal Fluminense.

[1]ARNOLDO WALD (*in* A Garantia do Contratado à Recuperação do Equilíbrio Econômico-Financeiro em caso de Inadimplemento contratual da Administração Pública, parecer publicado *in* Direito das Concessões vol 3. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p.79/80) estabelece distinção entre equilíbrio financeiro e equilíbrio econômico do contrato. Confira-se: "Assim, o equilíbrio financeiro é a garantia do cumprimento do *cash flow* (entrada firme e efetiva de fundos financeiros), inicialmente previsto, a fim de evitar que o particular seja obrigado a financiar a Administração, quando não haja convenção prévia nestes sentido. A norma legal significa que o particular deve receber *pari passu* os valores de que necessita para manter o equilíbrio entre as suas receitas (entradas) e as despesas necessárias para permitir a realização de obras (saída). Há, pois, nos contratos administrativos, uma obrigação do dono da obra (União, Estado, Município ou entidade da Administração Indireta, como a sociedade de economia mista), de origem constitucional e legal, de realizar os pagamentos no momento adequado e com os reajustamentos decorrentes da inflação, atendendo às efetivas variações do custo do dinheiro no mercado, ou do custo da construção, a fim de ser garantido o equilíbrio financeiro, que se impõe, especialmente nas épocas de depreciação acelerada da moeda. A equação financeira passou, pois, a significar a obrigação de pagar na forma contratual inicialmente fixada, sob pena de ressarcimento do *quantum* do principal, acrescido dos custos financeiros para garantia da manutenção do *status quo* contratual. Não o respeitando, a Administração desapropria o direito ao uso do dinheiro e só pode fazê-lo indenizando-o adequadamente. Assim, o pagamento dos custos financeiros representa, no caso, uma conseqüência necessária da intangibilidade da remuneração do contratado, que não pode ser onerado de forma não prevista nas cláusulas contratuais, devendo a Administração arcar com os encargos financeiros reais do empreiteiro. Já a equação econômica é a garantia da rentabilidade do contrato em seu aspecto global, assegurando ao particular, que contrata com a Administração, um direito adquirido ao lucro assegurado de acordo com a equação inicialmente pactuada. Assim, o dispositivo legal visa, basicamente, garantir a intangibilidade da remuneração do contrato, com a finalidade de não permitir que eventuais modificações determinadas pelo contratante ou mesmo medidas de política econômica mais gerais, notoriamente imprevistas, possam prejudicar a posição do particular. Com efeito, este último tem direito, conforme ressalta a doutrina, à imutabilidade da equação econômica do contrato."

Quando o licitante formula a sua proposta com base nos futuros encargos que será obrigado a assumir com a execução do contrato, se estabelece uma equivalência do ônus (obrigações a serem satisfeitas) e bônus (a justa remuneração pelos encargos a serem executados). É o que se convencionou denominar de equilíbrio ou equação econômico-financeira do contrato.

A matéria tem sede constitucional. Confira-se o teor do art. 37, XXI, da CF:

> *"Art. 37 -*
>
> (...)
>
> *XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento,* ***mantidas as condições efetivas da proposta****, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. "(o grifo não é do original)*

A proposta deve ser mantida em seu valor real durante toda a execução do contrato administrativo, não podendo as cláusulas afetas a economia do ajuste serem alteradas sem a concordância do contratado, a teor do disposto no art. 58, §1º, da Lei n.º 8.666/93.

Sucede que com o decorrer do tempo este valor real da proposta é naturalmente modificado, fazendo-se necessário o manuseio de instrumentos que se destinam a preservar aquela relação de equivalência traduzida na noção de equilíbrio econômico-financeiro; daí as figuras jurídicas da **revisão**, do **reajuste** e da **atualização monetária** e, recentemente, da **repactuação**, que apesar de não se confundirem nos seus pressupostos e fundamentos tem o mesmo objetivo: preservar o valor real das propostas ofertadas em momento pretérito.

É preciso, então, delimitar o alcance de aplicabilidade destes quatro instrumentos.

O **reajuste** tem por objetivo recompor o valor proposto pelo licitante em função do regime inflacionário da economia. Faz-se, portanto, uma indexação dos preços, com a prévia definição no edital e no contrato do índice a ser utilizado (como regra setorial para avaliar a variação dos custos naquele específico segmento do mercado). É, pois, um instituto destinado a preservar o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, "mantendo as condições efetivas da proposta", nos termos do art. 37, XXI, da CF.

A **revisão** implica na ocorrência de um fato extraordinário e superveniente que desequilibra excessivamente a relação de equivalência entre os encargos do contratado e a remuneração, impondo o restabelecimento da equação econômica posta no início da relação contratual. Independe, pois, de previsão expressa no edital e no contrato,

podendo ocorrer a qualquer momento. Não é qualquer alteração que ocasiona a revisão das bases inicialmente ajustadas, mas tão-somente aqueles fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis que onerem excessivamente uma das partes, situando-se na *álea* econômica extraordinária e extracontratual, conforme disciplina o art. 65, d, da Lei n.º 8.666/93. Assim, enquanto a revisão busca **recompor** a equação financeira do contrato, o reajuste tem por finalidade **manter** esta relação econômica nos mesmos parâmetros inicialmente ajustados.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO[2] ensina, com propriedade, que o reajuste atinge apenas o preço, com a finalidade de reequilibrá-lo. Já a revisão pode incidir sobre quaisquer cláusulas contratuais, como as que ajustem objeto, prazo e outras condições.

A **atualização monetária**, assim como o reajuste, também visa manter o valor nominal do contrato, compensando-se genericamente os efeitos da inflação; daí a utilização de índices gerais e não setoriais. Incide a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento, a teor do disposto no art. 40, XIV, c, da Lei n.º 8.666/93.

MARÇAL JUSTEN FILHO[3] estabelece a **distinção** entre **reajuste** e **atualização monetária**, esclarecendo a razão pela qual utilizam-se, respectivamente, índices setoriais e gerais. Confira-se o entendimento:

> "A diferenciação entre reajuste de preços e atualização financeira retratava a complexidade do fenômeno inflacionário, ou seja, não existia uma única inflação no Brasil. A desvalorização monetária produzia perdas variáveis e distintas nos diferentes segmentos da atividade econômica. A atividade de produção de um bem não podia ser tratada uniformemente com a situação do credor por valor monetário. Para executar um certo bem ou prestar um serviço determinado, o sujeito estaria sujeito a variação de custos das mais distintas. Portanto, admitia-se que o reajuste fosse produzido através de índices setoriais ou, mesmo, índices especiais produzidos pela conjugação de índices distintos. Mas, executada a prestação, as variações setoriais tornavam-se irrelevantes. O particular passava à condição de credor por prestação em dinheiro. Portanto, a atualização financeira seria calculada apenas em função dos índices gerais de inflação."

A **repactuação**, por sua vez, foi introduzida no ordenamento jurídico por intermédio do Decreto n.º 2.271, de 07.07.1997 e da Instrução Normativa MARE n.º 18/97, alcançando apenas os contratos administrativos que tenham por objeto serviços contínuos no

[2]Curso de Direito Administrativo, 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.171.
[3]Reajuste de Preços e Garantias Constitucionais. Informativo de Licitações e Contratos n.º 61, março de 1999, p.170.

âmbito da esfera federal. Portanto, Estados e Municípios estão fora da incidência dos referidos atos normativos, o que não significa dizer que não possam, por atos próprios, acolher sistemática semelhante.

Assim como o reajuste, a **repactuação**[4] visa a recompor as perdas inflacionárias que ocorrem no período de 12 (doze) meses. A diferença é que enquanto no reajuste adota-se um índice setorial, na repactuação deverá ser apresentada pelo contratado demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada, conforme prescreve o art. 5º do citado Decreto. Caberá, então, à Administração contratante examinar se a variação dos custos apresentada está de acordo com o mercado, procedendo-se, então, a repactuação[5] dos valores inicialmente ajustados.

Estabelecida a distinção conceitual entre os institutos, passa-se a examinar, pontualmente, as questões polêmicas afetas ao reajuste nos contratos administrativos.

3. Da Periodicidade Anual do reajuste. Da proteção da proposta

Como notório, com o advento do Plano Real a economia brasileira passou por um processo de estabilização monetária que permitiu a introdução de regra que autoriza a concessão do reajuste após o período de doze meses; afinal, neste novo cenário de estabilidade, a corrosão inflacionária que incide sobre a moeda não justifica mais a adequação dos preços a cada mês de execução contratual.

Atualmente, a matéria é tratada na Lei n.º 10.192, de 14.02.2001, com a sistemática adotada de proteger a **proposta** apresentada pelo licitante[6]. Confira-se, sobre o tema, os artigos do referido diploma legal pertinentes para tal análise:

> *"Art. 2º - É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.*
> *§ 1º - É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.*
> (...)

[4]Sobre o tema, vale conferir os ensinamentos de DALTON SANTOS MORAIS, *in* A Repactuação de Preços à luz do Princípio da Preservação do Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos de Serviços Contínuos na Esfera Federal *in* Boletim de Licitações e Contratos. Ed. Nova Dimensão Jurídica, fevereiro de 2004, p. 110-119.
[5]Para RENATO GERALDO MENDES E SIMONE MIQUELOTO (*in* Alteração do Critério Legal de Reajustamento dos Contratos Administrativos por meio de Atos Normativos expedidos no exercício de competência regulamentar – Questão de Pura Ilegalidade. Informativo de Licitação e Contratos. Ed. Zênite, p. 237-243), o Decreto n.º 2.271, de 07.07.1997 desbordou dos limites da lei quando vedou a indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos.
[6]Vale o registro que nem sempre foi assim. A Medida Provisória n.º 542, de 30.06.94, que foi convertida na Lei n.º 9.069/95, prescrevia que o reajuste deveria ser computado a partir da data da contratação. A modificação se deu com o advento da Medida Provisória n.º 1.171, de 27.10.95, que dispôs que a periodicidade se contaria a partir da data da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Art. 3º - Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993.
§ 1º - A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir."

O **direito ao equilíbrio econômico-financeiro** encontra-se garantido e preservado, na medida em que o prazo inicial para o reajuste conta a partir da data da apresentação da proposta **e não da assinatura do contrato.** Neste sentido, a legislação citada encontra-se em estrita consonância com o comando constitucional - que determina sejam mantidas as condições efetivas da proposta - e com o próprio art. 40, XI, da Lei n.º 8.666/9, *verbis*:

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

De fato, se assim não fosse, estar-se-ia não apenas descumprindo a norma constitucional como penalizando o contratado que ficaria com o período entre a formulação da sua proposta e a assinatura do contrato descoberto e sem nenhuma proteção que lhe garantisse a manutenção do valor original.

O Tribunal de Contas da União, na decisão TC-016.352/99, publicada no DOU de 02.07.02[7], expressa este entendimento: Confira-se trecho da decisão:

> *"É, portanto, totalmente procedente a pretensão do recorrente de continuar a fixar o termo inicial da periodicidade anual a partir da apresentação da proposta e deve ser excluída a determinação do TCU que prevê o contrário, por absoluta falta de amparo na legislação vigente."*

A formação dos custos inerentes ao preço a ser ofertado se dá no momento da formulação da proposta na licitação, como bem explica JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES[8]:

> *"Reconhecendo a valiosa contribuição do direito administrativo francês, o legislador brasileiro foi mais longe. Ao adaptar a norma à realidade nacional, não olvidou o grave drama decorrente da inflação. Assim, tomou por termo inicial o único momento em que o futuro contratante tem domínio do custo do processo produtivo: o tempo da elaboração da proposta."*

[7] *Apud.* Boletim de Licitações e Contratos n.º 12, de dezembro de 2002, p.841/845
[8] Reequilíbrio Econômico-Financeiro de Contrato após o Plano Real. Artigo integrante da obra Comentando as Licitações Públicas. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2002, p.180.

Observe-se que a adoção de sistemática distinta da atual, induziria a uma lógica perversa de majoração dos preços ofertados, eis que o licitante, já sabedor que o reajuste somente se iniciaria a contar da assinatura do contrato, possivelmente embutiria este risco no momento da elaboração da sua proposta.

Não há, sobre o tema, espaço para exercício de discricionariedade administrativa. Será ilegal cláusula editalícia ou contratual que discipline que o reajuste se inicia a contar da data da assinatura do contrato e não da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir.

4. Da possibilidade de reajuste dos preços nos contratos administrativos com prazo de duração inferior a um ano

Feitas estas considerações, a questão posta em exame é a seguinte: poderia o reajuste incidir mesmo nos casos em que o contrato administrativo apresente prazo de duração inferior a um ano?

A meu juízo, a resposta é positiva, ainda que, reconheça-se, a matéria comporte polêmica. Isto porque se a periodicidade anual conta-se a partir da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir e decorridos doze meses desta data, o reajuste será devido, ainda que o contrato tenha prazo inferior a um ano.

Imagine-se, por exemplo, um contrato de obra pública cujo prazo de execução é de 10 (dez) meses. Se a proposta é apresentada em **abril**, mas o contrato é assinado apenas em **setembro**, como negar ao contratado o direito de, em abril do ano subsequente, ter o direito de reajuste assegurado?

Ora, a Lei n.º 10.192, de 14.02.200 trata de normas financeiras aplicáveis aos contratos em geral, sejam públicos ou privados. Sucede que os contratos públicos apresentam sistemática distinta dos contratos privados, já que são, como regra, precedidos de licitação pública. E não se ignora que entre a data da apresentação da proposta no certame e da assinatura do contrato, pode decorrer tempo suficiente que desatualize o valor real originariamente ofertado.

Daí o legislador - frise-se inteligentemente - ter permitido o reajuste, observada a periodicidade anual, a partir da data da apresentação da proposta, pouco importando, nos casos dos contratos administrativos, que o seu prazo de duração seja inferior a um ano.

MARÇAL JUSTEN FILHO[9] parece confirmar esta linha de raciocínio:

[9] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª edição. São Paulo: 2002, p.462.

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

O que importa, pois, para os contratos públicos para fins de reajuste é a idéia de periodicidade anual e não de prazo de duração dos contratos, cuja noção é aplicável, a meu ver, apenas para os contratos privados.

Assim, é razoável que os editais de licitação e as minutas dos contratos administrativos incluam a previsão de reajuste mesmos nos casos dos ajustes com prazo inferior a uma ano, salvo nas hipóteses de compra para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, a teor do que dispõe expressamente o § 4º, I, do art. 40 da Lei n.º 8.666/93.

5. Do Termo inicial do reajuste. Da Data da Apresentação da Proposta ou do Orçamento a que esta se referir

Examinando a matéria sob a perspectiva dos citados dispositivos da Lei n.º8.666/93 e da própria Lei n.º 10.192, de 14.02.2001, percebe-se que o legislador admitiu **dois** marcos iniciais para início da contagem do prazo de reajuste: (i) o da data da apresentação das proposta; (ii) ou do orçamento a que esta se referir. Relevante notar que estes marcos se aplicam também nos casos de contratos oriundos de dispensa ou inexigibilidade de licitação[10].

O primeiro marco refere-se a data da apresentação da proposta, que é a data da **entrega** dos envelopes. Este é o entendimento de JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR[11]:

"A aleatoriedade da data de abertura dos envelopes de proposta, quando da instauração do prélio licitatório, associada ao prazo de validade de proposta, que se conta a partir da entrega dos envelopes, ou seja, da data prevista no edital ou na carta-convite (v. comentários ao art. 64, § 3º), faz crer que a data embutida neste inciso XI do art. 40 ("apresentação da proposta") ***é a da entrega dos respectivos envelopes, que deve vir indicada no edital consoante exige a cabeça do mesmo art. 40).*** *"(grifos nossos)*

[10]Veja-se, neste sentido, a orientação do Informativo de Licitações e Contratos n.º 77, julho de 2000, p. 594: "A contagem será idêntica, quer se trate de contrato decorrente de licitação, quer de dispensa ou inexigibilidade. Embora costumeiramente se use a expressão proposta de preços em referência a valores e demais condições ofertados nas licitações, em sentido lato o orçamento apresentado pelo particular interessado também constituiu uma proposta de preços, distinguindo-se, basicamente, pelo fato de não se destinar à disputa no certame. Será, igualmente, submetida à avaliação da Administração, juntamente com as demais que existirem, sendo eleita se for a melhor e preterida caso não o seja."

[11]Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 436.

O segundo, ou seja, "do orçamento a que a proposta se referir" se configura quando a proposta é entregue numa data, mas faz expressa referência a um orçamento anterior e pretérito, que seria o momento no qual os custos foram formados. Quando a proposta explicita este orçamento, fazendo expressa referência, este passa a ser o marco inicial para fins de reajuste.

É bem verdade que o próprio edital pode estabelecer este marco, elegendo como prazo de referência da formação dos custos das propostas, o prazo, por exemplo, de trinta dias antes da data da realização da licitação. A idéia, nesta situação, é conferir uniformidade às propostas, evitando que cada uma tenha um prazo de referência distinto. Os licitantes já saberão, portanto, o mês de referência para formar os seus preços e a própria data-base do reajustamento contratual.

O ideal é que o edital e o contrato explicitem a data-base para cômputo do período de reajuste, a fim de evitar insegurança jurídica no órgão ou entidade contratante e no próprio contratado. No entanto, o que se vê na prática é a mera reprodução do dispositivo legal, o que, como visto, não se afigura a melhor solução.

Observe-se que conta-se o início do reajuste **incluindo** o mês da data da apresentação da proposta ou, se for o caso, do orçamento a que se referir. Assim, hipoteticamente, se a data limite da apresentação da proposta foi o mês de setembro/2005, têm-se que: o 1º mês corresponde à setembro de 2005, o 2º à outubro de 2005, o 3º à novembro de 2005, o 4º à dezembro de 2005, o 5º à janeiro de 2006, o 6º à fevereiro de 2006, o 7º à março de 2006, o 8º à abril de 2006, o 9º à maio de 2006, o 10º à junho de 2006, o 11º à julho de 2006 e o 12º à agosto de 2006, pelo que já em setembro de 2006 poderá ser o contrato reajustado.

6. A prorrogação do prazo de validade da proposta

Questão que pode sugerir controvérsia em relação ao termo inicial para cômputo do reajuste se dá quando o licitante prorroga o prazo de validade de sua proposta. Como se sabe, decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas sem convocação para contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos, conforme determina o § 3º, do art. 64 da Lei n.º 8.666/93. Logo, caso o edital não estabeleça de modo diverso, as propostas terão prazo de validade de 60 (sessenta) dias.

Assim, o problema reside em saber se o licitante ao prorrogar o prazo de validade da sua proposta reconheceu ser este prazo a nova data-base para cômputo do reajuste.

A princípio, parecem se tratar de questões distintas. Com efeito, ao prorrogar o prazo de validade da sua proposta, o licitante sinaliza que está disposto a iniciar a execução do contrato com o mesmo valor ofertado na data da realização do certame. Reconhece que no período entre a realização do certame e a assinatura do contrato, não ocorreu nenhum fato que ocasionou o desequilíbrio econômico da sua proposta.

No entanto, isto não quer dizer que tenha se modificado o prazo inicial para cômputo do reajuste. A prorrogação da validade da proposta demonstra a intenção do licitante de executar o objeto ajustado pelo mesmo valor inicialmente ofertado, não implicando na renúncia automática, de sua parte, do seu direito subjetivo de que reajuste seja computado da data de apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir; afinal, como dito, os custos (insumos e mão de obra) foram orçados nestas datas e não na data da prorrogação da proposta.

De mais a mais, a dicção legal é muito clara, sendo certo que tanto o art. 40, XI, da Lei n.º 8.666/93, como o art. 3º, § 1º da Lei n.º 10.192/2001 prescrevem expressamente que o prazo para contagem do reajuste se inicia da "data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir". A prorrogação da validade da proposta não tem, deste modo, o condão de modificar a regra legal, salvo se o licitante expressamente aquiescer com esta nova situação e, portanto, com a nova data para que se inicie o cômputo do reajuste.

Tanto é verdade que é por esta razão que se nega ao licitante o direito de reajustar a sua proposta antes de assinar o contrato[12]. Com efeito, a proteção do seu direito já está assegurada e irá ocorrer quando decorridos os 12 (doze) meses a que se refere a legislação aqui citada.

7. Da fixação do índice do reajuste no edital e no contrato

O índice eleito para fins de reajuste deve ser, como já dito, **setorial**, de modo a refletir a variação dos custos (insumo e mão de obra) naquele determinado segmento de mercado. Tais índices devem ser oficiais[13].

Somente no caso de não existir um índice que reflita a variação dos custos do objeto contratual é que se admitirá a escolha de um índice geral.

Questão polêmica é saber se o reajuste poderia ser aplicado mesmo no caso de não ter sido expressamente previsto no edital e no contrato administrativo.

Sem prejuízo de outras linhas de interpretação que acolham orientação diversa, parece **incabível** a concessão de reajuste na hipótese de omissão nos instrumentos convocatório e contratual.

[12]Neste sentido, confira-se a orientação da Consultoria Zênite (*in* Informativo de Licitações e Contratos n.º 105, novembro de 2002, p.955): "**Reajusta-se preços já contratados.** A Administração pode realizar a recomposição do equilíbrio somente na fase contratual, **não cabendo reajuste de proposta durante a licitação.**(os grifos são do original)

[13]KLEBER MARTINS DE ARAÚJO *in* Contratos Administrativos: Cláusulas de Reajuste de Preços e Índices Oficiais. Informativo de Licitações e Contratos n.º 110, abril de 2003, p. 305, explica que: "Índices oficiais são fatores nos quais os critérios de reajuste devem se basear para se realizar o ajustamento dos preços à nova situação fática. Consoante o art. 40, inc. XI, podem ser adotados como critérios de reajuste índices setoriais – como os índices de variação dos preços da construção civil, por exemplo – ou mesmo índices específicos da FIPE, da FGV, etc., exceto os proibidos para reajuste de contratos – TR, dólar, etc.

Isto porque se o edital e o contrato nada previram, parte-se da premissa de que o preço a ser ofertado é irreajustável e que o licitante já incluiu na sua proposta de preços a não incidência de reajuste no valor original. Esta opção - discutível do ponto de vista econômico porque embute o risco do não reajustamento, acarretando o aumento dos preços – foi expressamente adotada no Município do Rio de Janeiro, que por meio do Decreto n.º 19.810, de 23.04.2001, determinou que os contratos somente poderão ser reajustados após 24 (vinte) e quatro meses.

Nem se diga que o particular será prejudicado com a não previsão de cláusula de reajuste no edital e no contrato, eis que não é obrigado a participar do certame, sendo-lhe, inclusive, facultado impugnar os termos do edital, conforme prescreve o art. 41, § 2º, da Lei n.º 8.666/93.

Ora, se não o faz, participa da licitação e, sagrando-se vencedor, celebra o respectivo contrato administrativo, é porque aquiesceu com os termos avençados, sendo defeso ao contratado invocar o desequilíbrio do contrato, seja por meio de pleito de reajuste ou, por via transversa, por pleito de revisão. Confira-se o entendimento de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO[14]:

> *"O que não cabe é pleitear revisão de proposta feita em caráter irreajustável, sob o argumento da onerosidade excessiva; é que a inflação, que torna a proposta original onerosa, não é algo imprevisível no Brasil (que justifique a aplicação da Teoria da Imprevisão, autorizadora da revisão dos contratos); não raro, a proposta venceu exatamente por ser irreajustável."*

Caso fosse concedido o reajuste, estar-se-ia violando, a um só tempo, os princípios da **isonomia** e da **vinculação ao instrumento convocatório;** da isonomia porque outros licitantes eventualmente não participaram do certame em razão, justamente, do edital e o contrato não preverem cláusula de reajuste; da vinculação ao instrumento convocatório porque não ocorreu nenhum fato superveniente que justificasse a alteração do contrato e do edital. A falta de previsão do reajuste não é motivo novo, mas fato já conhecido desde o início da realização da licitação.

Esta é, também, a opinião de DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS[15]:

> *"O reajuste de preços só é devido se previsto no instrumento convocatório da licitação. A concessão de qualquer reajuste sem a expressa previsão vicia o contrato, ferindo os princípios da igualdade entre todos os licitantes e da vinculação ao instrumento convocatório."*

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO[16] entende no mesmo sentido:

> *"Sensível a essa realidade, o legislador inseriu, entre as cláusulas necessárias do contrato administrativo, "o preço e as condições de*

[14]Direito Administrativo Regulatório. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 334.

[15]Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p.189.

pagamento, e quando for o caso os critérios de reajustamento" (art. 55, III, do Estatuto). É bom que se diga, porém, que deve ser expressa a avença neste sentido, razão por que, sem ela, entende-se que o preço ajustado é fixo e irreajustável."

Não parece, pois, que a previsão de cláusula de reajuste seja obrigatória, nem mesmo por força de uma interpretação literal dos arts. 40, XI e 55, III, da Lei n.º 8.666/93. Isto porque, a matéria se insere nos direitos disponíveis que são livremente pactuados pelas partes, conforme bem explicitou a ilustre Procuradora do Estado do Rio de Janeiro, JOSENETE VELOSO MONTEIRO[17]:

> *"O direito ao reajuste se insere nos chamados direitos disponíveis, posto que livremente acertado pelas partes. (...) De qualquer sorte, frise-se, o reajuste não é imperativo da lei, devendo, pois, estar expresso no contrato, nos termos fixados pelos interessados, observados os limites legais."*

O ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro, RENAN MIGUEL SAAD[18], ainda acrescenta o argumento de ordem orçamentária:

> *"Neste diapasão, para que o requerente lograsse êxito no seu pleito administrativo seria indispensável a previsão contratual da cláusula de reajustamento de preços, pois tal disposição é indispensável ao teor do art. 55, inciso III, da Lei n.º 8.666/93.*
>
> *Com efeito, a razão do indicado comando legal é simples, pois ao se prever em contrato o critério de reajustamento de preços, igualmente haverá previsão orçamentária para tal, na medida em que é defeso ao administrador o empenho de despesa sem a prévia previsão legal, segundo o teor dos §§ 1º e2º do art. 5º, da Lei n.º 8.666/93."*

Diversa é a situação quando o edital e o contrato estabelecem a possibilidade de reajuste, mas não definem o índice a ser aplicado. Neste caso, salvo melhor juízo, a matéria é negocial, podendo o problema ser solucionado por meio de consenso entre as partes, com a eleição de um índice que reflita a variação dos custos do objeto contratual. Ao contrário da situação anterior, já se sabe de antemão que haverá o reajuste, razão pela qual se entende que a omissão dos instrumentos convocatório e contratual pode ser sanada por meio de aditivo a ser celebrado entre os contratantes.

8. Do Advento de Dissídio Coletivo da Categoria Profissional

Muito comum nos contratos administrativos é a ocorrência de dissídio coletivo durante a execução do ajuste. Como regra, esta não é uma hipótese de revisão

[16]Manual de Direito Administrativo. 13ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.160.
[17]Parecer n.º 21-96/ JVM
[18]Parecer n.º 01/99 - RMS

contratual, eis que se trata de evento previsível e cujo objetivo é, exatamente, adequar a variação do custo da mão-de-obra (um dos insumos do preço) à inflação que tenha ocorrido no período, configurando-se, assim, em situação fática autorizadora da aplicação de cláusula de reajuste.

O Superior Tribunal de Justiça afastou a revisão em situações como esta. Confira-se:

> *"Administrativo. Contrato de Prestação de serviço. Dissídio Coletivo. Aumento de Salário. Equilíbrio econômico-financeiro. Art. 65 da Lei n.º 8.666/93.*
>
> *1. O aumento salarial a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo não é fato imprevisível capaz de autorizar a revisão contratual de que trata o art. 65 da Lei n.º 8.666/93.*
> *2. Precedente da Segunda Turma desta Corte no REsp n.º 134.797/93.*
> *3. Recurso Especial provido."(REsp. n.º 134797-DF, 411101-PR e 382260-RS)*

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Transcreva-se trecho da ementa:

> *"Constitui fato previsível a ocorrência de dissídio coletivo que autoriza o aumento do piso salarial da categoria profissional que executa os serviços contratados do particular pela Administração, não se podendo falar em rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a ensejar revisão de sua remuneração."(ApCv n.º 46.156/97, Relatora, Desembargadora Verá Lúcia Andrighi)*

Somente seria admissível a aplicação da revisão se o dissídio estabelecesse um índice fora dos padrões normais e que acarretasse uma onerosidade excessiva ao contratado. Neste caso, estar-se-ia diante de um fato previsível, mas de conseqüências incalculáveis, conforme dispõe o art. 65, d, da Lei n.º 8.666/93.

Ao revés, quando os índices decorrentes do dissídio são aqueles esperados, apenas recompondo as perdas inflacionárias, a hipótese será de reajuste.

Neste passo, considerando que o reajuste salarial concedido à determinada categoria é conhecido anteriormente, inclusive já se sabendo a data-base que ocorrerá, é razoável presumir que o licitante ao formular a sua proposta já ponderou e avaliou todos os aspectos financeiros envolvidos. Assim, o reajuste deverá ocorrer apenas ao cabo de um ano da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir, quando, então, poderá ser majorado o valor da mão-de-obra.

Esta presunção é aplicável nos casos em que o edital é omisso em relação a superveniente ocorrência de dissídios coletivos. Nesta hipótese, recomenda-se que o particular, entre a publicação do edital e a realização da licitação, deduza pedido de

esclarecimento acerca da matéria, a fim de que se explicite a data que será aplicado o reajuste, inclusive no que se refere ao insumo mão-de-obra.

No entanto, a melhor solução parece ser a do próprio edital estabelecer regra expressa sobre a matéria. JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR[19] menciona hipótese concreta de cláusula editalícia que dispõe neste sentido:

> *"O contrato de prestação de serviços resultou da licitação, mediante concorrência n.º 052/97, cujo edital previu, em seus itens 10.10 e 10.12, que "sempre que houver aumento salarial por força do acordo e/ou dissídio coletivo, este será concedido integralmente a partir da mesma data aos salários das categorias correspondentes, integrantes do anexo II", e que dito aumento "será repassado pelo Tribunal de Justiça,no mesmo percentual, à adjudicatária, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato"*
>
> *(...)*
>
> *O Tribunal de Contas da União tem entendido que reajustes são devidos desde que previstos entre as regras que balizaram as respectivas competições licitatórias, porque, ante a expressa previsão, é de aceitar-se que os licitantes não embutiram no preço que cotaram o valor do dissídio, que equivale ao "fato previsível, porém de conseqüências incalculáveis a que se refere o art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93. Ao contrário, se o edital nada referiu, é de presumir-se que o acréscimo já estivesse embutido no preço cotado, daí não ser devido o reajuste.*
>
> *No caso sob foco, resultou demonstrado, documentalmente, que: o edital incumbiu o Tribunal de repassar o valor do dissídio no exato percentual em que fosse concedido; houve o dissídio, no valor de 4%; não há indício, na proposta que a empresa apresentou na licitação, que nela houvesse embutido valor correspondente ao dissídio; a empresa passou a pagar, desde a data do dissídio, a diferença aos empregados com cuja mão-de-obra executa a prestação contratada."*

A questão que poderia ensejar polêmica em cláusulas desta natureza é a que envolve a periodicidade, pois poder-se-ia estar concedendo reajuste antes do período de um ano da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir. Basta, para tanto, compreender como "data do orçamento a que a proposta se referir" e, portanto, como termo *a quo* para cômputo do reajuste no item mão-de-obra, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho, que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta. Esta, aliás, foi a disciplina adotada na Instrução Normativa MARE n.º 18 de 22.12.1997, que tratou da repactuação dos contratos de natureza contínua na esfera federal.

[19]Ob cit. p. 658/659.

9. Da aplicação do índice de reajuste

No reajuste, ao contrário do que ocorre na repactuação, há uma **presunção** de que o índice eleito reflete a variação inflacionária ocorrida no período[20] pelo que a sua aplicação não demanda maiores complexidades. Não é necessário, como na repactuação, que se proceda a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato.

A aplicação do índice de reajuste sequer reclama termo aditivo. A própria Lei n.º 8.666/93, no § 8º, do art. 65, determina que a variação do valor contratual para fazer face ao reajuste poderá ser registrado por simples **apostila**, dispensando a celebração de aditamento. SIDNEY BITTENCOURT[21] comentando o referido parágrafo oitavo ensina:

> *"Elenca o parágrafo as hipóteses que não alteram, em tese, o equilíbrio econômico-financeiro do acordo. Nelas, conforme lição de Jessé Torres, as modificações incidentais introduzidas não inovam o acordado, mas sim confirmam o seu sentido e o conteúdo, apenas adaptando-os às circunstâncias que envolvem a execução das respectivas prestações.*
>
> *Em face do exposto, a Lei não considera as hipóteses abaixo como motivadoras de alterações contratuais por aditamento, determinando, para as mesmas, o simples apostilamento (para o qual sugerimos um termo razoavelmente circunstanciado, sendo certo que as Cortes de Contas tem aceitado uma simples anotação no verso do contrato)."*

Isto não quer dizer que está o ente público contratante autorizado a não confirmar os cálculos apresentados pelo contratado. É dever do órgão/entidade analisar detalhadamente as eventuais planilhas econômicas apresentadas pelo contratado, de modo a verificar se a aplicação do índice de reajuste se deu da maneira adequada e tomando por base os valores corretos. Afinal, nenhuma lesão ao erário pode ocorrer com o cômputo do reajuste.

[20]CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO *in* Curso de Direito Administrativo. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 613, aborda situação interessante, vale dizer, quando o índice adotado passa a discrepar da realidade. Confira-se: "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 revelado inexato não pode ser causa elisiva do fim, mas apenas superação do meio inadequado. Para que as partes cumpram devidamente o ajuste em toda sua lisura, boa-fé e lealdade, como de direito, cumpre que atendam ao efetivamente pretendido, respeitando a real intenção das vontades que se compuseram. Esta regra singela de interpretação consta expressamente do Código Civil, Lei 10.406, de 10.1.2002 – no art. 112, de acordo com o qual "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem", e que apenas modifica para pior, do ponto de vista do vernáculo, o anterior art. 85, mais conciso, segundo o qual: "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem". 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."

[21]Licitação Passo a Passo. 4ª edição. Temas e Idéias, 2002, p.355.

Importante observar que a **provocação** para o reajuste deve ser do contratado, a quem cabe formular o requerimento pleiteando a aplicação da cláusula contratual. Neste sentido, é a lição de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO[22], quando trata de reajustes deduzidos perante os órgãos reguladores, ao dizer que "os processos de reajuste e revisão propriamente ditos terão início por requerimento da concessionária ao regulador ..."

Tal pleito deve ser deduzido com uma antecedência mínima do prazo final dos doze meses, a fim de que, como dito, possam os cálculos serem confirmados pelos órgãos técnicos do ente contratante. O ideal é que o edital e o contrato estabeleçam estes prazos, como forma de explicitar a postura que se espera do contratado.

Mesmo se o contratado requerer o reajuste com algum atraso não parece razoável que a Administração Pública lhe negue o direito de computar o reajuste desde a data prevista no edital e no contrato, eis que se trata de um direito subjetivo próprio. Por óbvio, o exercício deste direito de requerer o reajuste se submete à determinados prazos, que uma vez extintos, podem acarretar a prescrição administrativa ou judicial.O que não parece razoável é a Administração Pública, de **ofício**, provocar a aplicação do reajuste, eis que, em assim agindo, poderá ser cogitada eventual violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CF). A única hipótese que se vislumbra como, em tese, admissível será no caso da não aplicação do reajuste afetar de tal modo a equação econômico-financeira do contrato que coloque em risco a sua própria execução. Mesmo assim, nesta hipótese, será necessária justificativa por parte do agente público que explicite esta motivação.

Tanto é verdade que a lógica do reajuste impõe que a **iniciativa** parta do contratado, que na Lei n.º 11.079, de 30.12.2004 - que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada – restou previsto no § 1º, do art. 5º, que "as cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Público, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização."

Ora, fica claro que se a própria fatura já pode ser apresentada pelo contratado (parceiro privado), reforça-se a idéia de que a Administração Pública apenas **confirma** os cálculos apresentados, não sendo ela a responsável pela aplicação automática da cláusula contratual.

Aliás, esta novidade vem se relevando uma tendência em matéria de contratos de concessões de serviços públicos. Em alguns contratos desta natureza, antes mesmo do advento da lei de parcerias público-privadas, já se vinha admitindo que o cálculo do reajuste do valor da tarifa fosse feito pelo próprio concessionário e posteriormente

[22]Direito Administrativo Regulatório. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 318.

submetido ao regulador, que teria um prazo determinado para se manifestar sobre o cálculo apresentado. Caso não cumprisse o prazo, estaria o concessionário autorizado, pelo contrato, a implementar a tarifa reajustada. A idéia é evitar que a demora no exame da proposta de reajuste pelo ente regulador interfira no equilíbrio econômico-financeiro do contrato e coloque em risco, por via transversa, a eficiência e adequação do serviço público.

É prudente, por derradeiro, lembrar que o valor do reajuste não poderá ser pago à vista. Os valores reajustados serão pagos na exata medida em que a parcela do objeto ainda não executada for sendo prestada, de acordo com as regras previstas para execução do contrato e com o seu cronograma financeiro.

10. Conclusão

Como o próprio título deste breve estudo já revela, o objetivo foi abordar apenas as questões polêmicas em matéria de reajuste nos contratos administrativos.

Todos os pontos enfrentados comportam mais de uma interpretação jurídica razoável, sendo sempre necessário que se atente para as especificidades da situação concreta, a fim de que se alcance a solução ótima em cada caso.

O importante é que, na confecção do edital e do contrato, as normas acerca do reajuste dos contratos administrativos sejam bem formuladas e detalhadas, evitando cenários que provoquem a insegurança jurídica no órgão público e no próprio mercado.

A adoção de regras claras e objetivas, que não apenas reproduzam os dispositivos legais, sempre facilita a tarefa do intérprete, eliminando previamente conflitos e dúvidas acerca da aplicação da cláusula de reajuste.

Fundamental é que a relação contratual que envolva os setores público e privado seja pautada pelos princípios da boa-fé e da confiança legítima.