Doutrina

CONTRATOS - 03 | 11 | JUN | 2009

Título: **ALTERAÇÕES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO: RELEITURA DAS NORMAS DE REGÊNCIA À LUZ DO GERENCIAMENTO DE RISCOS, EM GESTÃO PÚBLICA COMPROMETIDA COM RESULTADOS**

Autor: **Jessé Torres Pereira Júnior/ Marinês Restelatto Dotti**

Por: Jessé Torres Pereira Júnior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Autor, entre outras, das obras Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública (7. ed.) e Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável (2. ed.).

Por: Marinês Restelatto Dotti

Advogada da União.

Sumário: **1** Introdução - **2** Gestão de riscos no serviço público - **3** As prerrogativas contratuais da administração pública - **4** Alterações unilaterais expressas - **5** Alterações passíveis de introdução no contrato mediante acordo - **6** Intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras - **7** Formalização das alterações contratuais - **8** Perfil genérico das alterações contratuais - **9** Equilíbrio econômico-financeiro do contrato (recomposição de preços) - **10** Repactuação

1 Introdução

Sob a perspectiva do direito público, a chamada "crise do sistema financeiro internacional", que contamina o planeta desde 2008, talvez possa ser tida como o ponto de inflexão da curva de um gráfico demonstrativo dos desafios com que o século XXI estará confrontando as sociedades humanas com a urgente necessidade de gerir o estado de acordo com novos paradigmas, no desempenho da mais permanente de suas funções: garantir, em parceria com outras instituições, o acesso de todos, sem exclusão, aos direitos fundamentais que, há mais de duzentos anos, vêm sendo proclamados e consagrados por sucessivas e cumulativas gerações, mediante declarações em tese.

Do estado liberal ao intervencionista, em maior ou menor escala, passando pelo estado do bem-estar e chegando ao estado mínimo, muitos têm sido os rótulos que intentam exprimir a ênfase posta, por tal ou qual escola de pensamento ou práxis de exercício do poder, na função primordial do estado, sem que esta, a rigor, se altere em sua essência.

Os rótulos escondem convicções antes ideológicas, sinceras ou oportunistas, comprometidas ou não com a aptidão do estado como instrumento político a serviço do desenvolvimento e da paz para todos, sem exclusão eis a sua utilidade e a sua razão de ser. Todos querem o estado ou dizem que o querem apto para desincumbir-se dessa função, mas cada qual propõe a via que reputa a mais adequada para realizá-la, sem que qualquer delas o seja, por si só e completamente.

A universalidade da crise do sistema financeiro assim o demonstra, ao instalar-se em estados de variável teor democrático, com maior ou menor grau de regulamentação do sistema, exibindo taxas

de desenvolvimento e índices de qualidade de vida os mais discrepantes.

O direito, como ciência a serviço da civilização, dispõe-se, periodicamente, a rever seus institutos, conceitos e definições, princípios, normas e regras, processos e procedimentos, com o fim de dar conteúdo jurídico vale dizer, disciplinador de condutas gerais, expandindo, limitando, transformando ou racionalizando políticas e círculos de convivência, vinculando-os a normas ora pedagógicas, ora repressoras, ora de mero reconhecimento cultural a ferramentas que, não raro manejadas em outras áreas do conhecimento, carecem de força bastante para impor-se à gestão do estado enquanto não forem incorporadas à ordem jurídica aceita e praticada. Processo permeado de historicidade, eticidade e socialidade, com os seus respectivos ativos e passivos, erros e acertos, avanços, desvios e recuos.

Um dos mais antigos institutos jurídicos o contrato é convocado, a cada quadra histórica, a dar a sua contribuição no caminhar civilizatório do direito. Foi pelo contrato que o direito capturou o sentido econômico das relações patrimoniais (Enzo Roppo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e Januário Gomes. Ed. Almedina, Coimbra, 1988, *apud* Ustárroz, Daniel, *Responsabilidade Contratual*, p. 22 e segs. Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2007). Privilegiou-o tanto que os juristas passaram a preocupar-se em reduzir o teor de autonomia da vontade e o apego excessivo à forma pretextos da supremacia do economicamente mais forte e do voluntarismo discriminador , para atribuir-lhe uma função social, na tentativa de reequilibrar forças culturalmente antagônicas, desavindas em caráter intrínseco ou contingente. Daí a inserção, nas relações contratuais, da boa-fé objetiva, da prevenção do enriquecimento sem causa, da gradação da lesão que resolve os contratos, da responsabilização por danos materiais e morais, do reconhecimento de tutela específica e especial sobre relações geneticamente desequilibradas, como as de consumo.

Instituto jurídico central, o contrato ocupa lugar de destaque também na atividade estatal, direta, indireta ou delegada. Por meio do contrato, o estado, seja por sua própria administração, ou através de empresas que a lei cria para o desempenho de específicos cometimentos (as empresas públicas e sociedades de economia mista), ou, ainda, mediante empresas privadas por ele contratadas para executar a prestação de serviços públicos delegados (concessionárias e permissionárias), realiza, gerencia, estimula, regula, fomenta um sem-número de atividades, programas e projetos de interesse para a sociedade.

Eis a chave para perceber-se a extensão e a gravidade do desafio pós-moderno à atividade contratual do estado estabelecer e medir os resultados que a execução de cada contrato deve propiciar. Os resultados alcançados terão sido os planejados? E estes o foram de acordo com o interesse dos destinatários das ações contratadas, que, a seu turno, haveriam de harmonizar-se com as prioridades da sociedade? Terão sido levados em conta os possíveis riscos, inerentes a toda empreitada humana? Se o foram, quais terão sido os mecanismos jurídicos, técnicos, econômicos e gerenciais previstos para enfrentá-los e conjurá-los? Se não o foram, haveria responsabilidades a apurar? A avaliação dos riscos do contrato constitui uma obrigação, cujo negligenciamento gera responsabilidade, na acepção de obrigação secundária que ocupará o lugar daquela, primária, que não se cumpriu?

A gestão pública comprometida com os resultados já é tema recepcionado na doutrina e na jurisprudência, esta dos tribunais judiciais e de contas, por toda parte. Será que já é tema permanente nas preocupações e na prática dos gestores públicos brasileiros? Estes reconhecem e praticam técnicas de gerenciamento de riscos na administração pública, em especial na gestão dos contratos administrativos?

O presente estudo pretende reler a legislação, a doutrina e a jurisprudência atuais, pertinentes à alteração dos contratos administrativos, sob a ótica da avaliação de riscos, disciplina que integra a grade de cursos de formação de administradores de empresas, mas que ainda não terá sido juridicamente emoldurada para integrar o dia-a-dia da gestão pública.

2 Gestão de riscos no serviço público

A sociedade contemporânea expressa, de modo cada vez mais claro, o desejo de contar com alimentos e medicamentos mais seguros, meio ambiente saudável, produtos de qualidade aferida e controlada, padrões de vida de melhor qualidade, notadamente no pertinente à moradia, ao emprego, à educação, à segurança pública e à segurança das relações jurídicas. Não apenas desejo. Molda-se a consciência de que se trata de direitos subjetivos públicos, de que todos e cada um são titulares, por isso que aos estados incumbe assegurá-los, incidindo em censurável omissão, ou em ação ineficiente, os governos que não concebem, nem executam, com eficácia, políticas públicas a tanto destinadas.

Integra aquela consciência o reconhecimento de que essas políticas e as ações delas decorrentes são naturalmente expostas a risco, definido este como "a incerteza em torno de eventos e resultados futuros..., expressão da probabilidade e do impacto de um evento que pode influenciar a consecução dos objetivos de uma organização ... Risco, portanto, é a probabilidade de que um evento, seja ele bom ou mau, ocorra no futuro ... enfocamos o aspecto negativo do risco, mas é importante lembrar que o risco inclui tanto eventos positivos como negativos... A gestão de riscos frequentemente exige meios-termos. Ações e inovações que podem gerar benefícios devem ser equilibradas contra seus possíveis custos. Muitos dos riscos enfrentados na sociedade moderna resultam de benefícios gerados pela inovação social e tecnológica. A gestão de riscos reflete o desejo de melhorarmos processos decisórios em condições de incerteza, visando maximizar benefícios e minimizar custos. No setor público, uma grande preocupação em relação à gestão de riscos é o nosso dever de cuidar do público os riscos sempre devem ser administrados, acima de tudo, com o interesse público em vista" (Stephen Hill, *Guia sobre a gestão de riscos no serviço público*, p. 37-38. in Cadernos da Escola Nacional de Administração Pública, traduzido com a permissão da Escola de Serviço Público do Canadá, 2006).

Órgãos governamentais brasileiros, cuja missão institucional é o controle da administração pública, ensaiam os primeiros passos rumo à gestão de riscos. Como a Controladoria Geral da União, cuja revista veiculou importante contribuição, assinada por Sérgio Nogueira Seabra, técnico de seus quadros, *verbis*:

... práticas de gerenciamento de potenciais eventos que imponham riscos ao alcance dos objetivos da empresa ficaram cada vez mais integradas aos controles internos e aos processos estratégicos das empresas... A tradicional função de auditoria interna passou a ter suas atividades ampliadas para avaliar e opinar sobre a adequação dos processos de controles da gestão no que tange à identificação, avaliação e ao controle dos riscos que ameaçam o alcance eficiente dos objetivos da organização como um todo. "Boa" organização passou a ser sinônimo de "bom" sistema de gerenciamento de riscos (Power, Michael, *The risk management of everything: rethink the politics of uncertainity*, Londres, Demos, 2004). Assim como nas organizações privadas, as organizações públicas estão também, ou talvez até mais, sujeitas a eventos que podem afetar o alcance efetivo e eficiente dos seus objetivos, tais como fraude, desvios, corrupção, ineficiente aplicação de recursos públicos etc.

Todas as organizações estão expostas a riscos. Portanto, o gerenciamento de riscos significa administrar essa exposição de forma a conduzir os riscos a um nível aceitável (*HM Treasury Orange Book*, Londres, 2004). Seguindo esse princípio, governos de vários países desenvolvidos vêm adotando medidas visando à implementação de práticas de gestão de riscos, similares aos modelos desenvolvidos no setor privado, nas suas organizações públicas...

No Brasil, apesar dos frequentes escândalos envolvendo fraudes e desvio de recursos públicos (e.g. "escândalo dos vampiros", "escândalo dos sanguessugas", para ficar apenas nos mais recentes) e dos contundentes relatórios de auditorias da Controladoria Geral da União e do Tribunal de Contas da União, que revelaram índices relativamente altos de aplicação ineficiente dos recursos descentralizados aos municípios para implementação de programas públicos federais, a prática sistemática de gerenciamento de riscos por parte dos órgãos e entidades governamentais ainda é novidade...

O princípio norteador da adoção de práticas de gerenciamento de riscos é o de que todas as organizações, sejam elas voltadas para o lucro ou não, lidam com incertezas que representam riscos ao pleno alcance dos seus objetivos... Exemplos de riscos abundam e incluem eventos que vão desde fraudes, desvios de recursos, conluio de fornecedores em operações de compras/licitações, até a perda de possíveis oportunidades que emanam do contexto externo das organizações. Gerenciamento de riscos nas organizações consiste, portanto, em práticas gerenciais voltadas para ajudar as organizações a lidarem com incertezas inerentes às suas operações e seus riscos associados, aumentando, dessa forma, sua capacidade de agregar valores por meio de suas operações (Revista da CGU, p. 38-40, 2007).

Na experiência internacional, "os gestores de riscos do setor público têm alguns instrumentos de políticas à sua disposição para administrar e minimizar riscos e lidar com os impactos de resultados potencialmente adversos após um fato consolidado. O grau de coerção desses instrumentos varia de regulações diretas a instrumentos econômicos, iniciativas voluntárias, ações educacionais e comunicação. No processo de desenvolvimento de políticas, devem ser definidos objetivos e metas claros e implementados programas para que seus objetivos sejam alcançados. Se o *feedback* logrado e o monitoramento indicarem que os objetivos não estão sendo alcançados, os programas devem ser mudados. Se os objetivos deixarem de ser relevantes, novos objetivos devem ser estabelecidos. Esses objetivos devem ser compatíveis com requisitos legais, estatutários e internacionais...

"Questões de equidade e justiça são logo levantadas em qualquer discussão sobre a responsabilidade por riscos. Os processos usados para a designação de ônus e responsabilidades pela ocorrência de um resultado potencialmente adverso são importantes. Entre outras perguntas que exigem respostas, temos as seguintes: o público vai arcar com o custo? O setor privado será responsável? O que será feito em prol das vítimas que sofrem impactos adversos involuntariamente (por exemplo, os que contraíram hepatite C após uma transfusão de sangue)? Como impactos irreversíveis serão compensados (por exemplo, a extinção de espécies e ecossistemas)?

"O envolvimento precoce e permanente de todas as partes interessadas e do público numa discussão sólida e transparente sobre riscos ajudará a garantir prioridades aceitáveis e uma divisão adequada de responsabilidades. A pedra angular de uma comunicação eficaz de riscos é manter um diálogo adequado entre as partes interessadas em torno da melhor forma de administrar riscos" (HILL, op. cit., p. 44).

2.1 Controle preventivo

Sérgio Nogueira Seabra vê na melhoria do controle preventivo um dos principais benefícios decorrentes do gerenciamento de riscos, diante do cenário da administração pública brasileira. Sistematiza que:

Controles, em geral, podem ser classificados como *a priori* (ou preventivos), voltados para limitar a possibilidade de acontecer um resultado indesejado, ou *a posteriori*, voltados para verificar a ocorrência, ou não, de resultados indesejáveis. Ambos têm sua importância e são desejáveis em qualquer sistema organizacional. O controle preventivo ganha, entretanto, uma especial relevância para o caso da administração pública no Brasil, tendo em vista a baixa eficácia e o alto custo das ações destinadas a recuperar os recursos desviados. Exemplo que se tornou clássico... foi o caso dos desvios de recursos públicos na construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho em São Paulo... Do total desviado, cerca de US$100 milhões, apenas US$830 mil haviam sido repatriados até 2002. Nos últimos sete anos, as multas aplicadas pelo TCU atingiram cerca de R$3,3 bilhões e a estimativa do Tribunal é a de que apenas 1% desse total retorne aos cofres públicos (O Globo, 03/06/2007).

Modelos de gerenciamento de riscos são, por natureza, mecanismos de controle preventivos. Esses modelos envolvem, em geral, um conjunto de práticas e atividades visando às operações das seguintes funções:

- *identificação dos riscos e responsáveis*: consiste em práticas voltadas para a identificação de eventos que impõem riscos ao alcance dos objetivos do órgão, políticas ou programas, tais como ações irregulares ou atos fraudulentos, desconformidades com legislações ou ainda algo que poderia macular a reputação do órgão ou a confiança pública nele. Boas práticas de gerenciamento de riscos determinam também que, para cada risco identificado, seja designada uma pessoa responsável, e que mecanismos sejam instituídos para a comunicação interna dos riscos e as respectivas medidas instituídas para mitigá-los.

- *avaliação dos riscos*: consiste em práticas voltadas para identificar a probabilidade de ocorrência e o impacto dos riscos. O objetivo desta etapa é subsidiar decisões sobre as áreas de riscos que precisam ser objeto de ações e as respectivas prioridades.

- *respostas da organização aos riscos identificados*: referem-se às medidas a serem tomadas (ou não) pela organização em relação a cada risco identificado. Em geral, as respostas podem ser de quatro formas: evitar (não realizar ações que levam ao risco); aceitar ou tolerar (assumir os riscos inerentes à operação); transferir a terceiros (e.g. seguradoras, quando for o caso); ou controlar (adotar ações para diminuir a probabilidade de ocorrência e/ou o impacto do risco).

- *integrar na estratégia organizacional e revisar sistematicamente*: consiste em integrar a análise dos riscos com as prioridades e objetivos estratégicos da organização como um todo. Gerenciamento de riscos não deve ser visto como um exercício estático, mas como uma dinâmica de gestão, permitindo reflexão e revisão sistemática do processo. (op cit., p. 43-44)

Tais e tantas razões estão à base de decisões que vem proferindo o Tribunal de Contas da União, ao recomendar, em casos concretos, a órgãos e entidades da administração pública federal, a implantação de "uma área de gerenciamento de riscos operacionais" (Acórdão nº 1.779/2005, Plenário, *DOU* de 22.11.05), ou "um plano de contingência no âmbito do Tesouro Nacional, com prioridade e atenção especial às áreas com grande exposição a riscos, às áreas envolvidas com elevados volumes de recursos e quantidade de transações, bem assim àquelas que possam trazer riscos de imagem à Instituição" (Acórdão nº 1.832/2006, Plenário, *DOU* de 16.10.06).

A orientação tem ecoado em normas traçadas pelo governo federal, como nas Instruções Normativas de nº 2 e 4, expedidas, em abril e maio de 2008, pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. A primeira, dispondo sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, fixou, entre as diretrizes para o planejamento de serviços de natureza intelectual, que se devem "definir papéis e responsabilidades dos atores e áreas envolvidas na contratação, tais como ... gerenciamento de riscos" (art. 2º, parágrafo único, inciso II, alínea "d").

Na IN nº 4, que dispõe sobre o processo de contratação de serviços de tecnologia da informação, o seu art. 15 atribui ao gestor do contrato a "análise de riscos, com o apoio da área de tecnologia da informação e do requisitante do serviço, observando o seguinte: I - identificação dos principais riscos que possam comprometer o sucesso do processo de contratação; II - identificação dos principais riscos que possam fazer com que os serviços prestados não atendam às necessidades do contratante, podendo resultar em nova contratação; III - identificação das possibilidades de ocorrência e dos danos potenciais de cada risco identificado; IV - definição das ações a serem tomadas para amenizar ou eliminar as chances de ocorrência do risco; V - definição das ações de contingência a serem tomadas caso o risco se concretize; e VI - definição dos responsáveis pelas ações de prevenção dos riscos e dos procedimentos de contingência. Parágrafo único - Em decisão fundamentada a partir da análise de riscos, poderá o gestor do contrato propor à área de tecnologia da informação a revisão da estratégia da contratação".

2.2 Princípio da precaução

Retome-se a orientação de Stephen Hill, no retro citado *Guia sobre a gestão de riscos no serviço público*:

Há presunção de que a ciência é capaz de nos informar adequadamente sobre a probabilidade e as conseqüências de algumas ações ou intervenções. Para muitas questões bem definidas (por exemplo, alguns tipos de avaliação de riscos de saúde), as relações de causa e efeito são suficientemente bem compreendidas para resolver nossas questões de risco. No entanto, quando a complexidade é alta e as relações de causa e efeito difíceis de serem definidas (por exemplo, sistemas sociais, sistemas climáticos, sistemas ecológicos), a ciência enfrenta mais dificuldades para avaliar probabilidades com uma margem sólida de certeza. Quando a falta de conhecimento ou de informações suficientes gera incerteza científica, particularmente em situações nas quais resultados potencialmente adversos podem ser importantes ou irreversíveis, a adoção de uma abordagem precaucionária tem sido defendida. O princípio precaucionário foi definido no princípio 15 da Declaração do Rio (ONU, 1992): "Para que o ambiente seja protegido, serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis, não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes em termos de custo para evitar a degradação ambiental". O princípio precaucionário constitui uma tentativa de se reconhecerem e atacarem a incerteza e a complexidade... Considerando as ambiguidades relacionadas ao grau necessário de precaução para diferentes decisões, o governo, o público e todas as partes interessadas devem-se envolver num amplo diálogo para determinar uma linha aceitável de ação.

Uma gestão de riscos eficaz usa um processo decisório sistemático. É importante examinar continuamente como as decisões do setor público baseadas em riscos estão sendo tomadas... A eficácia de cada decisão específica dependerá da natureza específica do risco em questão. Em alguns casos, um bom processo gerará um mau resultado e isso deve ser esperado. No entanto, *um*

bom processo garantirá o reconhecimento precoce de resultados ruins e a introdução de mudanças necessárias oportunamente... Será necessário desenvolver indicadores para medir os resultados caso a caso. Para desenvolver indicadores orientados por processos, precisamos estabelecer os critérios necessários para processos eficazes. O ideal é que eles se fundamentem num processo decisório que tenha como base o ciclo identificação-avaliação-resposta-monitoramento... Uma gestão de riscos eficaz exige que eles sejam sistematicamente atacados e procura não ser *ad hoc*... envolve também dimensões técnicas e sociais, uma vez que eles são definidos em bases técnicas e sociais. Por essa razão, uma gestão de riscos eficaz exige comunicação e diálogo permanentes com o público e as partes interessadas, capazes de caracterizar e gerir riscos eficazmente. (op. cit., p. 45-46)

3 As prerrogativas contratuais da administração pública

O conceito de risco e seus desdobramentos deve iluminar a releitura das normas que, na Lei Geral das Licitações e Contratações, regem o contrato, a sua execução e fiscalização. Especialmente no que respeita à prerrogativa de alteração unilateral dos contratos, que dita lei confere à Administração, novos horizontes se abrem para os agentes públicos, sejam aqueles que atuam na seara da execução, aqueles que atuam nos controles ou aqueles que os assessoram, técnica ou juridicamente.

O art. 54 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, submete os contratos administrativos, cujo objeto seja a execução de obras, a prestação de serviços, a compra ou a alienação de bens, à regência do direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado.

A norma especializa o regime de regência em atenção à presença do interesse público, mas não cria, por evidente, um terceiro gênero, como se o contrato administrativo não fosse contrato. O que a especialização acarreta é a incidência de prerrogativas, que conferem à Administração, quando ocupante de um dos pólos da relação contratual, poderes-deveres de agir conforme as finalidades públicas que se espera sejam o alfa e o ômega do contrato, isto é, determinem a necessidade do contrato e os resultados que se colherão com a sua execução.

O compromisso com a causa e os resultados revela-se em cláusulas ditas exorbitantes e derrogadoras do direito comum, daí a relevância de a lei fixar as prerrogativas e de serem elas adequadamente manejadas pelos agentes públicos que modelam os objetos a serem contratados, conduzem os processos de contratação, fiscalizam e gerenciam a execução dos contratos celebrados.

Quer o contrato administrativo se origine de um procedimento competitivo seletivo público, chamado licitação, quer não quando cabível uma das exceções legais de sua dispensa ou inexigibilidade , as prerrogativas do regime jurídico especializado garantem e impõem à Administração o exercício daqueles poderes-deveres.

A Lei nº 8.666/93, ao mesmo tempo que relaciona as cláusulas essenciais de todo contrato administrativo (art. 55), prevê as hipóteses em que tais cláusulas podem sofrer alterações no curso do contrato, ou seja, consagra a mutabilidade das condições originalmente estipuladas. Decorre que, antes mesmo da formalização do contrato, ou durante a sua execução, podem advir situações que demandem alterações que o ajustem a realidades supervenientes. O que nem de longe poderia ser interpretado como autorização para que a definição do objeto a ser contratado pudesse ser feita sem rigoroso compromisso com a causa e o resultado.

Escusam-se os que aditam contratos a metro ou a peso com o argumento de que a Administração poderá, a qualquer tempo, alterar o que especificou e contratou, com ou sem licitação. Não se dão conta de que todo contrato há de ser pensado e celebrado com o propósito de ser cumprido tal como convencionado (o art. 66 da Lei nº 8.666/93 quer que o contrato seja "executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial"). As alterações devem ser sempre consideradas excepcionalidades que carecem de fundada justificação, com o fim de alcançar e preservar os resultados pretendidos. Alterações amiudadas denotam recriminável superficialidade no planejamento, na elaboração de projetos, na avaliação dos riscos, na gestão do contrato enfim.

Esse é o tom característico de toda prerrogativa, na acepção com que a emprega o jargão do direito público condição que viabiliza a satisfação do interesse público ou da finalidade administrativa com ele comprometida. De sorte que toda prerrogativa é irrenunciável e impostergável. Dever de agir, não faculdade para agir. Poder instrumental para providenciar, prevenir, corrigir, punir. A inércia ou a omissão de seu exercício equivale a falta a dever funcional, que arrisca a perda dos objetivos que deveriam ser atingidos na execução do contrato, por isso que atraente de responsabilização do agente inerte ou omisso, isto é, faltoso a seu dever funcional.

O art. 58 da Lei nº 8.666/93 é a sede das prerrogativas que a lei entendeu de confiar à Administração. O inciso I alinha, como a primeira delas, a de modificar o contrato unilateralmente. Como toda prerrogativa deve estar vinculada à preservação dos resultados planejados, a de impor alteração unilateral em cláusula contratual somente se legitimará se almejar "melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado", tal como explicita o inciso em sua parte final, de molde a vincular a alteração àquela adequação e a esse respeito, ambos adequação e respeito evidentes limitadores da discrição administrativa para fazer uso da prerrogativa.

A lei não faculta à Administração alterar as condições previamente ajustadas à nova realidade fática; impõe-lhe o poder-dever de fazê-lo, para que o contrato não se desvie dos resultados pré-ordenados. Mas tão-só nessa hipótese. Ilegítimo será transformando-se em abuso de poder ou desvio de finalidade o exercício da prerrogativa sem compromisso com esses resultados, que traçam, em verdade, os seus limites.

A prerrogativa da alteração unilateral incide exclusivamente sobre cláusulas de execução, também chamadas de regulamentares ou de serviço. As cláusulas que versam sobre o preço não podem sofrer alterações unilaterais; haverão de ser negociadas depois de definida a alteração incidente sobre a execução, se esta se refletir no preço.

O fundamento jurídico necessário dessa negociação é o direito do contratado que o art. 37, XXI, da CR/88 assegura (v. item 6, infra) a que se mantenha em equilíbrio a equação econômico-financeira do contrato, estabilizada quando a Administração aceitou a proposta do particular porque conforme ao que foi por ela especificado, significando que o respectivo preço atende às expectativas de ambas as partes, que o têm por vantajoso e de acordo com o praticado no mercado.

Outra limitação ao exercício dessa prerrogativa está na fidelidade ao objeto contratado, que não pode ser substituído por outro. Se a realidade superveniente demonstrar que o objeto originalmente especificado e contratado deixou de servir ao interesse público ou a fins administrativos com ele comprometidos, a Administração deverá cogitar de rescindir o contrato, não de deformá-lo a ponto de ser outro o seu objeto. Os custos e retardamentos que acompanham uma rescisão podem ser

elevados e desastrosos para o interesse público, por isso que deveriam haver sido considerados em prévia análise de riscos.

Essas mesmas cautelas e limitações balizam, com as adaptações próprias ao conteúdo de cada uma delas, o exercício de todas as demais prerrogativas arroladas no mencionado art. 58, dado que nenhuma prerrogativa existe para atender a voluntarismos dos agentes e gestores públicos, sob qualquer de suas mais freqüentes motivações, tais como oportunismos eleitoreiros, arbitrariedades lesivas de direitos fundamentais, improbidades as mais variadas.

4 Alterações unilaterais expressas

A Lei nº 8.666/93 autoriza, nos artigos 57, §1º, e 65, a Administração a fazer uso da prerrogativa de alterar, unilateralmente, as cláusulas contratuais, quando:

4.1 mostrar-se necessário nos prazos originariamente pactuados para o início das etapas de execução, de conclusão ou de entrega do objeto, decorrente de situações que podem advir independentemente de previsão no instrumento convocatório ou no contrato, tais como:

(a) fatos externos, estranhos à vontade das partes contratantes, como na hipótese de superveniência de fato excepcional ou imprevisível que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

(b) necessidade de alterar-se o projeto ou as especificações do objeto, sem desnaturá-lo (daí a necessidade de haver a Administração elaborado, na fase preparatória do processo de contratação, projeto básico ou termo de referência conforme se trate de concorrência, tomada de preços, convite ou pregão suficientemente pormenorizado e apto a produzir os resultados almejados pela Administração);

(c) indispensável for a interrupção da execução do contrato ou a diminuição do ritmo de trabalho, por ordem e no interesse da Administração;

(d) sobrevir impedimento para a execução do objeto do contrato por fato ou ato de terceiro, reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

(e) recomendar-se o aumento de quantidades inicialmente previstas no contrato;

(f) houver omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto a pagamentos previstos, de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis;

4.2 no curso da execução do contrato, verificar-se a necessidade de modificação:

(a) no projeto ou nas especificações inicialmente estabelecidas, desde que para melhor adequação técnica aos objetivos da Administração; ou

(b) no valor contratual em decorrência de acréscimos ou supressões que se fizerem em obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos, mantido o índice de 25% em caso de supressão.

A expressa previsão dessas hipóteses em lei torna intuitivo, à vista do princípio da precaução, que a análise de riscos se detenha sobre cada uma delas, com o fim de evitar, o mais possível, ocorrências onerosas e indesejáveis que as tenham por motivo, acaso inevitável.

5 Alterações passíveis de introdução no contrato mediante acordo

A Lei nº 8.666/93 distingue certas alterações decorrentes de acordo entre as partes, a saber:

(a) ser conveniente a substituição da garantia de execução fixada no instrumento convocatório;

(b) ser necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

(c) ser necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, e vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

(d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual; e

(e) quando houver necessidade de suprimir-se o objeto em percentuais que ultrapassem os limites fixados no art. 65, §1º.

Não se infira desse elenco explicitado que outras cláusulas não possam ser objeto de alteração por acordo. Em princípio, toda cláusula contratual é passível de alteração havendo acordo entre os contraentes.

O significado dessa explicitação é diverso do que poderia sugerir sua aparência restritiva. É o de deixar claro que, nessas hipóteses, a lei não admite decisão unilateral porque qualquer daquelas alterações a substituição de garantia de execução, a modificação de regime de execução de obra ou serviço, ou o modo de fornecimento de compra, a modificação da forma de pagamento, a aplicação da teoria da imprevisão pode afetar, reflexamente, o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

Havendo anuência do contratado, todavia, qualquer dessas situações poderá gerar alterações no contrato, vedadas à falta dela. Vale dizer que outro risco a ser previamente analisado é o referente às conseqüências de o contratado recusar-se a concordar com a alteração, o que seria legítimo, porém poderia acarretar dificuldades ou impedimentos à consecução dos resultados planejados.

6 Intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras

Todas as alterações nas cláusulas regulamentares ou de serviço originais devem assegurar a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras (preço) e monetárias (atinentes a correção e reajustes), caso essas alterações desequilibrem a relação encargo/remuneração inicialmente estabelecida. Ao mesmo tempo que à Administração Pública cabe a prerrogativa de alterar

unilateralmente cláusulas de serviços de seus contratos, em contrapartida, ao contratado assiste o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em face das modificações impostas mercê do uso da prerrogativa (Lei nº 8.666/93, art. 58, §§1º e 2º).

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro não pode ser tisnado sequer por força de lei, dado ser esta submissa, necessariamente, ao art. 37, XXI, da Constituição da República, segundo o qual obras, serviços e compras serão contratados com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, *mantidas as condições efetivas da proposta*, ou seja, assiste ao contratado o direito à manutenção da equação econômico-financeira inicial. Extrai-se, pois, que a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras ficará defendida tanto contra as intercorrências que o contratado sofra em virtude de alterações unilaterais, quanto contra elevações de preços que tornem mais onerosas as prestações a que esteja obrigado, como, ainda, contra o desgaste do poder aquisitivo da moeda, temas que serão examinados adiante. Frise-se: a intangibilidade é da equação equilibrada, não da literalidade do preço; este pode ser alterado, desde que mantida aquela.

7 Formalização das alterações contratuais

As alterações que se fizerem necessárias nos termos iniciais ajustados devem ser expressas (Lei nº 8.666/93, art. 60), observar os princípios que regem as contratações públicas e seguir as exigências impostas por lei, que são, dentre outras: necessária e prévia justificativa (exposição das razões de fato e de direito que demonstrem a imprescindibilidade e a vantagem das alterações para o implemento dos resultados de interesse público planejados art. 65, *caput*); existência de dotação orçamentária que atenda ao aumento da despesa, quando for o caso (art. 65, §8º); autorização da autoridade competente (art. 57, §§2º e 4º); formalização por meio de instrumento adequado, guardadas a análise e a aprovação, em caso de termo aditivo, por assessoria jurídica da Administração (art. 38, parágrafo único); publicidade pertinente (art. 61, parágrafo único).

Ao que estabelece o art. 4º da Lei nº 8.666/93, o procedimento licitatório caracteriza ato administrativo formal. Significa que quaisquer alterações nas condições previamente ajustadas também devem ser procedidas formalmente, segundo os requisitos previstos em lei, como garantia de atendimento aos princípios da legalidade, da eficiência e da transparência das ações dos agentes públicos.

8 Perfil genérico das alterações contratuais

Passa-se ao exame dos aspectos gerais das várias possibilidades de alterações contratuais, unilaterais ou por acordo, sem a pretensão de esgotá-las, dada a infinidade de situações que podem surgir na casuística das contratações públicas.

8.1 Alterações qualitativas e quantitativas

O objeto descrito no projeto anexo ao instrumento convocatório ou integrante do processo de contratação direta seja o básico (art. 7º, I), o executivo (7º, II) ou a especificação completa dos bens na hipótese de compras (art. 15, §7º, I) poderá receber modificações pela Administração contratante, caso esta verifique e justifique que os resultados pretendidos somente serão alcançados se houver melhor adequação técnica nas condições originalmente estabelecidas, mantendo-se intocada a natureza do objeto.

As hipóteses previstas nas alíneas "a" e "b" do inciso I, do art. 65, decorrem da prerrogativa concedida à Administração Pública de alterar unilateralmente as condições inicialmente ajustadas.

O contratado não pode se opor às alterações, desde que respeitado o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, acaso afetado pelas alterações unilateralmente impostas. Tanto que o §1º do mesmo preceptivo estabelece que o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. Em havendo necessidade de supressão desse objeto (reforma de edifício ou de equipamento), esta deverá limitar-se a 25% do valor inicial atualizado do contrato.

Tanto nas alterações contratuais quantitativas quanto nas alterações qualitativas deve ser observado o limite legal estabelecido nos §§1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93. O Tribunal de Contas da União, por meio da Decisão nº 215/99, citada no Acórdão nº 1.428/2003, Plenário, assentou que:

9.3.2 proceda a rigoroso acompanhamento das obras do Projeto de Irrigação Várzea de Sousa/PB (Convênio nº 071/98 - SIAFI 353321), e observe, na hipótese de vir a ser solicitada nova alteração no projeto aprovado, o contido na Decisão nº 215/1999 - Plenário - TCU, que firmou o entendimento de que tanto nas alterações contratuais quantitativas quanto nas alterações qualitativas deve ser observado o limite legal estabelecido nos §§1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, só se admitindo a extrapolação desse limite em casos excepcionalíssimos, desde que satisfeitos os pressupostos fixados na referida decisão. (Acórdão nº 1.428/2003, Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar, Processo TC 013.791.2001-7, *DOU* de 03.10.2003)

Eis as situações de excepcionalidade, definidas na Decisão Plenária nº 215/99, que pôs fim a extensa discussão doutrinária e jurisprudencial:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas que modificam a dimensão do objeto quanto as unilaterais qualitativas que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou sejam gravosíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência; (Relator Min. José Antonio Barreto de Macedo, Processo TC 930.039.1998-0, *DOU* de 21.05.1999)

Seguem-se julgados acerca da possibilidade excepcional de ultrapassar-se o limite legal estabelecido nos §§1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93:

9.1. determinar à Petróleo Brasileiro S.A. que:

9.1.1 atente para o disposto no art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93, apenas celebrando termos aditivos de valores superiores a 25% do valor inicial contratado nas hipóteses excepcionais previstas na Decisão nº 215/99-Plenário; (Acórdão nº 1.329/2003, Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar. Processo TC 011.173/2003-5, *DOU* de 18.09.03)

8. ... este Tribunal já entendeu que se trata de serviços de natureza continuada, admitindo prorrogações de prazo por iguais e sucessivos períodos, desde que limitadas a 60 meses, segundo o entendimento expresso no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. É possível, pois, que, no cômputo final, o valor de um contrato dessa espécie ultrapasse o limite de 25% permitido em lei, desde que as alterações sejam decorrentes de ações com as mesmas características daquelas formalizadas no objeto original, a serem executadas nos períodos relativos às respectivas prorrogações de prazo. Como bem sustentado na análise da unidade técnica, tal entendimento restou consubstanciado, recentemente, no Voto condutor do Acórdão nº 643/2007, de minha autoria. (Acórdão nº 1.626/2007, Plenário, Relator Min. Augusto Nardes. Processo TC 001.986/2006-8, *DOU* de 17.08.07)

8.2 Requisitos necessários das alterações unilaterais

As alterações unilaterais previstas no dispositivo citado exigem da Administração a observância, dentre outros, dos seguintes requisitos:

(a) existência de projeto básico, tratando-se de obras e serviços: tendo em vista que as alterações propõem-se a modificar o projeto ou as especificações inicialmente estabelecidas, qualitativa ou quantitativamente, também elas, as alterações, devem ser precedidas de projeto básico, incluindo nova análise de riscos ("9.3.13. elaborar projeto básico previamente à realização de aditamentos contratuais, em especial, quando implicar acréscimos quantitativos do objeto, nos termos do art. 7º, §2º, I, da Lei nº 8.666/93 c/c art. 65, I, b, do mesmo diploma legal;" Acórdão nº 740/2004, Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar. Processo TC 013.661.2003-0, *DOU* de 25.06.2004);

(b) motivação expressa pela autoridade competente, podendo servir de supedâneo pareceres e estudos técnicos elaborados por profissionais habilitados, de modo a configurar a superveniência, em relação à instauração da licitação ou à instrução do processo de contratação direta, dos fatos determinantes das alterações;

(c) ato administrativo que autoriza a alteração por meio de aditamento, também pela autoridade competente;

(d) existência de recursos orçamentários, na hipótese de a alteração gerar aumento de despesa;

(e) formalização por meio de termo aditivo, cuja minuta, elaborada pelos setores administrativos interessados, deve passar por análise e aprovação pela assessoria jurídica da Administração (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93);

(f) publicação do resumo do termo (art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

Não se altera contrato, muito menos se executa a alteração, sem termo aditivo, ao que se extrai de julgado do Tribunal de Contas da União "3.4 passe a promover, em tempo hábil, por meio de aditamento, a devida formalização das eventuais alterações contratuais sempre que houver modificação dos projetos ou das especificações originariamente contratadas, em conformidade com o disposto no art. 65, inciso I, alíneas a e b, da Lei n. 8.666/93" (Decisão nº 545/1996, Plenário, Relator Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Processo TC 003.859/96-7, *DOU* de 16.09.96).

8.3 Contratos de valor estimado

O planejamento adquiriu *status* de princípio fundamental da Administração Pública com o Decreto-Lei nº 200/67, na dicção de seu art. 6º "As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I - Planejamento".

O planejamento é inseparável de toda a atividade administrativa, inclusive no trato com licitações e contratações públicas, por ser imperiosa a necessidade de os administradores definirem as prioridades que devam ser atendidas, em que medida e tempo. Como segmento inicial do ciclo completo da gestão técnica (planejamento, execução, controle e avaliação), deve reunir elementos suficientes para uma visão global do objeto da contratação, propiciando condições para obtenção de resultados positivos e eficazes para o interesse público.

Dentre os elementos que auxiliam o administrador no planejamento eficaz de suas contratações figuram: (a) a estimativa da quantidade e do custo do objeto, este obtido pela realização de ampla pesquisa de preços junto ao mercado; e (b) a definição dos recursos orçamentários suficientes para cobrir as despesas, computadas as eventuais prorrogações do prazo de vigência contratual, nas hipóteses admitidas em lei.

Não obstante a realização de um planejamento eficaz do objeto de que necessite a Administração, em algumas contratações, somente é possível conhecer-se o valor devido ao contratado por ocasião do pagamento da despesa. Prevendo essa possibilidade, a Lei nº 4.320/64, art. 60, instituiu ser "vedada a realização de despesa sem prévio empenho. (...) §2º Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar".

A índole estimativa é da despesa, não da nota de empenho, que só deverá ser extraída após a formalização do processo de liquidação e pagamento de cada despesa, à vista da nota fiscal apresentada pela contratada e atestada pela Administração contratante.

Como dedução do orçamento vigente, cada empenho gera um bloqueio formal da parcela envolvida, cujo valor reduz o saldo até então disponível. Infringir essa determinação legal sujeita o agente responsável a penalidades, tais a desorganização e a incerteza que a infração acarreta para o controle orçamentário, expondo a Administração Pública e seus usuários aos efeitos da mora (atraso no cumprimento de obrigação) ou do inadimplemento (não cumprimento definitivo de obrigação).

O empenho de recursos admite três modalidades:[1]

Ordinário (quando o pagamento deve ser efetuado em parcela única e o valor exato pode ser conhecido *a priori*. Exemplo: aquisição de caderno para anotações);

Estimativo (quando o valor exato do montante não pode ser conhecido *a priori*. Geralmente, os empenhos feitos por estimativa são pagos em várias parcelas à medida que se vai, mensalmente, tomando conhecimento dos respectivos valores. Exemplo: consumo de energia elétrica em um certo trimestre);

Global (quando as despesas dependem de contrato e de outras despesas vinculadas ao sistema de parcelamento, cujo valor exato de cada parcela e do montante geral possa ser conhecido *a priori*. Exemplo: locação de um equipamento a valor fixo mensal, durante um trimestre).

J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis[2] lecionam:

Já foi citado o caso de falta de dotação para pagar a conta de energia que cabe perfeitamente aqui. Se não se sabe, ou não se pode calcular, o montante exato da despesa, faz-se o empenho sempre prévio e por estimativa; o valor exato da despesa poderá ser conhecido no exercício de origem ou no exercício subsequente.

No exercício de origem:

 Se a estimativa for menor que o valor exato, far-se-á o empenho complementar da diferença;

 Se a estimativa empenhada for maior que o valor exato, anula-se a parte referente à diferença, revertendo esta à dotação por onde correu a despesa.

No exercício subsequente, as despesas que não se processaram na época própria poderão ser pagas à conta da dotação Despesa de Exercícios Anteriores, de conformidade com as disposições do art. 37 da lei.

8.3.1 Contrato de valor estimado e limite fixado no art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93

Nos contratos de valor estimado, as alterações quantitativas do objeto não ficam limitadas ao percentual de 25% do valor inicial atualizado. Airton Rocha Nóbrega[3] faz ver que:

Despesa Estimada em Contratos Administrativos

(...)

Questão que se propõe no cotidiano da administração visa saber como tratar as situações em que não se tem condições de estabelecer previamente um valor certo e determinado para a execução do contrato, limitando este a determinados montantes, como é previsto e desejável.

A proposta, em tal caso, contemplará o valor relativo a determinadas unidades que comporão o valor global ofertado e estas unidades servirão como parâmetro para o cálculo de serviços que, se solicitados e efetivamente prestados, serão remunerados. É o caso, por exemplo, do transporte aéreo de passageiros, manutenção de máquinas e equipamentos, manutenção predial, fornecimento de água, luz e telefone, dentre outras inúmeras situações.

Constata-se, em tais circunstâncias, que, ao estipular-se um valor para o contrato, os parâmetros se referem aos diversos itens que compõem a proposta, mas não ao montante global da despesa. O planejamento desta se fará de modo estimado, embora não se tenha sequer a certeza de que ele será alcançado ou mesmo de que não será superado além dos limites previstos no art. 65, §1º. Vincula-se o valor do contrato, em tais circunstâncias, às necessidades da administração, não podendo estas atender aos parâmetros usualmente adotados em relação a outras situações.

Prevendo essa possibilidade, indica a Lei nº 4.320/64, no bojo do §2º do art. 60, que "será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar". Oportunos comentários a respeito asseveram que "Podem ser empenhadas por estimativa despesas cujo valor exato seja de difícil identificação e aquelas que obrigatoriamente são realizadas, dada a sua importância e natureza". Adita-se ainda a respeito que "são empenháveis por estimativa despesas tais como: compra de produtos químicos para tratamento de água; combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; despesas de viagem; telefone, água, adiantamentos a funcionários; juros e outras."[3] (op. cit., p. 123).

A solução legal prevista para a situação ora cuidada, pelo que estampa o ordenamento visto, impõe, de todo modo, a emissão de empenho com indicação de um valor que não prevê o montante determinado, mas sim o custo provável a ser oportunamente realizado. A especificação dos gastos, para efeitos de destaque de recursos, terá em conta uma quantia estimada, calculada de forma aproximada em face de montantes anteriormente despendidos. Assim determinada a despesa, pode esta ser objeto de variação tanto para mais quanto para menos.

Indagação que disso resulta, visa a saber se ficará o contrato, celebrado em tais condições, submetido às mesmas hipóteses de variação de seus montantes e, em especial, vinculado, para seus acréscimos e reduções, ao limite de gasto de 25%, especificado no art. 65, I, "b" c/c §1º, da Lei nº 8.666/93.

A resposta que se pode ofertar, considerando o que a respeito se detecta na legislação própria, é no sentido de que a estipulação de valor estimado não cria uma vinculação para a administração que a impediria de ir além de tais limites. O *quantum* estimado da contratação gera a possibilidade de executar-se o contrato com valores bem inferiores ao estimado, observadas as necessidades reais detectadas durante sua execução, pois nenhuma certeza se deferiu ao contratado de que seria atingido tal montante. De igual forma ter-se-á como proceder quando se venha a sentir a necessidade de efetuar gasto superior àquele estipulado.

Forçoso reconhecer que quando se tratar de contratação que teve por objeto não a indicação de um valor determinado para o objeto a ser executado, mas sim *quantum* estimado de gastos a serem feitos, não se pode falar em aditamento limitado a 25% do valor inicialmente previsto. Comporta a situação objeto da presente análise clara solução no sentido de que, em tais casos, quando não tiver o contrato um valor prefixado, passa a administração a ter a possibilidade de realizar sempre a alocação de novos recursos para a sua execução, desde que demonstrada a necessidade da prestação dos serviços e a possibilidade de assunção do gasto a que se propõe.

Há de atentar-se, pois, não para a *previsão estimada*, mas sim para o limite que naturalmente resulta da modalidade de licitação adotada, devendo esta constituir-se em limite específico para os gastos pretendidos. Adotada, por exemplo, a *tomada de preços*, vinculada estaria a administração ao piso máximo para esta fixado no art. 23, I e II. Caso fosse o convite a modalidade adotada, estaria adstrita à despesa do montante inscrito na mesma disposição normativa. Respeitar-se-ão os limites

anteriormente aludidos e, enquanto vigente o contrato, os valores nele previstos variarão consoante as necessidades da administração.

A realização de tais gastos, é certo, deve ser antecedida da emissão de empenho de dotação orçamentária suplementar, impondo, com esse objetivo, apenas o *apostilamento* a que se refere o art. 65, §8º, da Lei nº 8.666/93, ficando dispensada a celebração de termo aditivo para esse fim. Esta a orientação que melhor se adequa a tais situações, quando, pela própria natureza da contratação, não se tem como estipular um valor fixo para a despesa a ser feita.

8.4 Alterações contratuais decorrentes de fusão, cisão ou incorporação da contratada

Interpretando o disposto no art. 78, VI, da Lei Geral das Licitações e Contratações, o Tribunal de Contas da União tem considerado que, se não houver expressa regulamentação no instrumento convocatório ou no contrato a ele anexo, dispondo de modo diverso, é possível manter vigentes contratos cujas empresas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, ou celebrar contrato com licitante que tenha passado por um desses processos, desde que: (a) sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original ou no procedimento realizado para a contratação direta; (b) sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato; (c) não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e (d) haja a anuência expressa da Administração à continuidade do contrato.

A modificação da razão social e demais registros da pessoa jurídica contratada, na hipótese de fusão, cisão ou incorporação, efetivam-se por meio de termo aditivo, sendo desnecessária a celebração de novo contrato, tendo em vista que todas as condições convencionadas no contrato original e em eventuais aditamentos devem permanecer inalteráveis. Nada obstante, da fusão, cisão ou incorporação de que resulte nova empresa, a recomendar que a Administração analise os riscos de com esta manter o contrato, ainda que não impedida de fazê-lo. A minuta de termo aditivo não prescinde de prévia análise e aprovação pela assessoria jurídica (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93) e publicação na imprensa oficial (art. 61, parágrafo único, da mesma Lei).

Sumarie-se a orientação do Tribunal de Contas da União:

9.3. comunicar ao Dnit que este Tribunal não encontra óbices a que a empresa Xingu Construtora Ltda., resultante da cisão da empresa Xingu Construtora de Obras Ltda., venha a celebrar o contrato resultante da licitação nº 002/99/DER/DO-PR, Lote 2, desde que atendidas as seguintes condições:

9.3.1. no processo de contratação, reste efetivamente comprovado o atendimento, pela Xingu Construtora Ltda., de todas as condições de habilitação e qualificação previstas no Edital licitatório;

9.3.2. o eventual contrato seja celebrado nos termos previstos no Edital da citada concorrência;

9.3.3. seja revisado o projeto da obra, verificando-se, inclusive, a conformidade com as especificações técnicas de rodovias federais;

9.3.4. a revisão acima não produza alteração significativa no objeto da licitação realizada, bem como não resulte prejuízo para Administração em função do aumento de quantitativos de itens que tenham preços unitários acima do mercado e da redução de quantitativos de itens com preços unitários abaixo do mercado, levando em consideração as determinações do Acórdão nº 583/03-Plenário, retificado pelo Acórdão nº 1.034/03-Plenário;

9.3.5. haja previsão legal para a aplicação de recursos federais em trechos incluídos na MP 82/02;

9.3.6. não haja outros óbices legais e prevaleça o interesse da administração na efetivação da contratação; (Acórdão nº 365/2007, Plenário, Relator Min. Augusto Nardes. Processo TC 017.793/2006-2, *DOU* de 16.03.07)

Ainda:

9.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, §2º, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 264 do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente consulta, para, alterando o entendimento consubstanciado no Acórdão 1.108/2003-Plenário, responder ao consulente que, nos termos do art. 78, incisos VI e XI, da Lei 8.666/1993:

9.1.1. se não houver expressa regulamentação no edital ou no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, uma vez feitas as alterações subjetivas pertinentes, bem como celebrar contrato com licitantes que tenham passado pelo mesmo processo, desde que, em qualquer caso, sejam atendidas cumulativamente as seguintes condições:

9.1.1.1. observância pela nova empresa dos requisitos de habilitação de que trata o art. 27 da Lei 8.666/93, segundo as condições originalmente previstas na licitação;

9.1.1.2. manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original;

9.1.1.3. inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e

9.1.1.4. anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato; (Acórdão nº 634/2007, Plenário, Relator Min. Augusto Nardes. Processo TC 009.072/2006-0, *DOU* de 23.04.07)

9 Equilíbrio econômico-financeiro do contrato (recomposição de preços)

Doutrina e jurisprudência (dos tribunais judiciais e de contas) convergem quanto à intangibilidade da equação econômico-financeira estabelecida entre a Administração Pública contratante e o particular contratado. Estando o contratado cumprindo o seu encargo contratual, bem como a Administração contratante honrando com a respectiva remuneração, e não havendo disparidade entre as respectivas obrigações (encargo-remuneração), conclui-se que as partes permanecem nas condições que as levaram a contratar, não lhes assistindo, portanto, direito a se esquivarem do cumprimento da avença, que, no momento da celebração, consagrou uma equação econômico-financeira por ambas considerada equilibrada.

As chamadas cláusulas econômicas de um contrato podem ser objeto de recomposição em decorrência de eventos que tornem o negócio excessivamente oneroso para o particular contratado, ou de encargos que deixem de existir para esse, ou, ainda, nos casos de alteração unilateral pela Administração contratante, no uso de sua prerrogativa legal.

Conquanto o contrato administrativo destine-se ao atendimento de fins públicos, para o que a Lei nº 8.666/93, no art. 58, assegura prerrogativas à Administração (modificar unilateralmente cláusulas regulamentares ou de serviço; extingui-lo unilateralmente, nos casos especificados; fiscalizar-lhe a

execução; aplicar sanções motivadas pela inexecução parcial ou total do ajuste), a relação jurídica, para o particular contratado, objetiva lucro, inserido na remuneração consubstanciada nas cláusulas econômico-financeiras. Obriga-se, pois, a Administração Pública a respeitar os interesses do contratado, no que se conciliem com os princípios da ordem econômica e financeira (CR/88, art. 170).

A imutabilidade das cláusulas contratuais (*pacta sunt servanda*), mitigada pela função social do contrato que lhe passou a integrar o perfil no Código Civil de 2002, cede, também, a fatos que, sobrevindos no curso de sua execução, agravem-lhe o respectivo custo, ocasionando uma desproporção entre a obrigação assumida e a correspondente remuneração.

Os contratos administrativos podem sofrer alterações em suas cláusulas econômicas tanto em decorrência de modificações unilateralmente introduzidas pela Administração nas cláusulas de serviço, em busca dos resultados almejados pela contratação, quanto em presença de fatores que tornem mais onerosas as prestações a que esteja obrigado o contratado. Também, ainda, diante de alterações tributárias que repercutam, para mais ou para menos, sobre o valor contratual (*vg.*, instituição, supressão ou modificação de alíquotas de tributos incidentes sobre a atividade contratada art. 65, §5º).

Importa que haja permanente equivalência entre os encargos suportados pelo particular contratado e a remuneração paga pela Administração contratante. O efeito principal desse postulado contratual é o de propiciar às partes a oportunidade de restabelecerem o equilíbrio toda vez que de alguma forma for ele rompido.

9.1 O reequilíbrio econômico-financeiro na Lei nº 8.666/93

Prevê a Lei nº 8.666/93 que o valor contratual é passível de recomposição mediante: (a) reajuste, de que é espécie a repactuação; (b) compensação financeira em decorrência de atraso no pagamento; e (c) revisão.

9.1.1 Reajuste

O reajuste é a via jurídica adequada para preservar o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido pelas partes, quando elevações dos custos se mostrem capazes de inviabilizar a execução do objeto contratado. Faz-se através da aplicação de índice previsto no próprio contrato e sua incidência limita-se ao preço, mantidas as demais cláusulas.

Os instrumentos convocatórios e os contratos estipulam que o valor contratual poderá ser reajustado segundo o disposto nos arts. 5º, §1º, 40, XI, e 55, III, da Lei nº 8.666/93.

A previsão de reajuste de preços nos contratos, a omissão a seu respeito ou a existência de cláusula que estabeleça preço fixo e irreajustável (nos contratos cuja vigência seja inferior a doze meses) não afastam a possibilidade de alterar-se o contrato em virtude de situações supervenientes, imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadoras ou impeditivas da execução do ajustado, ou, ainda, em decorrência de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual. A via jurídica apropriada, nessas hipóteses, será outra a da revisão, que não se restringe ao preço, podendo estender-se a qualquer cláusula contratual, como se verá.

As cláusulas de reajuste regulam situações ordinárias e previsíveis, diferentemente da hipótese de revisão. Esta destina-se a salvar o contrato abalado por situações imprevisíveis e incontroláveis pela

vontade dos contraentes, por isso que a revisão independe de previsão no instrumento convocatório ou no contrato, podendo ocorrer a qualquer momento, desde que comprovados os eventos causadores do desequilíbrio a que se deve acudir.

A análise dos riscos do contrato poderá prever e ministrar soluções para as hipóteses de reajuste, mas dificilmente cogitará, a não ser em tese, dos fatos ou fenômenos que ensejam a revisão, portadores que são de alto teor de imprevisibilidade.

9.1.1.1 Previsão normativa

O direito à manutenção do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato tem sede no art. 37, XXI, da CR/88:

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.

A Lei nº 8.666/93 trata do reajuste nos seguintes dispositivos:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

§1º Os créditos a que se refere este artigo terão seus valores corrigidos por *critérios previstos no ato convocatório e que lhes preservem o valor*.

Art. 40. O edital conterá 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;

Na Lei nº 10.192/01 (Plano Real):

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

9.1.1.2 Omissão da cláusula de reajuste no instrumento convocatório ou no termo de contrato

Depreende-se das normas supra transcritas que a Lei nº 8.666/93 obriga a inserção, no edital, de item que contemple o reajuste de preços, aplicável também nos convites, e a presença, como cláusula necessária nos contratos, a que estabeleça os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento do valor contratual, podendo o licitante, ou qualquer interessado, impugnar os termos do edital e seus anexos quando houver omissão ou divergência entre eles.

Omisso o instrumento convocatório ou o termo contratual quanto ao reajuste e seus critérios, e, não havendo impugnação, o regime do contrato é o do preço fixo e irreajustável. Presumir-se-á que o contratado renunciou ao reajuste porque embutiu no valor de sua proposta de preços os riscos pertinentes à variação dos custos de execução do objeto. Tanto que se assegura ao contratado o direito de não prorrogar o prazo de vigência contratual, nas hipóteses do art. 57, I, II e IV, da Lei nº 8.666/93 (cujas vigências podem ultrapassar doze meses), quando seus encargos tornarem-se onerosos em virtude da ausência de cláusula de reajuste.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 479/2007, Plenário, firmou a compreensão de que, embora omissos o instrumento convocatório e o termo de contrato, que lhe é anexo, em relação à cláusula de reajuste, é facultado à Administração adotá-la, se pedido houver do contratado "22 (...) Nesse particular, diferente seria a situação se tivesse havido omissão da Hemobrás quanto à cláusula de reajuste, no que a Administração teria a faculdade de adotá-la ante eventual pleito" (Relator Min. Valmir Campelo. Processo TC 001.332/2007-2, *DOU* de 30.03.07).

O julgado convida à reflexão. É que, não havendo impugnação ao instrumento convocatório, ou após decidida a que houver sido oferecida, dito instrumento (edital ou carta-convite) passa a ser a lei do certame, vinculando a Administração e os licitantes aos seus termos (Lei nº 8.666/93, art. 41). Violaria o princípio da vinculação ao instrumento convocatório a inserção no contrato, por meio de termo aditivo, de condição, como o reajuste, não prevista originariamente. A diretriz do TCU terá efetuado uma ponderação de bens igualmente tutelados pela ordem jurídica: de um lado, a impossibilidade de reajuste não previsto; de outro, a superveniência de alteração nos custos, de ordem a inviabilizar a execução sem o reajuste. A Corte terá concluído que a não execução do contrato causaria dano maior ao interesse público. Segue-se que somente cabe reajuste sem previsão editalícia ou contratual caso o contratado ministre prova cabal de que houve variação no custo de tal grandeza que resultará impraticável a execução sem o reajuste, e este observará índice que corresponda estritamente àquela comprovada variação.

9.1.1.2.1 Uniformidade de disposições no instrumento convocatório e no termo de contrato

Não obstante a Lei nº 8.666/93 fazer referência a que o edital contemple o critério de reajuste e figure no contrato cláusula que estabeleça, também, o critério, a data-base e a periodicidade do reajustamento, tais disposições deverão convergir em ambos os instrumentos. Aliás, a convergência

de itens do instrumento convocatório e de cláusulas contratuais deve alcançar toda e qualquer disposição referente à licitação. Visite-se o seguinte julgado do TCU: "9.4.4. observe o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto nos artigos 3º e 54, §1º, da Lei 8.666/93, abstendo-se de prever nas minutas de contratos regras distintas das fixadas no edital;" (Acórdão nº 668/2005, Plenário. Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Processo TC 004.709/2005-3, *DOU* de 03.06.05).

E na hipótese de o instrumento convocatório prever determinado índice e, por lapso, outro constar da minuta de termo de contrato? Prevalece aquele fixado no instrumento convocatório, pelo princípio da vinculação. Uma vez decorrido o prazo sem impugnação ou após sua decisão, com ou sem republicação do instrumento convocatório, este passa a ser a lei interna do certame, obrigando a Administração a respeitar as regras que haja previamente estabelecido para discipliná-lo, como consignado no art. 41 da Lei nº 8.666/93.

9.1.1.3 Aplicação de índices oficiais

Índices oficiais são referenciais nos quais os critérios de reajuste devem basear-se na atualização dos preços contratuais. Consoante dispõe o art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93, podem ser adotados como critérios de reajuste *índices setoriais*, como o INCC (Índice Nacional de Custo da Construção), nas contratações de obras, assim como os índices de custos da construção civil (ICC) por capitais, da Fundação Getulio Vargas.

A Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, veda, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos artigos 2º e 3º do Decreto-Lei[4] nº 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º da Lei[5] nº 8.880, de 27 de maio de 1994.

A mesma lei (nº 10.192/01) também admite a possibilidade de estipular-se a correção monetária ou o reajuste por índices de preços gerais, além de índices setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos, desde que estes tenham prazo de vigência igual ou superior a doze meses.

Celso Antônio Bandeira de Mello[6] pontua que as cláusulas de reajuste devem reportar-se a índices oficiais que deverão reproduzir a real modificação dos contratos. E à Administração não é dado manipulá-los, ou por qualquer modo viciá-los em detrimento do contratante.

O Tribunal de Contas da União, por meio da Decisão nº 698/2000, Plenário, recomenda fixar-se índice de reajuste nos contratos cujo objeto seja a execução de obra, com vigência inferior a doze meses, na eventual hipótese de atingir-se ou superar-se esse prazo em virtude da não conclusão do objeto no período inicialmente ajustado, desde que sem culpa do contratado, *verbis*: "8.1.6. nos contratos relativos às obras financiadas com recursos federais, mesmo nos casos cuja duração seja inferior a um ano, preveja a possibilidade de reajuste, fazendo menção ao indicador setorial aplicável, nos casos em que, inexistindo culpa do contratado, o prazo inicialmente pactuado não seja cumprido;" (Relator Min. Humberto Guimarães Souto. Processo TC 675.047/1996-0, *DOU* de 11.09.00).

9.1.1.4 Data-base

O art. 55, III, da Lei nº 8.666/93 alinha como cláusulas necessárias em todo contrato administrativo as que estabeleçam a *data-base e a periodicidade* do reajustamento de preços. E o art. 40, XI, tratou de fixar o termo inicial para o cômputo do período a partir do qual é possível o reajustamento do

valor contratual: da data prevista para a apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir. A conjunção "ou" indica que à Administração cabe optar por um dos eventos.

Assim também estabeleceu a Lei nº 10.192/01:

Art. 3º (...)

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.

Eis a posição do Tribunal de Contas da União:

Proposta de decisão

(...)

Atualmente, a matéria (reajuste) é regulada pela Lei 10.192, de 2001, resultante da conversão da Medida Provisória 1.171, de 1995, cujo diploma legal, em seu artigo 3º, parágrafo 1º, estabelece que a periodicidade anual do reajuste dos contratos em que seja parte a administração pública, direta ou indireta, será contada a partir da data limite fixada para a apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir. (Decisão nº 290/2002, Segunda Câmara, Relator Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Processo TC 016.352/1999-8, *DOU* de 02.07.02)

9.1.1.5 Periodicidade

Versando sobre contratos a longo prazo,[7] buscou o legislador fazer com que a Administração Pública estabelecesse a periodicidade para que a equação econômico-financeira permanecesse equilibrada de tempos em tempos. A Lei nº 10.192/01, dispondo sobre medidas complementares ao Plano Real, reputa nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a doze meses, prazo mínimo que deve ser observado para devolver ao negócio a paridade entre os encargos do particular e a remuneração paga originariamente pela Administração.

Ilustra-se com a hipótese de um contrato cujo objeto seja a prestação de serviços contínuos com vigência de doze meses, prorrogáveis até o limite de sessenta meses (art. 57, II, da Lei nº 8.666/93), tendo sido fixado o reajuste do valor contratual por índice geral de preços. Ou de um contrato para execução de obra, com vigência superior a doze meses, cujo índice de reajuste seja o INCC, tendo como termo *a quo* para a contagem do período de doze meses, em ambos os casos, a data da proposta, ofertada em 5 de julho de 2008. Em 5 de julho de 2009 o contratado fará jus ao reajuste, que, nessas hipóteses previsão contratual de índices oficiais consagrados para objetos determinados , será concedido pela Administração independentemente de pedido expresso do contratado.

Acerca do reajuste automático, veja-se o texto de julgado do Tribunal de Contas da União, que se vale das lições de Marçal Justen Filho:

4. No caso concreto, portanto, dever-se-ia falar em reajuste, onde não se opera a modificação do contrato celebrado. Segundo Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 8ª edição, Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p. 407 e 408):

"O reajustamento de preços (...) consiste na previsão antecipada da ocorrência da inflação e na adoção de uma solução para neutralizar seus efeitos. É a determinação de que os preços ofertados pelos interessados serão reajustados de modo automático, independentemente inclusive de pleito do interessado." (Decisão nº 235/2002, Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler. Processo TC 000.727/2000-2, *DOU* de 11.04.02)

Também sobre a concessão automática de reajuste, manifestou-se o Acórdão nº 1.827/2008, Plenário:

32. Consoante destacado no Voto condutor do Acórdão nº 1.309-TCU-1ª Câmara, a diferença fundamental entre os dois institutos é que, enquanto no reajuste há correção automática do desequilíbrio, com base em índices de preços previamente estipulados no edital, na repactuação a variação dos componentes dos custos do contrato deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços, e o contrato é corrigido na exata proporção do desequilíbrio que a parte interessada lograr comprovar. (Relator Ministro Benjamin Zymler. Processo TC nº 027.973/2007-2, *DOU* de 29.08.08)

9.1.1.6 Formalização por meio do apostilamento

Preceitua o §8º do art. 65, da Lei nº 8.666/93, que a variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato não caracteriza alteração, podendo ser registrado por simples apostila, dispensando-se a celebração de aditamento (cujo instrumento, depreende-se, é o termo) e, por consequência, sua publicação em órgão de imprensa oficial, por não incidir o disposto no parágrafo único do art. 61 da Lei Geral, que alude à publicação resumida tão-só de contratos e aditamentos. Assim é, e deve ser, pela evidente razão de que se o reajuste resulta da aplicação de índice previsto no próprio contrato, este não sofreu alteração alguma quando se faz a aplicação de índice nele mesmo previsto, daí não haver o que aditar ao texto original.

De acordo com o Tribunal de Contas da União:[8]

Apostila é a anotação ou registro administrativo que pode ser: feita no termo de contrato ou nos demais instrumentos hábeis que o substituem, normalmente no verso da última página do contrato; juntada por meio de outro documento ao termo de contrato ou aos demais instrumentos hábeis.

A apostila pode ser utilizada nos seguintes casos: variação do valor contratual decorrente de reajuste previsto no contrato; compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento; empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido.

Veja-se, ainda, o seguinte julgado da Corte de Contas federal:

9.3.3. Formalizar, mediante simples apostilamento, as alterações de valores decorrentes de reajustes previstos no próprio contrato, em consonância com o art. 65, §8º, da Lei 8.666/93, evitando a utilização de aditamentos contratuais para esse fim; (Acórdão nº 219/2004, Plenário, Relator Min. Adylson Motta. Processo TC 015.875/2003-6, *DOU* de 22.03.04)

Veja-se, ainda, o entendimento do TCU acerca da utilização do apostilamento como instrumento eficaz a afastar a exigência da garantia inicialmente prevista no instrumento convocatório:

g.8) cumprir o art. 56 da Lei nº 8.666/93, se prevista a exigência de garantia no contrato e, caso seja afastada excepcionalmente tal prescrição em momento posterior à assinatura do ajuste, seja

efetivada apostila ao respectivo contrato, a fim de espelhar a não-exigência da garantia inicialmente requerida pela Administração; (Acórdão nº 595/2001, Segunda Câmara, Relator Min. Ubiratan Aguiar. Processo TC 005.557/2000-3, *DOU* de 30.10.01)

9.1.2 Compensação financeira (atualização)

De acordo com o Tribunal de Contas da União,[9] a compensação financeira é admitida nos casos de eventuais atrasos de pagamento pela Administração, desde que o contratado não tenha concorrido para o atraso. É devida desde a data limite fixada no contrato para o pagamento até a data correspondente ao efetivo pagamento.

9.1.2.1 Previsão legal

Lei nº 8.666/93:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...)

XIV - condições de pagamento, prevendo: (...)

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

Registre-se que nas compras para entrega imediata, cujo pagamento venha a ocorrer em até quinze dias, pode ser dispensada a compensação financeira correspondente ao período compreendido entre a data do adimplemento e a data prevista para o pagamento, a teor do disposto no art. 40, §4º, II, da Lei nº 8.666/93.

A título exemplificativo, o Tribunal de Contas da União,[10] no exercício do controle externo, utiliza o Índice de Preços ao Consumidor Ampliado (IPCA), da Fundação Getulio Vargas, para a atualização de débitos e multas aplicadas.

9.1.2.2 Formalização

Consoante dispõe o §8º do art. 65, da Lei nº 8.666/93, as atualizações (compensações financeiras) não caracterizam alteração do contrato, podendo ser registradas por simples apostila, dispensando-se a celebração de termo aditivo e, por consequência, sua publicação no órgão de imprensa oficial (v. item 9.1.1.6, supra).

9.1.3 Revisão

A revisão é a via jurídica adequada para o fim de restabelecer o valor contratual abalado por álea extraordinária superveniente, que lhe rompeu o equilíbrio econômico-financeiro de modo a inviabilizar a execução do objeto nos termos originalmente convencionados. Diversamente do reajuste, a revisão não é automática e independe de interregno temporal, dado que os seus fatos geradores ocorrem inopinadamente, sendo invencíveis pela vontade dos contraentes. A demora em rever o contrato poderá determinar a sua definitiva inexequibilidade, por isso que a revisão é muito mais ampla que o reajuste, podendo e devendo incidir sobre quaisquer cláusulas contratuais, certo

que, no mais das vezes, não bastará ajustar o preço para restaurar o equilíbrio rompido e viabilizar a execução do contrato. Os efeitos da álea extraordinária sobre o contrato devem ser demonstrados, com o fim de configurar uma das hipóteses de revisão legalmente estabelecidas.

9.1.3.1 Previsão legal

Na Lei nº 8.666/93:

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

II - por acordo das partes: (...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual. (...)

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

A revisão, como retro exposto, não depende de previsão contratual e lapso temporal. Sobrevindo os fatos previstos nos dispositivos mencionados, exsurge o direito do contratado ao restabelecimento do equilíbrio desbastado pela álea extraordinária e extracontratual, desde que comprovada a sua repercussão sobre o objeto do contrato. Aplica-se a teoria da imprevisão como solução eficaz a devolver o equilíbrio entre as obrigações inicialmente estipuladas pelas partes contraentes.

O Tribunal de Contas da União recomenda, em hipótese de revisão, que a Administração "observe o disposto na Lei 8.666/1993, evitando o aditamento de contratos com base em evento não previsto na referida Lei (art. 65), lembrando que as alterações contratuais podem ocorrer, dentre outros motivos, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, e que qualquer superveniência de fatos, tributários e/ou legais, de comprovada repercussão nos preços contratados, poderá implicar na revisão dos contratos, para mais ou para menos, consoante inciso II, alínea d, c/c §5º, do art. 65 da mencionada Lei;" (Acórdão nº 297/2005, Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Processo TC 008.567.2004-6, *DOU* de 01.04.05).

9.1.3.2 Requisitos

9.1.3.2.1 Demonstração dos fatos que ensejam a revisão

Cabe ao contratado demonstrar a superveniência dos eventos que autorizam a revisão, os efeitos gerados e a repercussão sobre a execução do objeto, bem como o desequilíbrio na relação encargo/remuneração. Compete à Administração averiguá-los integralmente e atestá-los, defeso que a parte inclua custos não previstos originariamente no edital e na proposta vencedora.

Postas e analisadas as considerações por ambos os contraentes, a revisão efetivar-se-á por acordo, como preconiza o art. 65, II, da Lei nº 8.666/93, sem descartar a possibilidade de o contratado submeter a questão ao Poder Judiciário, pela via acionária própria dificilmente será a do mandado de segurança, cujo processo exige prova pré-constituída , se insatisfatórios os termos da revisão.

9.1.3.2.2 Formalização por meio de termo aditivo

A revisão, na forma estatuída pelo art. 65, II, "d" e §5º, da Lei nº 8.666/93, objetiva restabelecer a relação que as partes pactuaram entre os encargos do contratado e a devida retribuição pela Administração. A nova moldura contratual, decorrente das alterações que se fizeram necessárias e do acordo entre as partes, demanda formalização por meio de termo aditivo, o qual será publicado na imprensa oficial como condição de sua eficácia. Tão profundo pode ser, e habitualmente é, o redesenho do contrato revisto que o §8º do art. 65 não cogita da revisão como hipótese de simples apostila.

9.1.3.2.3 Existência de recursos orçamentários

A alteração do valor contratual decorrente de revisão depende da prévia existência de recursos que assegurem o seu pagamento. Extrai-se da regra do art. 16, §4º, I, da Lei Complementar nº 101/00 (Responsabilidade Fiscal), que exige como condição para a emissão do empenho a declaração do ordenador da despesa de que o aumento desta compatibiliza-se com a lei orçamentária anual, com o plano plurianual (no caso de obras) e com a lei de diretrizes orçamentárias.

9.1.3.2.4 Prévia análise e aprovação da minuta de termo aditivo pela assessoria jurídica

Ao contrário do reajuste e da composição financeira (atualização), cuja formalização a Lei nº 8.666/93 autoriza fazer-se por simples apostila, a celebração do acordo entre contratante e contratada, objetivando a revisão do contrato, efetiva-se por meio de termo aditivo, o qual exige prévia análise e aprovação pela assessoria jurídica, consoante determina o art. 38, parágrafo único, da Lei Geral. É que da revisão pode resultar contrato profundamente alterado, inclusive quanto à dimensão do objeto e ao modo de sua execução, com o fim ajustá-lo à álea extraordinária.

9.1.3.2.5 Publicação de termo aditivo resumido na imprensa oficial

É um dever imposto pela norma do parágrafo único, do art. 61, da Lei nº 8.666/93 "9.5.3. observe o prazo estabelecido pelo art. 61 da Lei 8.666/93 para a publicação, no Diário Oficial da União, dos termos aditivos aos contratos a serem celebrados;" (Acórdão nº 107/2009, Plenário, Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Processo TC 017.115/2006-3, *DOU* de 06.02.09).

10 Repactuação

10.1 Natureza jurídica

A repactuação é espécie do gênero reajuste, cujo fundamento encontra-se no art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93, que autoriza o reequilíbrio da relação econômico-financeira (reajuste) do contrato baseado na demonstração da variação efetiva dos custos de produção, ou seja, na variação dos elementos que compõem o custo da atividade executada pelo contratado, medida por índice pré-fixado no edital ou no contrato.

A repactuação, no dizer do art. 5º do Decreto[11] nº 2.271, de 7 de julho de 1997, visa adequar os

preços dos contratos administrativos exclusivamente os que tenham como objeto a prestação de serviços contínuos aos novos preços de mercado, através da implementação dos efetivos aumentos de custos aos preços da atividade contratada, demonstrados através de planilhas de custos e formação de preços. Aplica-se aos casos previstos no Decreto, segundo as condições e os requisitos ali previstos, tendo como objetivo o restabelecimento da equação pactuada, todavia através de índices pós-fixados, aptos a medir os aumentos efetivamente ocorridos no curso do contrato, evitando, assim, o repasse automático de índices de preços pré-fixados, como ocorre no reajuste.

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. (Relator Ministro Benjamin Zymler. Processo TC nº 027.973/2007-2, *DOU* de 29.08.08)

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.

10.2 Previsão normativa

Na Constituição Republicana de 1988:

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;

Na Lei nº 8.666/93:

Art. 40. O edital conterá 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;

Ainda,

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;

No Decreto nº 2.271/97:

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.

Na 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):

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.

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.

10.3 Requisitos

A repactuação de preços, como forma de preservar a adequada relação econômico-financeira do contrato administrativo, é condicionada à existência de certos requisitos, como se verá a seguir.

10.3.1 Contratos com duração 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 (art. 57, II, da Lei nº 8.666/93). 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.

Tal 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" (Acórdão nº 1.827/2008, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler. Processo TC n.º 027.973/2007-2. *DOU* de 29.08.08).

10.3.2 Previsão no edital e/ou seus anexos

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 (art. 40, XI), deduz-se, como condição essencial para sua concessão, prévia regulamentação nesse instrumento ou no contrato anexo (art. 40, §2º, III, e art. 62, §1º, 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 é fixo e irreajustável, 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.

10.3.3 Interregno mínimo de doze meses, a contar da data da proposta, do orçamento a que a proposta referir-se ou da última repactuação

O segundo 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. Ou seja, 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 referir-se, ou da última repactuação concedida.

Ilustra-se com alguns julgados do TCU:

- os preços contratados não poderão sofrer reajustes por incremento dos custos de mão-de-obra decorrentes da data base de cada categoria, ou de qualquer outra razão, por força do disposto no art. 28 e seus parágrafos da Lei nº 9.069/95, antes de decorrido o prazo de um ano, contado na forma expressa na própria legislação; (Decisão nº 457/1995, Plenário, Relator Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Processo TC nº TC 009.970/95-9, *DOU* de 24.09.95)

1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97; (Acórdão nº 1.563/2004, Plenário, Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Processo TC 001.912/2004-8)

Ainda, o Acórdão nº 1.563/2004, Plenário:

9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da

IN/Mare 18/97;

10.3.4 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.

Segue-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, cujos agentes responderão pelos riscos decorrentes da aceitação de propostas de repactuação desprovidas de elementos probatórios suficientes.

10.3.5 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 Trabalho (CLT), "*Os Sindicatos convenentes 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 01619-2007-086-0--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 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.*"

Sobre o procedimento para o depósito, registro e arquivamento[12] do acordo ou convenção coletiva do trabalho, veja-se a Instrução Normativa nº 11, de 24 de março de 2009, expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

10.3.6 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. 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.

Recorde-se que a Lei nº 8.666/93 tipificou como crime as condutas em que o agente público admite, possibilita ou dá causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais. Nas mesmas penas de detenção e multa incide o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Vejam-se a respeito precedentes do TCU:

"*9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta,* ***vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97 (grifo não consta no original)****;*"- Acórdão nº 1.563/2004, Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Processo TC 001.912/2004-8, DOU de 06.10.04;

"*1.1. por ocasião das repactuações de contratos administrativos para a prestação de serviços de natureza contínua, considerando o estabelecido na IN/MARE nº 18/97, atente para que os reajustes salariais concedidos às categorias de trabalhadores diretamente relacionadas à prestação do serviço em questão, em decorrência de acordo, convenção ou dissídio coletivo ou equivalente,* ***incidam apenas sobre a parcela dos custos ligados diretamente à mão-de-obra e não sobre todo o valor do contrato, (grifo não consta no original),*** *devendo ser observado também, para o reajustamento pleiteado, o interregno de um ano da data do acordo que serviu de base para a proposta ou para a última repactuação;*" Acórdão nº 1.744/2003, Segunda Câmara, Relator Ministro Guilherme Palmeira. Processo TC 011.378/2002-4, DOU de 13.10.03.

A Instrução Normativa nº 2, de 30.04.08, do MPOG, prevê a possibilidade de incluir-se 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.

Eis o texto do dispositivo:

"*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.*

§1º É vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, sentença normativa, acordo coletivo ou convenção coletiva.

10.3.7 Negociação bilateral visando reduzir custos

Recomenda-se à Administração envidar esforços, por intermédio de negociação com o contratado, no sentido de, sem perder de vista o necessário parâmetro do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, reduzir custos para a atividade administrativa. Tais esforços devem ser retratados em atas lavradas pela Administração e firmadas pelos participantes das reuniões, sendo a seguir entranhadas nos autos do respectivo processo, que é o mesmo da contratação original, compondo o histórico da relação contratual e suas alterações posteriores, o que facilitará a gestão do contrato e os seus controles, interno e externo.

10.3.8 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.

10.3.9 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 (Lei nº 8.666/93, art. 3º). 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[13], "Preço de mercado é o corrente na praça pesquisada". Assim:

"*9.1.1. em eventuais futuros aditivos de serviços no Contrato nº 02/2001, efetue estudo prévio dos preços unitários ofertados de modo a certificar a compatibilidade destes com os praticados no mercado local, bem como com os constantes das tabelas mais recentes do Dnocs, devendo, ao final, tomar-se por base aquele preço que se mostrar mais vantajoso para a Administração;*"- Acórdão nº 250/2005, Plenário, Relator Min. Marcos Vinicios Vilaça. Processo TC 004.750/2001-7, DOU de 24.03.05.

No que respeita 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, respectivamente, pela Portaria nº 10, de 22 de dezembro de 2008, do MPOG, e pela Portaria nº 3, de 21 de fevereiro de 2008, também 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, preocupou-se com o assunto no art. 40, §2º - "*A Administração deverá assegurar-se de que os preços contratados são compatíveis com aqueles praticados no mercado, de forma a garantir a continuidade da contratação mais vantajosa.*"

Quanto a encargos sociais e reserva técnica que devem compor o cálculo da planilha de formação de preços nos contratos de prestação de serviços de vigilância e de limpeza e conservação, anote-se o precedente do TCU:

"*Diante disso, e considerando que o cálculo dos percentuais de encargos sociais depende de estatísticas que podem variar de acordo com o Estado da Federação ou Região, a unidade técnica propõe determinar à SLTI/MP que realize estudos visando atualizar os percentuais que compõem as várias rubricas da planilha de formação de preços dos serviços terceirizados de vigilância e limpeza e conservação, em especial os percentuais de encargos sociais e reserva técnica, utilizando dados estatísticos por Estados da Federação, e que, até que os estudos estejam concluídos, avalie a oportunidade de publicar portaria reduzindo os valores-limite para a contratação dos serviços de limpeza e conservação, tendo por referência os percentuais máximos de encargos sociais e reserva técnica utilizados na Portaria nº 6/2007, da própria SLTI, que fixou limites para os serviços de vigilância*." - Acórdão nº 1.753/2008, Plenário, Relator Min. Marcos Vinicios Vilaça. Processo TC 016.721/2007-7, DOU de 22.08.08.

10.3.10 Manutenção das condições exigidas para habilitação

É a regra que se extrai do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

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

XIII - a 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 isto que se apura previamente à contratação, ou seja, na fase externa do procedimento licitatório. Também por isto 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 hígidos. 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.

10.3.11 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, segundo o qual:

"*Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:*

I - 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.

Veja-se o precedente:

"*9.3.5. não inclua, nos editais das licitações e nos contratos celebrados, cláusulas prevendo: (...)*

9.3.5.2. a incidência de reajuste utilizando índices gerais de preços, índices setoriais ou índices que reflitam a variação de custos, ante a vedação expressa constante nos artigos 4º e 5º do Decreto nº 2.271/97;"- Acórdão nº 554/2005, Plenário, Relator Min. Guilherme Palmeira. Processo TC 007.441/2001-5, DOU de 20.05.05.

10.3.12 Formalização

Para Lucas Rocha Furtado[14], 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 -"*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*" (Licitações & Contratos. Orientações Básicas, 3ª ed., pág. 267). No Acórdão nº 1.827/2008, Plenário, a Corte 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, orienta o órgão de contas federal, 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.*"- Rel. Ministro Relator Benjamin Zymler. Processo TC n.º 027.973/2007-2, DOU de 29.08.2008.

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 que:

"*Art. 40*

(...)

§4º No caso de repactuação, será lavrado termo aditivo ao contrato vigente."

Tem sido ponderado 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.

Do ponto vista estritamente conceitual, contudo, essa não seria a solução tecnicamente escorreita. 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 isto que desnecessário 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.

Seja como for, a opção pelo apostilamento não exime a Administração de verificar a existência de certos requisitos essenciais, a saber: (a) a repactuação deve estar prevista no instrumento convocatório ou no contrato a ele anexo; (b) o prazo do contrato ser igual ou superior a doze meses; (c) interregno mínimo de doze meses a contar da data da proposta, do orçamento a que a proposta se referir ou da última repactuação; (d) comparação das planilhas de custos e formação de preços fornecidas pelo contratado no momento da apresentação da proposta, antes de contratar, e as que deve trazer com o requerimento de repactuação, com vistas a aferir se ocorreu, ou não, a efetiva repercussão dos eventos majoradores nos custos considerados pela proposta original; (e) certificar-se de que o valor repactuado permanece compatível com os preços de mercado; (f) existência de recursos orçamentários suficientes para atender ao valor repactuado; e (g) verificação de que o contratado mantém as condições de habilitação e qualificação exigidas no instrumento convocatório e que comprovou quando da licitação.

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

10.4 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 data-base, 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.

Explica-se: 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 Mello:

"*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."(Princípios Gerais de Direito Administrativo. 2ª ed. Ed. Forense, v. 1, p. 406-407, 1979.)

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.

10.4.1 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 2/08 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 consagrada regra de hermenêutica - aquele a quem se permite o mais, não se deve negar o menos.

10.5 Preclusão lógica do direito à repactuação em face de termo aditivo que manteve as condições originais do contrato

O Acórdão nº 1.827/2008, Plenário do TCU, transita pelos mais diversos temas da repactuação de preços. Um deles concerne à aplicação do instituto processual da preclusão lógica, a alcançar a retroatividade dos efeitos financeiros da repactuação. Extrai-se do voto do relator:

"*54. ... a hipótese ora sob exame apresenta algumas particularidades que impedem a ampla aplicação da tese até aqui exposta.*

55. O Contrato nº 20/2005 foi firmado em 25/4/2005. Decorrido o interregno de um ano da data do acordo que serviu de base para a proposta, a partir de 1/5/2005, data-base que ensejou o primeiro acordo coletivo ocorrido após a vigência do contrato, a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços.

56. Em 2006, foi firmado o Terceiro Termo Aditivo, que teve por objeto a prorrogação do contrato por mais 12 (doze) meses, de 25/4/2006 a 25/4/2007 (fls. 269/270, anexo 2, v. 1). Segundo dispõe o artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, os contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a (60) sessenta meses.

57. A lei reconhece que a prorrogação pode acarretar a alteração das condições originais da contratação não apenas em relação aos prazos contratuais. Apesar de as cláusulas iniciais do contrato serem mantidas inalteradas, as cláusulas relacionadas aos preços podem ser revistas em respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

58. Nos termos acima expostos, considero que, nas hipóteses de prestação de serviços contínuos, cada prorrogação caracteriza um novo contrato. Uma vez assinado o termo aditivo, o contrato original não mais pode ser repactuado.

59. Desse modo, no momento da assinatura do Terceiro Termo Aditivo caberia à contratada, caso ainda não tivesse postulado, suscitar seu direito à repactuação, cujos efeitos retroagiriam a 1/5/2005, data-base que ensejou a celebração de novo acordo coletivo que alterou o salário da categoria profissional. Contudo, o que aconteceu foi tão-somente a alteração do prazo contratual, ratificando-se todas as demais cláusulas e condições estabelecidas no contrato original (fls. 269/270, anexo 2, v. 1).

60. Ao aceitar as condições estabelecidas no termo aditivo sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, a empresa Poliedro deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita. Em outros termos, a despeito do prévio conhecimento da majoração salarial decorrente do acordo coletivo ocorrido em maio de 2005, a empresa contratada agiu de forma oposta e firmou novo contrato com a Administração por meio do qual ratificou os preços até então acordados e comprometeu-se a dar continuidade à execução dos serviços por mais 12 (doze) meses.

61. Por conseguinte, considero que a solicitação de repactuação contratual feita pela empresa Poliedro em 10/4/2007, com efeitos retroativos a 1/5/2005, encontra óbice no instituto da preclusão lógica. Com efeito, há a preclusão lógica quando se pretende praticar ato incompatível com outro anteriormente praticado. In casu, a incompatibilidade residiria no pedido de repactuação de preços que, em momento anterior, receberam a anuência da contratada. A aceitação dos preços propostos pela Administração quando da assinatura da prorrogação contratual envolve uma preclusão lógica de não mais questioná-los com base na majoração salarial decorrente do acordo coletivo ocorrido em maio de 2005.

62. A contrario sensu, ao se admitir que os efeitos da repactuação pudessem retroagir a períodos anteriores à data da assinatura do termo aditivo de prorrogação contratual, o juízo discricionário feito pela Administração acerca da conveniência e oportunidade em prorrogar o contrato (juízo este baseado na qualidade dos serviços prestados e na adequação dos preços até então praticados) restaria comprometido. É nesse sentido que o artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, ao dispor sobre a possibilidade de prorrogação dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua, estabelece, como finalidade, a "obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração".

63. Ressalto que a aplicação de um instituto processual, tal qual a preclusão, ao feito sob exame decorre do entendimento de que a execução de um contrato é um processo, composto por diversos atos, que concede direitos e impõe obrigações às partes.

64. Por outro lado, na data da solicitação da repactuação por parte da empresa Poliedro (10/4/2007), estava em vigor o Terceiro Termo Aditivo, cuja vigência abrangia o período de 25/4/2006 a 25/4/2007. Assim, tendo em vista que os efeitos da repactuação somente podem incidir sobre contrato em vigor, entendo que o termo a quo a ser adotado para a incidência dos efeitos da repactuação contratual solicitada deve ser 1/5/2006, primeira data-base ocorrida após a vigência do Terceiro Termo Aditivo. A partir de 1/5/2006, portanto, a empresa contratada passou a deter direito à nova repactuação dos preços do contrato em vigor.

65. A adoção da data-base como termo a quo para a incidência dos efeitos da repactuação contratual justifica-se pelo fato de que, regra geral, os efeitos do acordo ou convenção coletiva de trabalho que dispõe sobre majoração salarial retroagem à data-base da categoria que deu ensejo à revisão.

66. Desse modo, considerando que, a partir da data-base, a empresa passa a arcar com o incremento

dos custos da mão-de-obra ocasionado pela majoração salarial decorrente do acordo coletivo, a tese ora defendida encontra amparo nos princípios da justa correspondência das obrigações e da vedação ao enriquecimento sem causa, conforme já abordado nos itens 48 e 49 deste Voto."

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.

---

[1] Comentários à Lei 4320/1964. Flávio da Cruz, Adauto Viccari Jr., José Osvaldo Glock, Nélio Herzmann, Rui Rogério Naschenweng Barbosa, Atlas: São Paulo, 3ª ed., p. 101.

[2] A Lei 4320/64 comentada. Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 25ª ed., Rio de Janeiro, p. 117.

[3] **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, nº 32, ano 3, ago. 2004, p. 4.158 a 4.160.

[4] "Art 1º - São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro. Art 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior: I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias; II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior; III - aos contratos de compra e venda de câmbio em geral; IV - aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional; V - aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações

referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país. Parágrafo único. Os contratos de locação de bens móveis que estipulem pagamento em moeda estrangeira ficam sujeitos, para sua validade a registro prévio no Banco Central do Brasil. Art 3º No caso de rescisão judicial ou extrajudicial de contratos a que se refere o item I do artigo 2º deste Decreto-lei, os pagamentos decorrentes do acerto entre as partes, ou de execução de sentença judicial, subordinam-se aos postulados da legislação de câmbio vigente."

[5] "Art. 6º - É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior."

[6] Curso de Direito Administrativo. Ed. Malheiros, 14ª ed., São Paulo, 2002, p. 590.

[7] Aqueles com prazo de vigência superior a doze meses, segundo o disposto no art. 2º, caput, da Lei nº 10.192/01, o qual admite a estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos **contratos de prazo de duração igual ou superior a doze meses**.

[8] Licitações & Contratos. Orientações Básicas. 3.ª Edição. TCU. p. 271. Disponível em http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/CLASSIFICACAOPORASSUNTO/LICITACOES-CONTRATOS/LICITACOES-CONTRATOS-3AED.PDF).

[9] Ibid., p. 290.

[10] Licitações & Contratos. Orientações Básicas, 3.ª ed., TCU, p. 290.

[11] Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

[12] Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Relações do Trabalho. Instrução Normativa nº 11, de 24 de março de 2009. "Dispõe sobre o depósito, registro e arquivo de convenções e acordos coletivos de trabalho nos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego. O SECRETÁRIO DE RELAÇÕES DO TRABALHO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 17, incisos II e III, do Anexo I ao Decreto nº 5.063, de 3 de maio de 2004 e o art. 1º, incisos II e III, do Anexo VII à Portaria nº 483, de 15 de setembro de 2004, resolve: Art. 1º Disciplinar os procedimentos para depósito, registro e arquivo de convenções e acordos coletivos de trabalho e seus respectivos termos aditivos nos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE. Art. 2º Os requerimentos de registro de convenções e acordos coletivos de trabalho e seus respectivos termos aditivos deverão ser efetuados por meio do Sistema MEDIADOR, disponível no endereço eletrônico do MTE na internet (www.mte.gov.br), por qualquer das partes signatárias, observados os requisitos formais e de legitimidade previstos na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 e nesta Instrução Normativa. Art. 3º Os instrumentos coletivos serão registrados eletronicamente no módulo da intranet do Sistema MEDIADOR. Art. 4º Para os fins desta Instrução Normativa, considera-se: I - instrumento coletivo, a convenção ou o acordo coletivo de trabalho e seus respectivos termos aditivos; II - depósito, o ato de entrega do requerimento de registro do instrumento transmitido via internet por meio do Sistema MEDIADOR, no protocolo dos órgãos do MTE, para fins de registro; III - registro, o ato administrativo de assentamento da norma

depositada; IV - arquivo, o ato de organização e guarda dos documentos registrados, para fins de consulta; V - solicitante, a entidade sindical ou a empresa a quem foi atribuída a responsabilidade de elaborar e transmitir, via internet, o instrumento coletivo para o MTE; e VI - signatárias, todas as entidades sindicais e empresas partícipes de um instrumento coletivo. Art. 5º Os instrumentos coletivos de trabalho deverão observar os requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, as disposições do Título VI da CLT e demais normas vigentes, com vistas a assegurar sua validade. Art. 6º O protocolo do requerimento de registro emitido por meio do Sistema MEDIADOR deverá ser efetuado: I - na Secretaria de Relações do Trabalho - SRT, quando se tratar de norma com abrangência nacional ou interestadual; e II - nos órgãos regionais do MTE, nos demais casos. Art. 7º O solicitante deverá transmitir, por meio do Sistema MEDIADOR, todas as informações necessárias à validade do instrumento coletivo, inclusive as cláusulas convencionadas, classificadas em grupos e subgrupos. Parágrafo único. Deverão ser indicadas, no pedido, todas as entidades sindicais - profissionais e patronais - e os empregadores que participaram do instrumento coletivo, bem como os representantes ou procuradores dessas entidades que assinarão o requerimento de registro. Art. 8º Com a transmissão dos dados, o Sistema gerará o requerimento de registro de instrumento coletivo, que deverá ser assinado pelos representantes ou procuradores de todas as entidades sindicais e de todos os empregadores partícipes do instrumento. § 1º Todos os partícipes poderão visualizar o conteúdo do instrumento coletivo no Sistema MEDIADOR durante a elaboração e, após a transmissão, o instrumento definitivo transmitido ao MTE. § 2º O requerimento de registro de instrumento coletivo, assinado por todos os partícipes, deverá ser apresentado no protocolo do órgão do MTE, acompanhado de procuração outorgando poderes ao signatário, quando for o caso. § 3º O protocolo do requerimento de registro assinado pelas partes faz presumir que o instrumento coletivo, transmitido via eletrônica ao MTE, corresponde ao negociado pelos signatários. Art. 9º Após o protocolo do requerimento de registro do instrumento transmitido via internet ao MTE por meio do Sistema MEDIADOR, o servidor competente deverá cadastrar o seu depósito no módulo intranet desse Sistema, informar a data do protocolo e o número do processo e iniciar a sua análise formal. § 1º Verificada a regularidade das informações enviadas, o servidor deverá efetuar o registro do instrumento coletivo no banco de dados do Sistema MEDIADOR e informar aos interessados, por meio de ofício. § 2º As irregularidades serão notificadas ao solicitante para as retificações necessárias, que deverão ser efetuadas até o termo final da vigência do instrumento coletivo.§ 3º Em caso de nulidade, o servidor deverá promover o arquivamento sem registro do instrumento coletivo, justificando seu ato, e informar aos interessados, por meio de ofício. § 4º Expirada a vigência do instrumento coletivo sem que tenham sido efetuadas as retificações necessárias, o processo será arquivado sem registro. Art. 10. Os instrumentos coletivos registrados ficarão disponíveis para consulta de qualquer interessado na página eletrônica do MTE (www.mte.gov.br). Art. 11. Os casos omissos serão resolvidos pela SRT. Art. 12. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Instrução Normativa SRT nº 6, de 6 de agosto de