



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER Nº 02/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.007116/2016-72

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. PRECLUSÃO LÓGICA DO DIREITO AO REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO (POR ÍNDICES) DOS PREÇOS CONTRATADOS COM A PRORROGAÇÃO CONTRATUAL OU O ENCERRAMENTO DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE, SALVO EM CASO DE RENÚNCIA EXPRESSA E INEQUÍVOCA AO DIREITO PELO CONTRATADO. NÃO CABIMENTO DE APLICAÇÃO ANALÓGICA OU DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS TERMOS DO PARECER JT-02, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2009. ART. 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 40, INCISO IX, E ART. 55, INCISO III, DA LEI N.º 8.666/1993. ART. 3º DA LEI N.º 10.192/2001.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por meio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos (CPLC), através da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

I – identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II – promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III – submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. Tendo presentes estes objetivos, foi submetida ao exame desta subscritora questão apresentada à CPLC pela Procuradoria Seccional da PFE/INSS em Goiânia/GO, em resposta ao Memorando Circular Eletrônico CPLC/DEPCONSU/PGF nº 03/2014, relativa à ocorrência da preclusão lógica do direito ao reajuste em sentido estrito nos contratos administrativos, à semelhança do que se dá em relação à repactuação, consoante a tese firmada no Parecer JT-02, de 26 de fevereiro de 2009, aprovado pelo Presidente da República.

4. Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e doutrina e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

5. É o relatório.

I- DA PRECLUSÃO LÓGICA DO DIREITO À REPACTUAÇÃO DE PREÇOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

6. Para a contextualização e análise do tema trazido a debate, deve-se esclarecer, inicialmente, as origens da tese da preclusão lógica do direito à repactuação de preços no contrato administrativo.

7. A matéria foi objeto de exame pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no âmbito de Representação formulada pela equipe de auditoria da Corte, em decorrência de fiscalização realizada no Ministério dos Transportes, na qual se constatou uma série de supostas irregularidades na execução do Contrato n.º 19/2005, firmado entre o mencionado órgão e a empresa Montana Soluções Corporativas Ltda., tendo por objeto a prestação de serviços especializados de tecnologia da informação de natureza continuada. Dentre os vícios apontados, estaria a realização de pagamentos relativos à repactuação de preços do Contrato nº 19/2005, com efeitos financeiros retroativos, sem previsão legal.

8. Examinando a extensão e os limites dos efeitos da repactuação, o TCU aplicou a essa forma de reajustamento contratual o instituto da preclusão lógica, em raciocínio desenvolvido no Acórdão n.º 1.828/2008 – TCU – Plenário¹. Transcreva-se, por oportuno, o seguinte excerto extraído do Voto do Ministro Benjamin Zymler, relator do referido Acórdão:

73. 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.

74. Nos termos acima expostos, considero que, nas hipóteses de prestação de serviços continuados, cada prorrogação caracteriza um novo

¹ A questão da preclusão lógica foi objeto de iguais considerações no âmbito do Acórdão 1.827/2008- TCU – Plenário, prolatado na mesma sessão de julgamento em que proferido o Acórdão n.º 1.828/2008 – TCU – Plenário, no dia 27/08/2008.

contrato. Uma vez assinado o termo aditivo, o contrato original não mais pode ser repactuado.

75. Desse modo, quando da assinatura do Terceiro Termo Aditivo caberia à contratada, caso ainda não tivesse postulado, suscitar seu direito à repactuação, cujos efeitos retroagiriam à 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. 96/97, anexo 1).

76. Ao aceitar as condições estabelecidas no termo aditivo sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, a empresa Montana 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 oposita 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.

77. Por conseguinte, considero que a solicitação de repactuação contratual feita pela empresa Montana em 6/2/2007, 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 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.

78. *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"*.

79. 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.

[...]

99. Registre-se que não se antevê a possibilidade de que o raciocínio construído neste Voto possa vir a resultar em significativos gastos para a Administração em face de solicitações de repactuações contratuais pretéritas. Isso porque a tese que advogamos limita o exercício do direito à repactuação à data de prorrogação contratual.

100. Repito, conforme já explicitado, considero ser a repactuação contratual um direito que decorre de lei (artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93), com fundamento em mandamento constitucional (artigo 37, inciso XXI), e que confere ao contratado a possibilidade de adequar os preços do contrato administrativo de serviços contínuos aos novos preços de mercado. Assim sendo, não vejo como a Administração possa restringir seu exercício por meio de um ato normativo ou de um contrato. Claro está, entretanto, que estamos falando de direitos disponíveis, passíveis de preclusão, tal como colocado no presente Voto.

[...]

102. Do que ressei do entendimento ora perfilhado, o prazo para que a contratada exerça, perante a Administração, seu direito à repactuação terá início, após observado o interregno mínimo de um ano, na data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário


normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado (podendo ou não, como mencionado nos itens 78 a 81 deste Voto, retroagir à data-base que ensejar a celebração dos referidos instrumentos) e findará no momento da assinatura de novo termo aditivo. Ou seja, em termos gerais, o direito de repactuar surgirá quando ocorrer um aumento dos custos do contratado, devendo a repactuação ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente.

103. Se o contratado não pleitear de forma tempestiva a repactuação e, por via de consequência, prorrogar o contrato sem realizá-la ou, ao menos, prevê-la expressamente, entendo que ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar. (grifo nosso)

9. A preclusão, segundo a definição clássica de Chiovenda², consiste na perda, extinção ou consumação de uma dada faculdade processual, seja pelo fato de não haver a parte observado a ordem assinalada pela lei ao exercício da faculdade; por haver a parte realizado atividade incompatível com o exercício da faculdade que se deseja exercer; ou, ainda, por já haver a parte exercitado validamente a faculdade. A partir dessas lições, verifica-se a existência de três espécies de preclusão: a temporal, a lógica e a consumativa.

10. No que importa ao exame da questão ora em debate, verifica-se a preclusão lógica quando a extinção do direito de efetivar determinado ato processual decorre da prática de algum ato com ele incompatível. Por exemplo, se a parte renuncia ao direito de recorrer de uma decisão judicial, não poderá, em momento posterior, manifestar interesse em interpor recursos dessa mesma decisão, já que praticara ato logicamente incompatível com essa sua faculdade processual³.

11. No acórdão acima transcrito, considerou o TCU que, muito embora o direito à repactuação de preços, como espécie de reajuste, tenha sede constitucional (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal⁴), consiste em direito patrimonial disponível, passível de preclusão. Dessa forma, caso a contratada concorde com a prorrogação do contrato administrativo - e, conseqüentemente, com os preços já contratados -, sem antes haver requerido a repactuação desses mesmos preços, ou, ainda, sem ressaltar expressamente esse seu direito, ter-se-á por consumada a preclusão lógica do direito de repactuar.

12. A tese da incidência da preclusão do direito à repactuação foi, posteriormente, acolhida pela Advocacia-Geral da União (AGU), no âmbito do Parecer AGU/JTB 01/2008, aprovado pelo Parecer nº JT-02, de 26/02/2009, da lavra do Advogado-Geral da União. Este último, por sua vez, fora aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos 

² Apud ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 623-624.

³ Ibidem. P. 625.

⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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;

arts. 41 e 42 da Lei Complementar nº 73/93, em caráter de parecer normativo, vinculante a toda a Administração Pública Federal⁵.

13. Sobre o assunto, explanou o Parecer AGU/JTB 01/2008 que:

Ora, no momento em que se firma novo termo aditivo ao contrato, está-se, na verdade, constituindo novo contrato tendente a prorrogar a avença com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, conforme pode se ver pelo art. 57 da Lei de Licitações:

[...]

Isto porque, todo contrato - e aqui se inclui os respectivos termos aditivos - possui um prazo de vigência especificado, não podendo ter vigência indeterminada, sendo certo que todos os efeitos dele decorrentes devem advir deste período em que se encontrava vigorando.

Findo seu prazo de duração e prorrogado o contrato, sem que o interessado argua seu direito decorrente de evento do contrato originário ou anterior, entende-se, conforme decidiu a Corte de Contas, que houve preclusão lógica do direito consubstanciada na prática de ato incompatível com outro anteriormente praticado.

A preclusão é a perda da faculdade de praticar ato em razão da prática de outro ato incompatível com aquele que se pretenda exercitar. Trata-se de fenômeno processual, que acaba por interferir no direito material da parte.

E a incidência do instituto processual no caso em tela se justifica diante do fato de que a execução do contrato compreende a concatenação de atos administrativos tendentes a um produto final. (grifo nosso)

14. Em conclusão, o Parecer AGU/JTB 01/2008 uniformizou o entendimento de que *"quanto ao termo final para o contratado requerer a repactuação, tem-se que a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não o for de forma tempestiva, haverá a preclusão do direito do contratado de repactuar"*.

15. Aludido posicionamento foi incorporado ao texto da Instrução Normativa n.º 02, de 30 de abril de 2008, do Ministério Planejamento, Orçamento e Gestão, pela Instrução Normativa n.º 03, de 16 de outubro de 2009, que alterou o art. 40 da referida norma, nele incluindo o § 7º, para dispor que: *"As repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato"*.

16. Dessa forma, no âmbito da Administração Pública Federal, a repactuação de preços do contrato administrativo a que os contratados fizerem jus deve ser pleiteada até a assinatura do termo aditivo de prorrogação contratual subsequente, ou até o encerramento da vigência do instrumento, pena de preclusão. *o*

⁵ Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República

17. Nesse contexto, a questão que se põe a exame diz respeito exatamente à possibilidade de se estender a tese acima explanada, da preclusão lógica do direito de repactuar, ao reajuste em sentido estrito (por índices) dos preços contratados.

II- DA NÃO OCORRÊNCIA DA PRECLUSÃO DO DIREITO AO REAJUSTE POR ÍNDICES DOS PREÇOS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.

18. Aqueles que advogam a tese de que a preclusão lógica do direito de repactuar se aplica ao reajuste por índices dos preços do contrato administrativo argumentam que tanto a repactuação quanto o reajuste em sentido estrito são espécies do gênero reajustamento, o que consta do art. 37, *caput*, da Instrução Normativa SLTI/MP n.º 02/2008⁶ e é admitido, inclusive, pelo TCU⁷.

19. Portanto, ocorrendo a preclusão para a repactuação, de igual sorte, pelas mesmas razões e nas mesmas bases, ocorreria também para o reajuste, aplicando-se, por analogia, o entendimento firmado no Parecer nº JT-02/2009, consagrado no art. 40, § 7º, da Instrução Normativa SLTI/MP n.º 02/2008.

20. A questão, entretanto, comporta maiores considerações. Senão, veja-se.

21. Como acima afirmado, o reajuste em sentido estrito ou por índices e a repactuação constituem critérios de reajustamento (em sentido amplo) dos preços contratados e têm como objetivo fundamental assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo diante dos eventos decorrentes da álea ordinária do ajuste, assim definida como *"o risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado."*⁸

22. Deveras, ambos os critérios de reajustamento visam manter "as condições efetivas da proposta" diante da variação de preços previsível e paulatina ao longo do tempo, em decorrência do processo inflacionário. Como salienta Joel de Menezes Niebuhr, no reajustamento, *"a Administração antecipa-se à variação de preços que ela de antemão sabe que irá ocorrer, prevendo, no próprio edital da licitação e no contrato, critério para fazer frente a ela"*⁹. *du*

⁶ Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

⁷ Nesse sentido, tem-se, por exemplo, o Acórdão nº 1.563/2004 - TCU - Plenário.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 157.

⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 4ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 1.022.

23. Nada obstante possuam a mesma raiz constitucional (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal) e legal (art. 40, inciso XI, e art. 55, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993)¹⁰, reajuste em sentido estrito e repactuação consistem em institutos diversos e inconfundíveis.

24. Com efeito, o reajuste em sentido estrito toma por base a indexação dos preços ajustados, estipulando-se em edital e contrato um determinado índice a ser utilizado - em regra setorial -, que reflita a variação dos custos da execução do objeto contratado¹¹. Além dos dispositivos já citados, o reajuste por índices dos preços do contrato administrativo tem por fundamento o disposto nos arts. 2º e 3º da Lei n.º 10.192/2001¹², a qual dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real.

25. Já a repactuação, a seu turno, encerra modalidade especial de reajustamento, aplicável tão somente a contratos de serviços de natureza continuada, com dedicação exclusiva de mão de obra. Destina-se, em síntese, a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação, vinculando-se não a um índice de preços, mas à

¹⁰ Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela.

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

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

¹¹ GARCIA, Flavio Amaral. Aspectos Polêmicos da Cláusula de Reajuste nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, volume 61, p. 132, 2006.

¹² Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

§ 3º Ressalvado o disposto no § 7º do art. 28 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.

§ 4º Nos contratos de prazo de duração igual ou superior a três anos, cujo objeto seja a produção de bens para entrega futura ou a aquisição de bens ou direitos a eles relativos, as partes poderão pactuar a atualização das obrigações, a cada período de um ano, contado a partir da contratação, e no seu vencimento final, considerada a periodicidade de pagamento das prestações, e abatidos os pagamentos, atualizados da mesma forma, efetuados no período.

§ 5º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos contratos celebrados a partir de 28 de outubro de 1995 até 11 de outubro de 1997. (Vide Medida Provisória nº 2.223, de 4.9.2001)

§ 6º O prazo a que alude o parágrafo anterior poderá ser prorrogado mediante ato do Poder Executivo. (Vide Medida Provisória nº 2.223, de 4.9.2001)

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

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

§ 2º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.

efetiva alteração dos custos contratuais, que deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços. A repactuação encontra-se disciplinada no art. 5º do Decreto n.º 2.271/1997¹³, bem assim pela já citada Instrução Normativa SLTI/MP n.º 02/2008.

26. A conceituação e distinção entre os institutos do reajuste em sentido estrito e da repactuação já foi objeto de exame por parte desta Câmara Permanente de Licitações e Contratos, por meio do PARECER N.º 04/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, oportunidade na qual se concluiu que "*Repactuação e reajuste são institutos distintos. A adoção do instituto cabível não é discricionária e deve observar os parâmetros estabelecidos pela Orientação Normativa AGU n.º 23/2009*".

27. Referido enunciado, por sua vez, estabelece que "*O edital ou o contrato de serviço continuado deverá indicar o critério de reajustamento de preços, sob a forma de reajuste em sentido estrito, admitida a adoção de índices gerais, específicos ou setoriais, ou por repactuação, para os contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos*".

28. Das definições e disposições acima transcritas, é possível perceber, de logo, que a principal nota distintiva entre o reajuste e a repactuação reside, como assentado no item 15 do PARECER N.º 04/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, no modo como o reajustamento contratual é calculado:

Enquanto o primeiro implica a adoção de cálculo fundado na variação de índice de preços previamente indicado em fórmula paramétrica prevista no contrato (ex.: IGP-DI, INPC, IPCA), a repactuação analisa a variação de cada custo de uma planilha, tal qual prevê o art. 5º do Decreto n.º 2.271/97 [...]. (grifo nosso)

29. Nesse sentido, o TCU, no Acórdão n.º 1309/2006 – 1ª Câmara, assentou que:

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. (grifo nosso)

30. Dessa forma, verifica-se que a repactuação "*consiste numa avaliação dos custos necessários à execução de um contrato, fazendo-se uma comparação entre dois momentos históricos. No reajuste, apenas se produz a incidência de um incide de*"

¹³ 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 a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstrarão analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Parágrafo Único. Efetuada a repactuação, o órgão ou entidade divulgará, imediatamente, por intermédio do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG, os novos valores e a variação ocorrida.

variação de preços; na repactuação (e na revisão) produz-se uma análise da efetiva variação dos custos”.¹⁴

31. Justamente pelo fato de exigir a análise da variação de cada componente dos custos da execução contratual, a repactuação, como determina o art. 40, *caput*, da Instrução Normativa SLTI/MP n.º 02/2008¹⁵, demanda solicitação expressa e justificada da parte contratada, acompanhada da demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços e de toda a documentação que a fundamenta, notadamente do novo acordo, convenção ou dissídio coletivo da categoria profissional envolvida na prestação dos serviços, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.

32. A Administração, a seu turno, deverá examinar os argumentos suscitados e a documentação apresentada pela contratada, a fim de constatar a efetiva variação dos custos contratados, proferindo decisão formal acerca do pedido de repactuação, no prazo máximo de sessenta dias, contados a partir da solicitação e da entrega dos comprovantes de variação dos custos, como prevê o art. 40, § 3º, da Instrução Normativa SLTI/MP n.º 02/2008.

33. Evidente, pois, que a repactuação exige uma conduta ativa do particular do contratado face à Administração, no sentido de requerer, formal e justificadamente, o reajustamento dos preços contratados, fazendo prova da efetiva alteração de custos.

34. Nessa linha de intelecção, a inércia do contratado em pleitear a repactuação de preços do contrato a que já fizer jus por ocasião da subsequente renovação do contrato administrativo equivale, de acordo com a tese adotada pelo TCU e pela AGU, à aceitação dos valores até então contratados, ou, ainda, à renúncia tácita¹⁶ ao reajustamento que lhe seria devido.

35. Assim, não é dado ao contratado, após a assinatura do termo aditivo de prorrogação do prazo de vigência contratual, requerer a repactuação dos preços ajustados, pois tal conduta se mostra contraditória em relação à anterior aceitação dos preços contratados (ou à renúncia tácita ao reajustamento), configurando, pois, a preclusão lógica do direito de repactuar os preços do contrato.

36. Entender de modo diverso implicaria, sob essa ótica, admitir o comportamento contraditório da empresa contratada, em violação ao princípio da

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Repactuação e reajuste nos contratos de serviços contínuos da Administração Indireta*. Disponível em <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/81.pdf>. Acesso em 04 mar. 2016.

¹⁵ 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 ou do novo acordo convenção ou dissídio coletivo que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

¹⁶ ALMEIDA, Jader Miranda de. DUARTE, Daniel Walner Santana. Renúncia tácita e reajustes de contratos administrativos. *Revista de Direito da Procuradoria do Estado de Goiás*. Disponível em www.pge.go.gov.br. Acesso em 05 mar. 2016.

proibição do *venire contra factum proprium*, corolário da cláusula geral da boa-fé objetiva.¹⁷

37. O mesmo não pode ser dito, entretanto, em relação ao reajuste em sentido estrito. Isso porque o reajuste consiste na aplicação automática de índices gerais, específicos ou setoriais, que refletem as elevações inflacionárias ou as reduções deflacionárias. É justamente a nota da automaticidade do reajuste em sentido estrito que afasta a incidência da preclusão lógica em relação a esse critério de reajustamento.

38. Deveras, como leciona Marçal Justen Filho, "*o reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independente de averiguação efetiva do desequilíbrio. Aprofundando os conceitos, o reajuste consiste em consequência de uma espécie de presunção absoluta de desequilíbrio*"¹⁸.

39. A automaticidade do reajuste significa, em outras palavras, que a sua concessão não demanda a prévia comprovação, pelo contratado, da alteração de cada um dos custos envolvidos na execução do contrato; ao revés, a ocorrência da variação de custos é presumida, e a sua correção se dá por meio da mera aplicação periódica aos preços contratados dos índices oficiais previamente estabelecidos em edital e contrato, consoante uma fórmula matemática prevista nesses instrumentos. Para tanto, há que se aferir, apenas, a variação acumulada do índice previsto nos 12 (doze) meses anteriores à data-base do reajuste.

40. Aludida fórmula, destaque-se, foi definida expressamente pelo legislador, no art. 5º do Decreto n.º 1.054, de 07/02/1994¹⁹, que regulamenta o reajuste de preços nos contratos da Administração Federal direta e indireta, nos seguintes termos:

Art. 5º Os preços contratuais serão reajustados para mais ou para menos, de acordo com a variação dos índices indicados no instrumento convocatório da licitação ou nos atos formais de sua dispensa ou inexigibilidade, ou ainda no contrato, com base na seguinte fórmula, vedada a periodicidade de reajuste inferior a um ano, contados da data limite para apresentação da proposta: (Redação dada pelo Decreto nº 1.110, de 13.4.1994)

I - I₀

R = V _____, onde:

I₀

R = valor do reajuste procurado;

V = valor contratual do fornecimento, obra ou serviço a ser reajustado;

I₀ = índice inicial - refere-se ao índice de custos ou de preços correspondente à data fixada para entrega da proposta da licitação;

I = índice relativo à data do reajuste. (Redação dada pelo Decreto nº 1.110, de 13.4.1994) *en*

¹⁷ ALMEIDA, Jader Miranda de. DUARTE, Daniel Walner Santana. Renúncia tácita e reajustes de contratos administrativos. *Revista de Direito da Procuradoria do Estado de Goiás*. Disponível em www.pge.go.gov.br. Acesso em 05 mar. 2016.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 748.

¹⁹ Art. 1º O reajuste de preços nos contratos a serem firmados pelos órgãos e entidades da Administração Federal direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, rege-se-á pelo disposto neste decreto.

Parágrafo único. Para a produção ou fornecimento de bens, realização de obras ou prestação de serviços que contenham mais de um insumo relevante, ou cuja singularidade requeira tratamento diferenciado, poderá ser adotada a fórmula de reajuste abaixo, baseada na variação ponderada dos índices de custos ou preços relativos aos principais componentes de custo considerados na formação do valor global de contrato ou de parte do valor global contratual: (Redação dada pelo Decreto nº 1.110, de 13.4.1994)

$I_1 - I_{1,0} \quad I_2 - I_{2,0} \quad I_n - I_{n,0}$

$R = V a_1 \dots\dots\dots + a_2 \dots\dots + \dots\dots\dots + a_n \dots\dots$

$I_{1,0} \quad I_{2,0} \quad I_{n,0}$

R = valor do reajustamento procurado;

V = valor contratual do fornecimento, obra ou serviço a ser reajustado;

I_1 = índice de custos ou de preços correspondente ao parâmetro "a1" e relativo à data do reajuste; (Redação dada pelo Decreto nº 1.110, de 13.4.1994)

I_n = índice de custos ou de preços correspondente ao parâmetro "an" e relativo à data do reajuste; (Redação dada pelo Decreto nº 1.110, de 13.4.1994)

$I_{1,0}$ = índice inicial correspondente ao parâmetro a1 relativo à data fixada para o recebimento da proposta da licitação;

$I_{n,0}$ = índice inicial correspondente ao parâmetro an relativo à data fixada para o recebimento da proposta da licitação.

a1, a2, ..., an = parâmetros cuja soma é igual a 1 (um).

41. O TCU, inclusive, já admitiu o caráter automático do reajuste em sentido estrito, aduzindo que "A diferença entre repactuação e reajuste é que este é automático e deve ser realizado periodicamente, mediante a simples aplicação de um índice de preço, que deve, dentro do possível, refletir os custos setoriais. Naquela, embora haja periodicidade anual, não há automatismo, pois é necessária a demonstração da variação dos custos do serviço" (Acórdão nº 1374/2006- TCU – PLENÁRIO).

42. Nessa esteira, considera-se que, uma vez estabelecido em edital e pactuado entre as partes no âmbito do contrato administrativo, o reajuste deve ser automática e periodicamente realizado pela própria Administração contratante, e de ofício, não sendo exigível prévio requerimento ou solicitação por parte do contratado.

43. Trata-se, em realidade, do simples e regular cumprimento, pela Administração, da cláusula contratual que estabelece o reajuste por índices dos preços inicialmente contratados e, em última análise, do próprio edital e da legislação de regência.

44. Não se olvide, inclusive, que o princípio geral da força obrigatória dos contratos ou *pacta sunt servanda* aplica-se, também, ao contrato administrativo, com

esteio no art. 54 da Lei n.º 8.666/1993²⁰, ainda que com os temperamentos das chamadas cláusulas exorbitantes²¹, dispendo o art. 66 da Lei de Licitações que:

Art. 66. O contrato deverá ser 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. (grifo nosso)

45. Sobre a concessão de ofício do reajuste, convém transcrever, por sua clareza, as lições de Joel de Menezes Niebuhr²², *in verbis*:

O inciso XI, do art. 40 da Lei n.º 8.666/1993, combinado com o § 1º do art. 3º da Lei n.º 10.192/01, é categórico ao prescrever que o edital de licitação deve dispor de critério de reajuste, que deve retratar a variação do custo de produção e que deve ser aplicado depois de doze meses da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se refere.
[...]

Pois bem, por força dos supracitados dispositivos legais, o reajuste deve ser disciplinado no edital. Então, a Administração deve determinar, no edital, o critério para o reajuste, que é devido depois de doze meses da data da proposta ou do orçamento a que a proposta se refere. Em vista disso, vencidos os doze meses, a Administração deve dar cumprimento de ofício ao edital e, em última instância, à legalidade, independentemente de requerimento do contratado. Se de fato ocorrem as condições que autorizam o reajuste, na forma do edital e do contrato, ele deve ser concedido quase que de forma automática, ainda que o contratado não tenha se manifestado. O cumprimento do edital e da legalidade em todos os seus aspectos e inclusive no que tange ao reajuste não é condicionado ao pleito do contratado.

Para que o reajuste não seja concedido, é necessário que haja renúncia expressa do contratado. Somente assim a Administração pode escusar-se de aplicar o critério de reajuste enfeixado no edital da licitação. (grifo nosso)

46. Igualmente, Marçal Justen filho, ao comentar o disposto no citado art. 40, inciso XI, da Lei n.º 8.666/1993, entende que o dispositivo contém "*determinação de que*"

²⁰ Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

²¹ Registre-se, por oportuno, que as cláusulas econômico-financeiras do contrato administrativo encontram-se à margem da prerrogativa da Administração de modificar unilateralmente o ajuste celebrado (art. 65, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993), sendo possível eventual alteração apenas por acordo das partes, nas condições do art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei n.º 8.666/1993, isto é, "*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 conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual*". (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

²² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 4ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 1.030.

*os preços ofertados pelos interessados serão reajustados de modo automático, independentemente, inclusive, de pleito do interessado*²³.

47. Considerando-se que o reajuste deve ser realizado automaticamente e concedido de ofício pela Administração, eventual assinatura de termo aditivo de prorrogação do prazo de vigência do contrato administrativo sem que a contratada tenha previamente suscitado seu direito ao reajuste ou promovido a ressalva do direito de assim proceder em momento posterior em nada afeta o seu direito ao reajuste em sentido estrito dos preços avençados.

48. Isso porque, salvo melhor juízo, o reajuste por índices exige a postura ativa por parte da Administração, e não do contratado, sendo que caberia ao órgão contratante, uma vez atingida a respectiva data-base²⁴, apenas adotar as providências cabíveis quanto à aplicação da cláusula contratual de reajuste, de sorte a assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

49. Registre-se que não fora fixada em lei, tampouco na regulamentação infralegal do instituto, a exigência de prévia solicitação formal como condição para a concessão do reajuste, muito menos se estabeleceu um prazo específico para que o contratado exercesse esse seu direito, ao contrário do que se passa quanto à repactuação.

50. Por conseguinte, se, previamente à renovação do contrato ou ao seu encerramento, o particular deixa de suscitar o direito aos pretéritos reajustes, isso não pode ser equiparado à aceitação dos preços contratados ou à renúncia tácita ao direito de reajuste, mormente para acarretar à parte consequências negativas e restringir um direito que lhe é contratualmente garantido.

51. Não se há falar, assim, em preclusão lógica (ou até mesmo temporal) em hipóteses tais, sendo esta uma característica dos contratos reajustados mediante repactuação.

52. Estender ao reajuste em sentido estrito a tese firmada no Parecer nº JT-02/2009 e consagrada no art. 40, § 7º, da Instrução Normativa SLTI/MP n.º 02/2008 equivaleria a limitar o exercício daquele direito pela parte por analogia ou interpretação extensiva das referidas normas, o que, salvo melhor juízo, não se mostra juridicamente razoável. Normas restritivas de direito, como se sabe, não admitem interpretação extensiva.

53. Oportuno repisar que a sistemática normativa da repactuação exige a demonstração da variação dos custos contratuais e a prévia solicitação formal dirigida à Administração, estabelecendo-se, inclusive, um prazo no qual esse direito deve ser exercido, de modo que, se a parte não se manifesta oportuna e tempestivamente para

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 747.

pleitear esse direito e renova os termos do contrato administrativo, aí sim, se mostra razoável supor que aceitou os preços até então praticados ou renunciou ao direito de repactuar-los posteriormente.

54. Já no reajuste, em verdade, eventual omissão, caso existente, pode ser imputada à própria Administração, que deixou de adotar ao tempo certo as devidas providências materiais para aplicação das disposições do contrato e concessão do reajuste em sentido estrito, não sendo admissível que a contratante se valha dessa sua omissão para impedir o reajustamento dos preços do contrato após a sua renovação. Tal conduta, salvo melhor juízo, implicaria a violação à boa-fé objetiva, que deve permear também a execução do contrato administrativo.

55. Celso Antônio Bandeira de Mello, manifestando-se sobre aspectos atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, destaca que *"A Administração há de atuar com boa-fé nos chamados contratos administrativos, pelo que, conforme a citada lição de Gordillo, não lhe calha valer-se de expedientes pelos quais 'se aproveite de situações legais ou fáticas que a favoreçam em prejuízo do contratante', vez que não está envolvida em negócio lucrativo, mas na busca do interesse público"*.²⁵

56. Ainda nessa linha, é de se destacar que o pagamento do preço ajustado em contrato sem o montante equivalente ao resultado da aplicação dos índices de reajustamento nele previstos, quando for positiva a variação acumulada no período, implica o pagamento a menor pelo contratante e, portanto, o inadimplemento contratual por parte da Administração.

57. Lado outro, em caso de eventual deflação de preços, com a conseqüente redução dos custos do contrato, sem que a Administração efetue o correspondente reajustamento, estará o contratante proporcionando o enriquecimento ilícito do particular em face do Poder Público, conduta essa passível, inclusive, de responsabilização do agente público.

58. Nenhuma das situações acima favorece à satisfação do interesse público e à regular execução do contrato administrativo pelas partes.

59. O direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, observe-se, aproveita tanto ao contratado quanto à Administração Pública, sendo dever dos agentes administrativos acompanhar a cotação dos custos da execução contratual no mercado, a fim de identificar variações de preços, para o efeito de instaurar, se for o caso, procedimento para a manutenção da equação econômico-financeira inicial, formada à época da licitação²⁶

²⁴ Segundo o art. 3º, inciso IX, do Decreto n.º 1.054/1994, data-base é aquela "estabelecida no instrumento convocatório da licitação, ou nos atos de formalização de sua dispensa ou inexigibilidade, para o recebimento da proposta ou do orçamento, adotada como base para cálculo da variação do índice de custos ou de preços;"

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 636.

²⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 4ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 1.020.

60. Essa postura proativa do gestor, inclusive, vai ao encontro do disposto no art. 57, inciso II, da Lei n.º 8.666/1993, que autoriza a renovação do contrato de serviço continuado, "com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração".

61. Destarte, caso se trate de contrato de execução de serviços contínuos, com critério de reajuste por índices, e tendo sido completada nova anualidade previamente à prorrogação do contrato administrativo, deverá a Administração providenciar o cálculo do valor do reajustamento, para mais ou para menos, tomando por base o valor contratual reajustado para avaliar a adequação dos preços contratados aos de mercado e exercer o juízo de conveniência e oportunidade acerca da renovação contratual.

62. Caso o contrato venha a ser renovado, e só depois se suscite o direito da contratada ao reajuste em sentido estrito dos preços contratados, ainda assim o particular fará jus à percepção dos valores correspondentes, salvo se renunciar expressamente ao direito de reajustar os preços.

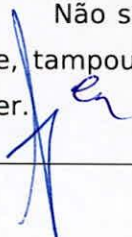
63. Com efeito, é cediço que o direito ao reajuste em sentido estrito, assim como o direito à repactuação, consiste em direito patrimonial disponível, podendo ser objeto de renúncia pelo particular a quem aproveita. Leciona Joel de Menezes Niebuhr, quanto ao ponto, que:

[...] o contratado pode, por sua livre vontade, abdicar de tais direitos [repactuação, reajuste e revisão]. Isto acontece com alguma frequência em negociações travadas entre a Administração e o contratado no momento da prorrogação dos contratos. No entanto, em face do princípio da boa-fé contratual, a renúncia para ser reconhecida e legítima deve ser direta, unívoca e clara, o contratado deve ter ciência que está renunciando ao direito, por efeito do que a Administração não deve utilizar estratégias, subterfúgios, entrelinhas ou expressões dúbias e indiretas para formalizar e documentar a renúncia.

64. A renúncia deverá ser feita, se for o caso, de forma expressa e inequívoca, de preferência por meio de disposição específica no termo aditivo a ser firmado entre as partes, e de maneira a não deixar dúvidas e não dar ensejo a interpretações diversas. Nesse sentido, dispõe o art. 114 do Código Civil que "Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente".

65. Inclusive, é possível à Administração, sobretudo no atual contexto de severas restrições orçamentárias e ajustes nos contratos administrativos, negociar, por ocasião da renovação do contrato, a possibilidade de renúncia do particular ao seu direito de reajustar os preços contratados, com vistas a assegurar a vantajosidade administrativa da manutenção do ajuste.

66. Não se pode, contudo, compelir o contratado a "renunciar" ao seu direito de reajuste, tampouco se valer o contratante de ardis para induzir o contratado a assim proceder.



67. Nessa esteira, não se mostra recomendável que a Administração preveja em seus editais e contratos disposições no sentido de atribuir ao contratado o ônus de pleitear, num determinado prazo, o reajuste por índices dos preços contratados, já que esse tipo de exigência, como exaustivamente explanado, não se coaduna com a natureza do instituto do reajuste em sentido estrito.

68. Sem embargo disso, se o contrato administrativo contiver cláusula que condicione a concessão do reajuste ao pedido expresso do contratado, fixando-lhe prazo para tanto, deve ser assegurada, excepcionalmente, a observância do regramento estabelecido no ajuste, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, da vinculação ao instrumento convocatório e da força obrigatória dos contratos. Apenas nesse caso seria possível postular a ocorrência da preclusão lógica do direito ao reajuste²⁷.

69. Admite-se, porém, a possibilidade de os contratantes convencionarem, por meio de termo aditivo, a alteração de disposições contratuais que atribuam ao contratado a iniciativa para o reajuste, a fim de assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato²⁸. Advirta-se que essa modificação consensual do contrato deve ter efeitos *ex nunc*, passando a ser aplicável em relação aos reajustes cuja anualidade seja completada a partir da celebração do citado termo aditivo entre as partes.

70. Por fim, tendo em vista a ausência de qualquer previsão legal ou normativa que fixe prazos para o exercício do direito de reajuste²⁹, forçoso é concluir que dispõe o contratado do prazo prescricional geral de 05 (cinco) anos, previsto no art. 1º do Decreto

²⁷ Nesse sentido: Contrato – Vigência expirada – Reajuste – Concessão – Considerações. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 255, p. 491, mai. 2015, seção Perguntas e Respostas.

²⁸ O TCU já admitiu a alteração da cláusula de reajuste de preços prevista no contrato administrativo, por meio de acordo entre as partes, como revela o seguinte aresto:

As cláusulas de reajuste podem e devem ser revistas a qualquer tempo, em respeito à prevalência da garantia de manutenção da equação econômico-financeira do contrato. Princípios em aparente conflito devem ser sopesados, como manda a regra hermenêutica.

No caso em exame, fetichismos, como o respeito cego ao princípio da vinculação ao ato convocatório, devem ser rejeitados de pronto à vista da preponderância do princípio do equilíbrio contratual, em conjunto com o princípio da vedação de enriquecimento sem causa. Ambos em benefício da Administração Pública e das próprias contratadas.

Por essa razão, com as vênias devidas, discordo do posicionamento da Unidade Técnica que considera equivocado o ressarcimento pelo consórcio dos pagamentos realizados pela Eletronorte com base na aplicação da fórmula de reajuste prevista no contrato.

Entendo que o resultado de uma fórmula de reajuste inadequada representa um desequilíbrio da relação econômico-financeira e uma desvirtuação da proposta original, logo, devem ser compensados em reajustamentos futuros, presumindo-se a boa-fé da contratada. A fórmula de reajuste deve servir unicamente como mecanismo garantidor do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e não deve pautar a elaboração da proposta, à vista de prováveis perdas e ganhos futuros. Caso uma licitante entenda que a fórmula consignada no edital não corresponde à realidade do objeto licitado ou do setor econômico a que pertence, deve impugná-la de imediato, sob pena de ter que ressarcir o dano sofrido pela Administração ou pleitear o reequilíbrio do contrato, caso logre ser a adjudicatária. (Acórdão nº 36/2008 - TCU – Plenário)

²⁹ Salvo na excepcional hipótese de previsão contratual condicionando a concessão do reajuste ao pedido expresso do contratado e prevendo o respectivo prazo para o exercício do direito.

n.º 20.910/1932³⁰, contado desde o momento em que se completam os doze meses a partir da data limite para a apresentação da proposta na licitação (ou do último reajuste), para pleitear a efetivação do seu direito de reajuste em face da Administração,

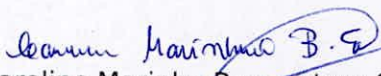
III- CONCLUSÃO.

71. Desse modo, ante tudo o que foi exposto acima, conclui-se que:

- a) o reajuste em sentido estrito dos preços contratados, previsto em edital e contrato, deve ser automática e periodicamente realizado, de ofício, pela Administração contratante;
- b) não se fixou em lei, tampouco na regulamentação infralegal do instituto, a exigência de prévia solicitação formal como condição para a concessão do reajuste, muito menos se estabeleceu um prazo específico para que o contratado exercesse esse seu direito, ao contrário do que se passa quanto à repactuação de preços;
- c) se o requerimento do reajuste por índice pelo contratado não é uma condição para a fruição do direito, o fato de o particular não solicitar o reajuste previamente à renovação do contrato ou ao seu encerramento não pode ser equiparado à aceitação dos preços contratados ou à renúncia tácita ao direito de reajuste, não se configurando a preclusão lógica neste caso;
- d) o direito ao reajuste de preços é de natureza patrimonial e disponível, admitindo a renúncia pelo contratado, desde que realizada de forma expressa e inequívoca, preferencialmente por meio de disposição específica no termo aditivo de prorrogação contratual a ser firmado entre as partes;
- e) a Administração deve evitar a previsão, nos editais e contratos, de disposições que atribuam ao contratado o ônus de pleitear, num determinado prazo, o reajuste por índices dos preços contratados, já que esse tipo de exigência não se coaduna com a natureza deste instituto;
- f) caso o contrato administrativo contenha cláusula que condicione a concessão do reajuste ao pedido expresso do contratado, fixando-lhe prazo para tanto, deve ser assegurada, excepcionalmente, a observância dessa regra contratual, sendo possível, nesse caso, postular a ocorrência da preclusão lógica do direito ao reajuste;
- g) admite-se a possibilidade de os contratantes convencionarem, por meio de termo aditivo, com efeitos *ex nunc*, a alteração de disposições contratuais que atribuam ao contratado a iniciativa para o reajuste;
- h) o contratado dispõe do prazo prescricional geral de 05 (cinco) anos, contados desde o momento em que se completam os doze meses a partir da data limite para a apresentação da proposta na licitação (ou do último


³⁰ Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

reajuste), para postular o direito de reajuste perante a Administração, salvo no caso de excepcional previsão de prazos para o exercício desse direito no instrumento contratual.

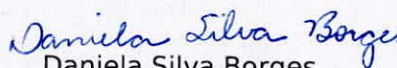

Brasília, 17 de março de 2016.
Caroline Marinho Boaventura Santos
Procuradora Federal


De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal

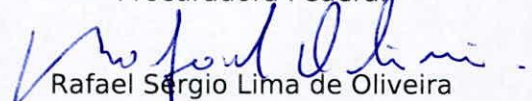

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

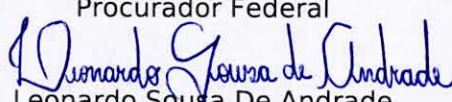
Diego da Fonseca Hermes Ornellas de
Gusmão
Procurador Federal

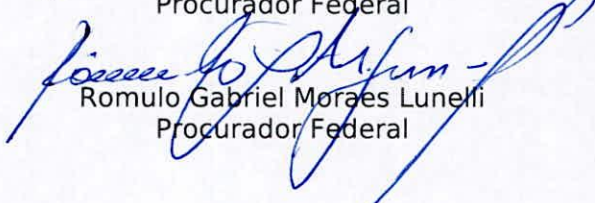

Daniela Silva Borges
Procuradora Federal


Gabriella Carvalho da Costa
Procuradora Federal

Ingrid Pequeno Sá Girão
Procurador Federal


Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal


Leonardo Sousa De Andrade
Procurador Federal


Romulo Gabriel Moraes Lunelli
Procurador Federal

Renata Cedraz Ramos Felzemburg
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 23 de março de 2016.


Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 02 /2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Continuação do PARECER Nº 02/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 23 de março de 2016.



RENATO RODRIGUES VIEIRA
Procurador-Geral Federal



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N 98/2016

I - O REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO DOS PREÇOS CONTRATADOS, PREVISTO EM EDITAL E CONTRATO, DEVE SER AUTOMÁTICA E PERIODICAMENTE REALIZADO, DE OFÍCIO, PELA ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE;

II - NÃO SE FIXOU EM LEI, TAMPOUCO NA REGULAMENTAÇÃO INFRALEGAL DO INSTITUTO, A EXIGÊNCIA DE PRÉVIA SOLICITAÇÃO FORMAL COMO CONDIÇÃO PARA A CONCESSÃO DO REAJUSTE, MUITO MENOS SE ESTABELECEU UM PRAZO ESPECÍFICO PARA QUE O CONTRATADO EXERCESSE ESSE SEU DIREITO, AO CONTRÁRIO DO QUE SE PASSA QUANTO À REPACTUAÇÃO DE PREÇOS;

III - SE O REQUERIMENTO DO REAJUSTE POR ÍNDICE PELO CONTRATADO NÃO É UMA CONDIÇÃO PARA A FRUIÇÃO DO DIREITO, O FATO DE O PARTICULAR NÃO SOLICITAR O REAJUSTE PREVIAMENTE À RENOVAÇÃO DO CONTRATO OU AO SEU ENCERRAMENTO NÃO PODE SER EQUIPARADO À ACEITAÇÃO DOS PREÇOS CONTRATADOS OU À RENÚNCIA TÁCITA AO DIREITO DE REAJUSTE, NÃO SE CONFIGURANDO A PRECLUSÃO LÓGICA NESTE CASO;

IV - O DIREITO AO REAJUSTE DE PREÇOS É DE NATUREZA PATRIMONIAL E DISPONÍVEL, ADMITINDO A RENÚNCIA PELO CONTRATADO, DESDE QUE REALIZADA DE FORMA EXPRESSA E INEQUÍVOCA, PREFERENCIALMENTE POR MEIO DE DISPOSIÇÃO ESPECÍFICA NO TERMO ADITIVO DE PRORROGAÇÃO CONTRATUAL A SER FIRMADO ENTRE AS PARTES;

V - A ADMINISTRAÇÃO DEVE EVITAR A PREVISÃO, NOS EDITAIS E CONTRATOS, DE DISPOSIÇÕES QUE ATRIBUAM AO CONTRATADO O ÔNUS DE PLEITEAR, NUM DETERMINADO PRAZO, O REAJUSTE POR ÍNDICES DOS PREÇOS CONTRATADOS, JÁ QUE ESSE TIPO DE EXIGÊNCIA NÃO SE COADUNA COM A NATUREZA DESTES INSTITUTOS;

VI - CASO O CONTRATO ADMINISTRATIVO CONTENHA CLÁUSULA QUE CONDICIONE A CONCESSÃO DO REAJUSTE AO PEDIDO EXPRESSO DO CONTRATADO, FIXANDO-LHE PRAZO PARA TANTO, DEVE SER ASSEGURADA, EXCEPCIONALMENTE, A OBSERVÂNCIA DESSA REGRA CONTRATUAL, SENDO POSSÍVEL, NESSE CASO, POSTULAR A OCORRÊNCIA DA PRECLUSÃO LÓGICA DO DIREITO AO REAJUSTE;

VII - ADMITE-SE A POSSIBILIDADE DE OS CONTRATANTES CONVENCIONAREM, POR MEIO DE TERMO ADITIVO, COM EFEITOS *EX NUNC*, A ALTERAÇÃO DE DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS QUE ATRIBUAM AO CONTRATADO A INICIATIVA PARA O REAJUSTE;

VIII - O CONTRATADO DISPÕE DO PRAZO PRESCRICIONAL GERAL DE 05 (CINCO) ANOS, CONTADOS DESDE O MOMENTO EM QUE SE COMPLETAM OS DOZE MESES A PARTIR DA DATA LIMITE PARA A APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA NA LICITAÇÃO (OU DO ÚLTIMO REAJUSTE), PARA POSTULAR O DIREITO DE REAJUSTE PERANTE A ADMINISTRAÇÃO, SALVO NO CASO DE EXCEPCIONAL PREVISÃO DE PRAZOS PARA O EXERCÍCIO DESSE DIREITO NO INSTRUMENTO CONTRATUAL. *a*