
**(IN)VIABILIDADE JURÍDICA DE CONCESSÃO DE REAJUSTE EM
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA HIPÓTESE DE AUSÊNCIA DE
CLÁUSULA PRÉVIA**

***JURIDICAL (IN)FEASIBILITY OF GRANTING READJUSTMENT IN
ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN THE ABSENCE OF A PRIOR
CLAUSE***

ANTONIO JORGE PEREIRA JÚNIOR

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD – UNIFOR). E-mail: antoniojorge2000@gmail.com.

MÁRCIO ANDERSON SILVEIRA CAPISTRANO

Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza (PPGD – UNIFOR), tendo atuado como pesquisador bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Advogado da União lotado na Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Regional. E-mail: marcioandersonsc@gmail.com.

RESUMO

Objetivo: Investiga-se o regime jurídico aplicável aos contratos administrativos que não prevejam direito ao reajuste de preços, o qual é solicitado *a posteriori* pelo contratado, com a pretensão de efeito retroativo.

Metodologia: Adota-se uma abordagem dedutiva e qualitativa; quanto aos meios, a técnica é bibliográfica e documental, com uso de doutrina, legislação e julgados do Tribunal de Contas da União e do Poder Judiciário brasileiro.



Resultados: O estudo conclui que o direito ao reajuste de preços nos contratos administrativos depende de cláusula prévia, seja no instrumento originário, seja nos termos aditivos, com efeitos para o futuro.

Contribuições: O artigo propõe uma resposta a uma questão atual e relevante, sobre a qual ocorrem disputas em casos concretos, tanto no âmbito interno dos órgãos públicos quanto nos órgãos de fiscalização e na esfera judicial. Para tanto, vale-se do aporte teórico tanto da doutrina civilista tradicional dos elementos essenciais, naturais e acidentais dos negócios jurídicos, como também da análise do processo obrigacional e das repercussões sobre os custos de transação no campo econômico. Ainda, evoca-se a importância da prevenção de litigiosidade por meio do adequado estabelecimento prévio das regras em contratos administrativos, em realização do princípio da segurança jurídica.

Palavras-chave: Contrato administrativo; reajuste; revisão; equilíbrio econômico-financeiro; elementos do negócio jurídico.

ABSTRACT

Objective: It is investigated the legal regime applicable to administrative contracts that do not establish the right to price readjustment, which is requested a posteriori by the contractor, with the intention of retroactive effect.

Methodology: A deductive and qualitative approach is adopted; as for the means, the technique is bibliographic and documentary, using doctrine, legislation and trials from the Federal Court of Accounts and the Brazilian Judicial Branch.

Results: The study concludes that the right to price readjustment in administrative contracts depends on a prior clause, either in the original instrument or in additive terms, with effects for the future.

Contributions: The article proposes an answer to a current and relevant question, on which disputes occur in specific cases, both within the public sphere and in the supervisory and judicial bodies. To this end, it draws on the theoretical input of both traditional civilist doctrine of essential, natural and accidental elements of the legal business, as well as analysis of the obligation process and the repercussions on transaction costs in the field of economics. Furthermore, it is emphasized the importance of preventing litigation through proper prior establishment of rules in administrative contracts, in compliance with the principle of legal certainty.

Keywords: Administrative contract; readjustment; review; economic-financial balance; elements of legal agreement.



1 INTRODUÇÃO

Para adequar-se à complexidade da vida social contemporânea, o direito dos contratos sofre modificações tanto no plano das reformas legislativas quanto na via hermenêutica, especialmente à luz da tábua axiológica constitucional e dos princípios fundantes do novo Código Civil brasileiro, conforme afirmado por Miguel Reale em várias oportunidades: a eticidade, a operabilidade e a socialidade. Ao contrário da anunciada morte do contrato, o que realmente se verifica é a adaptação do instituto pela necessária evolução do direito, para adequá-lo à realidade contemporânea.

De todo modo, é preciso evitar os exageros dos movimentos pendulares (individualismo *versus* dirigismo contratual e ativismo judicial). A intervenção judicial em um determinado contrato sem a devida reflexão sobre as consequências no plano fático pode acarretar desequilíbrio econômico do contrato e das bases objetiva e subjetiva de determinado negócio jurídico. O ativismo judicial eventualmente pode resultar em insegurança, bem como acarretar a elevação de preços de determinado serviço e disfunções no mercado por meio da pretensa defesa de uma parte considerada frágil ou hipossuficiente.

A existência de marcos regulatórios eficientes, formadores de um sistema justo e transparente, promove o aumento da segurança jurídica, do crescimento econômico e do desenvolvimento socioambiental. Quando a regulação é realizada de forma arbitrária ou insuficiente, são percebidos prejuízos aos mercados e à sociedade, como a elevação de preços, a queda de investimentos, o aumento dos custos de conformidade do setor regulado e distorções de mercado. Portanto, a coerência e suficiência regulatória dos contratos revela-se primordial para estimular a confiança dos agentes, em um ambiente de maiores oportunidades de investimento, competitividade, previsibilidade, desburocratização, estímulo à inovação e desenvolvimento com sustentabilidade.

Nesse contexto, coloca-se a necessidade de perquirir qual o regime jurídico aplicável aos contratos administrativos que não preveem direito ao reajuste de preços, que vem a ser solicitado pelo particular *a posteriori*, ou seja, já durante a vigência do



contrato, com a pretensão de efeito retroativo. Trata-se de problema jurídico frequente em contratações públicas, a respeito do qual o debate encontra-se em aberto.

É preciso deixar claro que a hipótese em estudo se distingue daquela em que o contrato administrativo vigente não previu direito a reajuste, mas, posteriormente, obedecido o interstício mínimo previsto na lei, as partes convencionam a inclusão de cláusula de reajuste, com efeitos para o futuro. A pesquisa tratará da discussão quanto à concessão, de forma retroativa, de reajuste não previsto no instrumento contratual nem no edital da licitação.

Este artigo expõe a doutrina da tripartição dos elementos dos negócios jurídicos em essenciais, naturais e acidentais, assim como a distinção terminológica para as diversas hipóteses de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos (reajuste por índice, repactuação e revisão). Em seguida, busca-se classificar o direito a reajuste nos contratos administrativos e definir as consequências da ausência da sua previsão ou da sua expressa vedação, com ênfase nos entendimentos do Tribunal de Contas da União (TCU) e de tribunais do Poder Judiciário brasileiro.

Quanto à metodologia, emprega-se pesquisa metodologia qualitativa, descritiva e exploratória, com a utilização de doutrina, assim como atos normativos e julgados, com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro.

2 ELEMENTOS ESSENCIAIS, NATURAIS E ACIDENTAIS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Como se sabe, distinguem-se tradicionalmente, no negócio jurídico, três espécies de elementos: essenciais (*essentialia negotii*), naturais (*naturalia negotii*) e acidentais (*accidentalia negotii*).

Os essenciais são aqueles elementos estruturais, indispensáveis à existência do ato e que lhe formam a substância: a declaração de vontade nos negócios em geral; por exemplo: a coisa, o preço e o consentimento (*res, pretium et consensus*) na compra e venda. Já os naturais são as consequências ou efeitos que decorrem da



própria natureza do negócio, sem necessidade de expressa menção, pois há normas supletivas que já determinam essas consequências jurídicas, sem prejuízo de que possam ser afastadas por estipulação contrária; por exemplo, a responsabilidade do alienante pelos vícios redibitórios e pelos riscos da evicção. A seu turno, os acidentais consistem em estipulações acessórias, que as partes podem facultativamente adicionar ao negócio para modificar alguma de suas características naturais (restrição de elementos naturais), ou agregar peculiaridades pretendidas pelas partes que negociam, mediante, por exemplo, condição, termo e encargo (MONTEIRO, 1991, p. 176).

Nesse sentir, além dos elementos estruturais e essenciais, que constituem requisitos de existência e de validade do negócio jurídico, este pode conter outros elementos meramente acidentais, introduzidos facultativamente pelas partes. Enquanto aqueles são determinados pela lei; estes dependem da autonomia privada. Não obstante, uma vez convenccionados, gozam do mesmo valor dos elementos estruturais e essenciais, pois passam a integrá-lo, de forma indissociável.

Obtempere-se, ainda, que os elementos essenciais do tipo do negócio são elementos da sua causa, ou seja, elementos constantes em cada negócio concreto que corresponde àquele tipo, e indispensáveis à sua identificação (BETTI, 2008, p. 267-268).

De forma semelhante, Antônio Junqueira de Azevedo (2007, p. 31-40) propõe um modelo teórico de divisão dos elementos negociais em elementos gerais, categoriais e particulares. Os primeiros são indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio: agente, lugar, tempo, objeto e circunstâncias negociais. Os segundos caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio e são revelados pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio; resultam da ordem jurídica (não da vontade) e definem o regime jurídico aplicável. Já os terceiros existem no negócio concreto, por vontade das partes, como a cláusula penal.

Ainda segundo a doutrina de Junqueira de Azevedo (2007, p. 35-38), os elementos categoriais podem ser essenciais, quando definem cada categoria de negócio, ou naturais, quando, embora defluindo da natureza do negócio, possam ser



afastados pela vontade das partes, como a responsabilidade pela evicção na compra e venda.

A respeito da chamada cláusula *rebus sic stantibus* como elemento categorial dos contratos de longo prazo, a ensejar a resolução ou revisão judicial por onerosidade excessiva, é de se pontuar que não se aplica a cláusula para o mero engano a respeito da intensidade da inflação. Assim, nada obsta a que o contrato exclua de modo expresso o direito a reajuste, de forma que não se pode chegar a este resultado pela aplicação da teoria da imprevisão (AZEVEDO, 2007, p. 36-37).

Como se sabe, o prestígio à força obrigatória dos contratos não pode desconsiderar os devidos mecanismos de reequilíbrio contratual nas hipóteses de excessiva onerosidade superveniente para um dos contratantes. A grave crise social e econômica à época da Primeira Grande Guerra Mundial motivou os juristas a buscarem caminhos para relativizar os rigores da imutabilidade dos contratos, de modo que a milenar cláusula *rebus sic stantibus*, de tradição canônica, ressurgiu sob a forma da teoria da imprevisão (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 8-10).

Enquanto a proteção proporcionada pela teoria da imprevisão decorre da Constituição e da lei, evitando-se onerosidade excessiva para um dos contratantes, a proteção contra a mera inflação ordinária depende de negociação entre as partes, até mesmo para decidir eventual forma de cálculo, periodicidade e procedimento de formalização. Nessa linha de entendimento, não cabe ao Poder Judiciário substituir a vontade das partes sem que tenha havido alteração circunstancial nos termos da teoria da imprevisão. Na hipótese de não ocorrer fato imprevisível, capaz de fazer incidir a cláusula *rebus sic stantibus*, em prejuízo do princípio do *pacta sunt servanda*, e inexistindo ilegalidade ou abusividade em contrato regularmente firmado, mostra-se incabível a sua revisão.

Não se ignora que, para além da previsão legal, o instituto da imprevisão encontra base sólida nas ideias de justiça material e de sinalagma, considerando que o direito contratual apresenta como meta fundamental garantir a equivalência entre as prestações das partes (o “tanto por tanto”), questão que evoca o próprio fundamento do direito como arte do bom e do justo (MOARES, 2006, p. 157-158). A despeito disso,



a aplicação da teoria da imprevisão na ausência de fato imprevisível finda por também malferir a razão de ser do instituto.

Nesse sentir, às partes é lícito excluir expressamente a incidência da teoria da imprevisão, transformando o contrato comutativo em aleatório; porém, no silêncio, prevalecerá a cláusula *rebus sic stantibus*. Já na hipótese do reajuste para recompor a mera inflação ordinária, a parte beneficiária deverá incluí-lo como elemento particular ou accidental do contrato, expressa e previamente, sob pena de não ver resguardado esse direito.¹

3 A MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: HIPÓTESES DE REAJUSTE, REACTUAÇÃO E REVISÃO

A exposição preliminar de conceitos se faz necessária em razão da observação cotidiana de compreensões equivocadas sobre os institutos atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, assim como em razão da percepção de que não existe perfeita uniformidade terminológica até mesmo no âmbito da doutrina especializada.

Inicialmente, faz-se necessário destacar que a matéria referente à manutenção da cláusula econômico-financeira original dos contratos administrativos encontra previsão no artigo 37, XXI, da Constituição da República. Entende-se o equilíbrio econômico-financeiro como “a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá” (MELLO, 2014, p. 655). Essa equação se aperfeiçoa no momento da assinatura do contrato administrativo, a partir do qual se constitui a relação jurídica entre as partes; no entanto, suas bases se fixam em momento anterior, ainda na apresentação da proposta no processo licitatório,

¹ A afirmação está inserida no escopo do presente trabalho, de modo que se circunscreve a contratos civis e administrativos, sem ocupar-se da lógica do sistema consumerista.



oportunidade em que os encargos e as vantagens foram efetivamente definidos (JUSTEN FILHO, 2014, p. 545-546). Por isso é cabível aludir, também durante a execução dos contratos, à vinculação ao instrumento convocatório e às propostas apresentadas no certame.

A partir dessa noção de equilíbrio da equação econômico-financeira, especificamente no que tange ao valor do contrato, podem-se depreender dois institutos: (i) reajuste em sentido amplo; e (ii) revisão, também chamada de reequilíbrio econômico-financeiro. O primeiro decorre de fato ulterior que modifica as condições inicialmente acertadas, mas que é plenamente previsível (álea ordinária), tanto que devem obrigatoriamente ter disposição editalícia e contratual própria (artigo 40, XI, e artigo 55, III, ambos da Lei 8.666/93²). Pode-se subdividi-lo em dois outros: (i) reajuste em sentido estrito; e (ii) repactuação.

O reajuste em sentido estrito visa a recompor exclusivamente o efeito corrosivo da inflação. Nesse sentido, convivendo em regime de permanente inflação, verificou-se a impossibilidade e inconveniência da prática de preços nominais fixos. Com o passar do tempo, generalizou-se a prática da indexação em todos os campos, inclusive nas contratações administrativas (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1033).

Esse reajuste propriamente dito baseia-se em índices, preferencialmente setoriais, vinculados às elevações inflacionárias de determinado campo de produtos ou serviços escolhidos como abalizadores desse efeito que se busca medir. São exemplos desses índices oficiais todos aqueles informados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IPCA, INPC e outros) e pela Fundação Getúlio Vargas (IGP-M, INCC e outros). Com a implementação do Plano Real, instituiu-se um interregno

² “Artigo 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”. “Artigo 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”.



mínimo de um ano para o reajuste dos contratos com base nesses índices, a fim de afastar os efeitos maximizadores da superindexação sobre a inflação.³

Por sua vez, a repactuação, espécie do gênero reajuste de preços, encontra fundamento de validade no artigo 40, XI, da Lei nº 8.666, de 1993, sendo também prevista no plano infralegal no artigo 12 do Decreto Federal nº 9.507, de 21 de setembro de 2018 (que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal), bem como na Instrução Normativa SLTI nº 05, de 2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no seu artigo 54, em que se esclarece que a repactuação de preços é espécie de reajuste contratual que deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra.

Em que pese também se caracterizar como um instrumento de manutenção do equilíbrio pela ocorrência de fato ulterior e previsível, a repactuação tem uma base de cálculo diferente do reajuste em sentido estrito. Enquanto o reajuste *stricto sensu* implica a alteração do valor nominal do preço baseada em variações de índices oficiais, a repactuação analisa a variação concreta dos custos da planilha que subsidiou a proposta na licitação.

A repactuação compensa, portanto, uma variação analiticamente demonstrável, mas cujo índice não poderia ter sido previamente estabelecido. É o caso, por exemplo, de um contrato firmado para execução de serviços de limpeza, cujo preço acordado levou em conta o piso salarial dos trabalhadores dessa categoria. Caso ocorra uma variação desse piso salarial no decorrer do contrato, por uma convenção coletiva, por exemplo, o valor contratado pode ser repactuado através da demonstração analítica do impacto desse acordo no preço da contratação. Nesse

³ É o que se depreende dos artigos 2º e 3º da Lei 10.192/2001: “Artigo 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. [...] Artigo 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”.



caso, o índice objeto da repactuação não poderia ser previsto no contrato, pois depende de evento previsível, mas futuro e incerto, consistente na convenção coletiva de aumento do piso salarial da categoria e no índice ali aplicado.

Como se percebe, ambos os instrumentos - reajuste e repactuação - se propõem ao mesmo objetivo de manter a equação econômico-financeira, que se alterou por um fato ulterior à contratação, mas previsível. O cabimento de um ou outro irá variar de acordo com a natureza do objeto pactuado. Ambas as hipóteses, por tratarem de fatos esperados, podem e devem estar previstas contratualmente. Assim, a correção dessas distorções não implica propriamente modificação do contrato. Em verdade, cuida-se de alteração do valor nominal do preço exatamente para seguir as disposições pactuadas. Não é por outro motivo que o artigo 65, § 8º, da Lei 8.666/1993 prevê que essa readequação será formalizada por simples apostila, não sendo necessária a assinatura de termo aditivo.

Essa diferenciação entre reajuste por índice e repactuação, que toma por base a natureza da álea (ordinária ou extraordinária), bem como as características inerentes a cada um dos institutos, é seguida também pelo TCU. Nessa mesma linha de entendimento, por ocasião do julgamento a que se refere o Acórdão TCU nº 1.309/2006-Primeira Câmara, o Ministro Relator registrou em seu relatório:

A diferença fundamental entre os dois institutos [reajuste por índice e repactuação] 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. 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. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.309/2006. Primeira Câmara. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, 23 maio 2006)

Já a revisão, também chamada de reequilíbrio econômico-financeiro, é instrumento por meio do qual se alteram as cláusulas contratuais - notadamente o preço ajustado - para adequação de um desequilíbrio causado por evento ulterior e imprevisível (álea extraordinária), na forma do artigo 65 da Lei 8.666/93.



Nelson Borges (2002, p. 298), acerca da teoria da imprevisão, elencou alguns requisitos que conduzem à sua aplicação no âmbito dos contratos em geral: (i) imprevisibilidade; (ii) ausência do estado moratório; (iii) lesão virtual; (iv) essencialidade; (v) inimputabilidade; e (vi) excessiva onerosidade e extrema vantagem. O primeiro pressuposto (imprevisibilidade) é certamente o ponto fulcral da teoria. Entende-se por evento imprevisível todo fato jurídico cuja ocorrência não era possível antever (caso fortuito) ou, mesmo que se pudesse prever, não havia como evitar sua efetivação (força maior). Vale salientar que essa situação não pode ser examinada subjetivamente, mas sim objetivamente, a partir de um padrão de comportamento razoavelmente esperado. Portanto, refere-se a evento imprevisível, e não imprevisto.

Somente a partir da ocorrência de um fato ulterior e imprevisível é que se pode cogitar - desde que também preenchidos os demais elementos acima citados - a aplicação da teoria da imprevisão e, por consequência, na revisão (reequilíbrio econômico-financeiro) do contrato administrativo. Nessa hipótese, ao contrário do reajuste *lato sensu* (reajuste *stricto sensu* e repactuação), há efetiva modificação do contrato.

Desse modo, o instituto da revisão não se confunde com o reajuste. A revisão, em sentido técnico, compreende a aplicação da teoria da imprevisão, enquanto o reajuste não advém de fato imprevisível, caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária. Tampouco se pode enquadrar o reajuste em fato previsível, mas de consequências incalculáveis, já que o comportamento e os efeitos da inflação ordinária podem ser antevistos.

4 HÁ DIREITO A REAJUSTE EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA AUSÊNCIA DE CLÁUSULA PRÉVIA?

A Lei de Licitações e Contratos exige que haja previsão expressa quanto ao reajuste de preços no edital e no contrato, conforme exposto anteriormente. Todavia, há casos em que o contrato administrativo e demais documentos vinculados (edital e



projeto básico ou termo de referência) silenciam quanto à possibilidade de reajuste *lato sensu* dos preços. Em outros casos, prevê-se expressamente a ausência de direito a reajuste, como na conhecida fórmula "os preços são fixos e irremovíveis", mas o contratado busca o reajuste ainda assim.

Identificam-se no debate nacional duas posições quanto ao direito ao reajuste nas hipóteses em que não há expressa autorização prévia no contrato administrativo e pretende-se obter efeitos retroativos.

Para a primeira corrente, havendo silêncio quanto ao reajuste ou expressa previsão de que o preço da proposta é irremovível, entende-se que o contratado embutiu no preço a inflação do período, até porque poderia ter se insurgido contra a disposição editalícia. Se não o fez, é justo entender que encontrou outro modo de se preservar contra a inflação. O reajuste de preços encontra relação direta com as variações dos custos de produção, os quais, por serem reputados como previsíveis, demandariam a inclusão de cláusula expressa no contrato, sob pena de não haver direito a reajuste.

Já para a segunda corrente, o direito ao reajuste reputa-se irremovível, mesmo havendo cláusula expressa em contrário, pois a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro tem resguardo constitucional. O particular não poderia ser prejudicado por uma ausência de disciplina expressa ou por uma ilícita vedação de reajuste, não sendo admissível à Administração Pública se beneficiar da sua própria falha na formatação do modelo contratual, o que caracterizaria, ademais, enriquecimento indevido ou sem causa. Pontue-se também que, como observa Steiner (2014, p.78-79), vista a obrigação como um processo e havendo íntima relação entre cumprimento obrigacional e princípio da confiança, a boa-fé objetiva exige respeito à máxima *alterum non laedere*, no que se refere ao respeito da esfera de interesses alheia.⁴

⁴ Nesse sentido, confira-se: "Assim, quanto ao primeiro questionamento desta consulta, tenho que a ausência de previsão contratual quanto ao reajustamento de um contrato administrativo não pode ser oposta ao contratado como forma de engessar os valores iniciais da proposta, sob pena de quebra dos deveres advindos do princípio da boa-fé objetiva e conseqüente enriquecimento sem causa do Poder Público" (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 761.137. Relator: Conselheiro Antônio Carlos Andrada. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v.70, n. 1, ano XXVII, jan.-mar. 2009).



O reajuste, antes do Plano Real, em face do período de inflação desmedida, podia ser considerado como um requisito obrigatório da contratação. Já após a estabilização econômica, decorrente do advento da nova moeda, a cláusula não mais seria de adoção indispensável, conforme o ensinamento de Marçal Justen Filho (2012, p. 643-654):

A interpretação do dispositivo [artigo 40, XI] deve ter em vista a época da edição da Lei nº 8.666. Existia, então, inflação desenfreada, que exigia medidas jurídicas para evitar os enormes problemas gerados. Com a estabilização econômica, a aplicação do inc. XI foi afetada. É duvidosa a manutenção da vigência dele, tendo em vista as inúmeras regras supervenientes, trazidas pelos diversos diplomas que disciplinaram o chamado 'Plano Real'. [...] Por isso, pode ser dispensada a inclusão de cláusula de reajuste de preços quando o pagamento deva ocorrer em curto espaço de tempo. A dispensa da cláusula deriva não da inexistência de inflação, mas da possibilidade de previsão dos índices correspondentes. Assim, presume-se que o interessado agregou ao valor de sua proposta um montante destinado a compensar os efeitos inflacionários. [...] É óbvio que a discussão tomou outros contornos com a redução do ritmo inflacionário. A ausência de fenômenos de súbita desvalorização monetária elimina a necessidade de reajuste em curto espaço de tempo. O problema do desequilíbrio econômico-financeiro é reconduzido à sua natureza excepcional.

A estabilização econômica, inclusive, motivou a edição de regras legais que proibiram a previsão ou concessão de reajustes em prazo inferior a doze meses. É esta a dicção da Lei n.º 9.069/1995, que não admite cláusula de correção monetária quando a periodicidade do reajuste for inferior a um ano.⁵

Em reforço, confira-se manifestação do TCU no sentido de que, em contrato de curta duração e com cláusula de irrealizabilidade, cabe ao particular apresentar sua proposta, na licitação, em conformidade com esse cenário:

4. As irregularidades detectadas na auditoria foram: [...] d2) reajuste de contrato fora da vigência e quando o mesmo contemplava cláusula de irrealizabilidade (cláusula G), em afronta aos arts. 54 e 55, III e IV, da Lei nº 8.666/1993; [...] 5. Após a realização da audiência dos responsáveis, apenas as seguintes irregularidades não foram justificadas: [...] b) reajuste do

⁵ “Artigo 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual. § 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano”.



Contrato nº 2003/015, firmado com a Dump Informática Ltda., em 01/01/2003, fora da vigência e quando o contrato contemplava cláusula de irrevogabilidade (cláusula G), em afronta aos arts. 54 e 55, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/1993. [...] 20. Com relação ao reajuste do Contrato nº 2003/015, a reafirmação de que ocorreu o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato não procede, pois serviu de justificativa para um contrato emergencial, de dois meses, com cláusula de irrevogabilidade; a proposta da Dump já deveria conter a previsão dos reajustes salariais que motivaram a alteração; o aditivo para a readequação dos preços foi assinado após a vigência do contrato, o que não tem previsão legal, conforme o Tribunal já decidiu na Decisão nº 451/2000 – Plenário e no Acórdão nº 1.247/2003 – Plenário; e a medida não se enquadra no artigo 65, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993. [destaques nossos] (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 402/2006. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vileça. Brasília, 23 mar. 2006)⁶

Entende-se que, ao solicitar reajuste, a contratada pratica um ato contrário às disposições pactuadas na avença original e nos termos aditivos celebrados, que por vez levaram-na a ganhar a vencer licitação afastando-se outros concorrentes, e a influir, em razão disso, no planejamento orçamentário elaborado pela Administração. Além disso, a análise da Administração a respeito do interesse público na eventual prorrogação de prazos, assim como todo o seu planejamento orçamentário e financeiro, leva em consideração o valor dos preços pactuados e ratificados nos possíveis termos aditivos, revelando-se indevida a pretensão do particular de se contrapor às suas próprias disposições anteriormente externadas.

O sistema jurídico, especialmente por meio de seus conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais como a boa-fé objetiva e a função social do contrato, delimita a atuação das partes, ao tempo em que reprende posições puramente individualistas. Isso vale também para quem contrata com a Administração Pública e que, por seus atos, possa romper, o princípio da confiança negocial de estabelecer uma relação de complementaridade com o princípio da boa-fé objetiva e

⁶ Há, contudo, julgados em sentido oposto, sob o argumento de que é preciso manter o equilíbrio econômico-financeiro da avença. Veja-se, à guisa de ilustração: “Quanto à vedação ao reajuste prevista no contrato firmado com a Tecnocoop, cabe ressaltar que a jurisprudência desta Corte de Contas é no sentido de que deverá assegurar-se ao interessado o direito a esse instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ainda que não esteja previsto contratualmente, uma vez que a Lei nº 8.666/93 (arts. 5º, § 1º, e 40, XI) garante aos contratados a correção dos preços a fim de que lhes preservem o valor (Acórdãos nº 376/1997-1º Câmara e 479/2007-Plenário)” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 963/2010. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 05 maio 2010).



de resguardar uma expectativa legítima do confiante que não foi correspondida (REBOUÇAS, 2017, p. 162-164).

Como baliza, traz-se à baila o teor do Parecer AGU nº JT-02, aprovado pela Presidência da República e vinculante para a Administração Pública federal. No aludido parecer, sustenta-se que a repactuação de valores contratuais deve ser pleiteada pelo particular até a prorrogação contratual seguinte, sob pena de preclusão lógica do seu direito de requerer. Argumenta-se que a aceitação dos preços por ocasião da prorrogação é incompatível com posterior questionamento com base em fato anterior. Esclarece-se também que, caso haja impossibilidade de requerer a repactuação no momento da assinatura do Termo Aditivo, deve o particular fazer inserir no Termo Aditivo cláusula com ressalva expressa sobre seu interesse na repactuação, a fim de afastar a ocorrência de preclusão. Observe-se que o TCU possui precedentes no sentido da preclusão lógica para o reajuste:

25. Ademais, ressalto que a contratação da Delta Engenharia Indústria e Comércio Ltda., então segunda colocada do certame, se deu por espontânea anuência às condições da proposta ofertada pela empresa que inicialmente havia vencido a licitação. Sendo assim, as circunstâncias temporais invocadas pela responsável necessariamente fizeram parte da equação financeira inicial do contrato, porquanto já era de seu conhecimento quando da assinatura da avença. 26. *Se a aludida empresa concordou em assinar o ajuste, no preço e prazo pactuados, inclusive sem qualquer reajuste, é porque tal circunstância - transcurso de três meses desde a data da abertura das propostas - não afetou a sua proposta.* Dessa forma, com relação ao primeiro argumento, não assiste razão aos responsáveis [itálico nosso, sublinhado no original]. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.677/2013. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 02 out. 2013)

21. *Dado o exíguo prazo de vigência do negócio jurídico, o edital não estabeleceu critério para reajustamento de preços. Ainda que houvesse um índice fixado, tenho que a construtora, ao aceitar dar início aos serviços sem condicioná-los a uma revisão de preços, implicitamente reconheceu a adequação e a exequibilidade dos valores propostos na licitação. Dito de outro modo, o ato voluntário da recorrente trouxe consigo a renúncia ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, dando azo à ocorrência de preclusão lógica.* 22. Menciono como paradigma o Acórdão 1.828/2008-Plenário. Nesse precedente, foi decidido que, caso haja termos aditivos de prorrogação de contrato de serviços continuados sem que seja suscitada correção dos preços de mão de obra, a contratada ratifica os valores até então acordados e deixa de exercer o seu direito à repactuação, entendida esta como uma espécie do reajuste [destaque nosso]. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 4.635/2014. Primeira Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 02 set. 2014)



Ainda, é de se pontuar também que o transcurso do prazo de um ano não acarreta, automaticamente, o direito ao reajuste. O período de um ano é o período mínimo de manutenção do valor nominal contratado, nada impedindo que as partes mantenham o preço convencionado por período maior. Não se ignora que o artigo 57, §1º, da Lei 8.666/93 assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato no alongamento dos prazos de execução; não obstante, a lei não está a tratar do reajuste, para fazer frente à inflação ordinária, mas sim de eventual circunstância extraordinária correlacionada à modificação do cronograma e ensejadora da necessidade de revisão do contrato.⁷

O posicionamento ora exposto encontra amparo nas lições de Hely Lopes Meirelles (2006, p. 210), para quem, constituindo uma exceção, o reajustamento de preços no contrato administrativo deve ser expressamente previsto pelas partes, inclusive para que seja apontado o índice aplicável. José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 157) também oferece a mesma solução para a *questio juris*, ao aduzir que para quem não se pode reconhecer o direito a um reajuste que não haja sido expressamente previsto no contrato administrativo:

[...] o legislador inseriu entre as cláusulas necessárias do contrato administrativo, "o preço e as condições de pagamento, e quando for o caso

⁷ Aliás, a respeito de eventual pleito de revisão contratual, veja-se que a inflação comum não deve ser tomada como álea extraordinária a ensejar o reequilíbrio econômico financeiro, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ): "DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ARTIGO 18 DO CPC - LICITAÇÃO - CONTRATO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA - PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO LICITANTE DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO - INFLAÇÃO - PROPOSTA DO LICITANTE MAL CALCULADA - ÁLEA ORDINÁRIA, QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO-APLICAÇÃO - DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. (...) 4. Teoria da Imprevisão. Alegada violação dos arts. 478, 479 e 480 do novo Código Civil. De início, cumpre asseverar ser irrelevante o fato de que o contrato foi firmado antes da vigência do novo Código Civil para a análise da Teoria da Imprevisão. Questões principiológicas de que se valiam os intérpretes do próprio Código Beviláqua. 5. Não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência do STJ. 6. Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estar-se-ia beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas, não apresentaram valor mais atraente. Recurso especial conhecido em parte e improvido" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 744.446/DF. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 17 abr. 2008).



os critérios de reajustamento" (artigo 55, III, do Estatuto). É bom que se diga, porém, que deve ser expressa a avença nesse sentido, razão por que, sem ela, entende-se que o preço ajustado é fixo e irremovível.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já teve a oportunidade de analisar a hipótese ora discutida em julgado emblemático, assentando que a prorrogação do prazo de execução de obra pública não gera direito ao reajuste, se o contrato previa que o preço era irremovível e essa disposição não foi modificada no momento da celebração do Termo Aditivo de prorrogação:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – REAJUSTE DE PREÇOS – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO CONTRATUAL – DESCABIMENTO. 1. O reajuste do contrato administrativo é conduta autorizada por lei e convencionada entre as partes contratantes que tem por escopo manter o equilíbrio financeiro do contrato. 2. Ausente previsão contratual, resta inviabilizado o pretendido reajustamento do contrato administrativo. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 730.568/SP. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 06 set. 2007.)

Do voto da relatoria, acolhido por unanimidade, extrai-se o entendimento de que o direito ao reajuste demanda a existência de cláusula contratual prévia:

Conforme depreende-se do aresto impugnado, a recorrente firmou contrato de execução de obra pública com a recorrida, no qual ficou pactuado que a duração do contrato seria de 180 (cento e oitenta) dias e que a execução da avença seguiria o regime de preço fixo e irremovível. Deflui-se que a autora busca o reajuste dos preços, sob o argumento de que a execução do contrato se prolongou por mais de 01 (um) ano. [...] Assim, conclui-se que a pretensão da recorrente não merece guarida, haja vista que a prorrogação do contrato foi pactuada entre as partes contratantes e a autora, no momento em que foram firmados os citados aditivos, não tomou as devidas providências para fazer inserir a discutida cláusula de reajuste.

Com esse mesmo entendimento, vale conferir os seguintes precedentes de Tribunais Regionais Federais:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. REAJUSTE DE PREÇOS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO CONTRATUAL. DESCABIMENTO. 1. O reajuste do contrato administrativo é conduta autorizada por lei e convencionada entre as partes contratantes que tem por escopo manter o equilíbrio financeiro do contrato. 2. *Ausente previsão contratual resta inviabilizado o pretendido reajustamento do contrato*



administrativo. 3. Apelação a que se nega provimento. (BRASIL. TRF 4ª Região. Apelação Cível nº 5009864-05.2013.404.7200/SC. Terceira Turma. Relator: Desembargador Fedederal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 23 jul. 2014, destaque nosso)

ADMINISTRATIVO –CONTRATO – PRAZO INICIAL INFERIOR A UM ANO – IMPOSSIBILIDADE DE REAJUSTE OU CORREÇÃO MONETÁRIA – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 10.192/01 – ASSINATURA DE TERMOS ADITIVOS – PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA DO CONTRATO – AUSÊNCIA DE CLÁUSULA PREVENDO REAJUSTAMENTO E INEXISTÊNCIA DE MORA DA ADMINISTRAÇÃO – PEDIDO DE AUMENTO DO VALOR CONTRATADO – DESCABIMENTO. I –O artigo 2º, § 1º, da Lei nº 10.192/01 veda a estipulação de reajuste ou correção monetária em contratos administrativos com prazo de duração inferior a um ano. II – *Ainda que, com a assinatura dos termos aditivos, o prazo em comento tenha sido ultrapassado, não há como impor à contratante a obrigação de reajustamento, pois, inexistindo cláusula nesse sentido, prevalece a presunção de que o preço ajustado continuava a atender aos interesses das partes.* III – *Ademais, conforme consignado na sentença, “inexiste qualquer disposição legal que obrigue ao reajuste dos valores contratados tão somente em razão de ser superado o prazo de um ano. Tal prazo contratual é apenas uma condição necessária para se exerça a faculdade de estipulação de critério de reajustamento”.* IV – A conclusão, contudo, seria outra caso a Administração estivesse em mora com os pagamentos, pois, nessa hipótese, a incidência de correção monetária, que independeria de previsão contratual, seria medida de justiça, a fim de que fosse preservado o valor real devido e evitado o enriquecimento sem causa da parte inadimplente.(BRASIL. TRF 2ª Região. Apelação Cível nº 425174/RJ. Desembargador Federal Reis Friede. Sétima Turma Especializada. Rio de Janeiro, 13 mar. 2009, destaque nosso)

Desse modo, afirma-se que o direito ao reajuste de preços nos contratos administrativos depende de previsão expressa, seja no instrumento originário, seja nos termos aditivos. Ademais, a pressão inflacionária comum não caracteriza álea extraordinária a justificar a revisão do contrato, por restar ausente a demonstração de fato imprevisível ou previsível de efeitos incalculáveis que justifique a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro.⁸

Compreende-se que a ausência de previsão contratual para a concessão de reajuste ou repactuação, por si só, já afasta o respaldo jurídico à sua concessão.

⁸ Não obstante, em sentido contrário, vele mencionar: “O direito ao reajuste do preço surge sempre que decorrido o prazo de doze meses a contar da data da apresentação da proposta, pouco importando que contrato tenha consignado, como é comum, o decurso do prazo de doze meses de vigência do contrato, como condição para promover o reajuste. É que não há, nem pode haver pactuação contra expressos dispositivos de ordem pública. Aliás, o reajustamento, em decorrência dos índices inflacionários, não depende de previsão contratual. Ele decorre de lei” (HARADA, 2006).



Ainda, na hipótese de ser firmado um ou mais termos aditivos sem a inclusão do direito ao reajuste, tal conduta gera, em desfavor do particular, o que o TCU denominou de preclusão lógica. Com mais razão, não haverá direito quando houver expressa previsão de que os preços são fixos. Sobre o ponto, cabe aduzir que o contrato deve ser fielmente cumprido pelas partes, em consonância com as cláusulas pactuadas.

A garantia constitucional de manutenção das condições efetivas das propostas licitatórias não é absoluta, condicionando-se ao que dispuser a lei, a qual exige a previsão do direito ao reajuste em contrato para que ele seja devido, como um elemento particular do negócio. É dizer: a previsão do reajuste contratual não se confunde com os elementos naturais do negócio, citados no começo deste estudo.

Como observa Ahrens (2008, p. 133-137), “o princípio *pacta sunt servanda* não vige menos após o advento do novo Código Civil do que vigia antes dele”. Desse modo, o maior dirigismo contratual por parte do Estado, observado a partir da vigência do Código Civil de 2002, não significa que seja possível extrapolar os cânones hermenêuticos para, a pretexto de mitigar os princípios contratuais clássicos, partir ao extremo oposto no sentido de “aplicar os novos princípios deslocados do seu contexto jurídico e promovendo a insegurança jurídica pela chancela ao puro e simples descumprimento dos contratos”.

A concessão do reajuste após firmado o contrato administrativo que não o autoriza, para além de malferir o princípio de direito financeiro da responsabilidade fiscal, ofenderia princípios de direito administrativo como o da vinculação ao edital e o da impessoalidade, bem assim o equilíbrio econômico da regulação jurídica dessa espécie contratual, de modo a representar burla ao sistema licitatório, considerando que todos os licitantes apresentaram suas propostas à luz da informação de que não haveria reajuste. O reconhecimento *a posteriori* de direito a reajuste não previsto representaria um privilégio ao contratado, em detrimento dos seus concorrentes e da Administração Pública, o que implica afastamento da observância do princípio constitucional da isonomia. Se o particular licitante opta por assinar um contrato sem contar com o apoio técnico adequado (jurídico, contábil, tecnológico, engenharia etc), age de forma temerária com a sua gestão empresária, de modo que não cabe, em um



momento posterior a formação do contrato, pleitear a tutela jurisdicional como se fosse vítima do evento para o qual ele mesmo contribuiu com omissão ou negligência.

A concessão de reajuste contratual não previsto representa uma vantagem indevida ao particular e, em consequência, via aberta para a corrupção, por meio de conchavos com a participação de agentes públicos. Nesse ponto, cabe lembrar que a corrupção é característica da formação histórica do Brasil e permanece como problema numa sociedade que ainda se esforça para combater com maior nível de efetividade o clientelismo, a patronagem e o patrimonialismo (MIRANDA, 2016, p. 18). Ainda, conforme aponta Augustine Ruzindana (2002, p. 205), a corrupção constitui importante causa de ineficiência e ao desperdício econômicos, por conta dos efeitos que exerce sobre a alocação dos recursos disponíveis, seja de fontes internas, seja de fontes externas. A contratação pública como instrumento de desenvolvimento sustentável remete a uma dimensão ética de desenvolvimento humano e socioambiental, razão pela qual o Parlamento Europeu aprovou em janeiro de 2014 uma diretiva sobre contratações da Administração Pública em que a igualdade de tratamento a particulares e a transparência são colocadas como valores fundamentais a serem perseguidos (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2017, p. 43-45). Sobretudo em tempos de crise econômica, é preciso que haja racionalização e simplificação do marco regulatório das contratações públicas, a fim de reduzir os custos de transação e também combater práticas corruptas, em busca de maior eficiência econômica e maior alcance dos fins buscados pelo Estado.

A par disso, deve ser verificada a dinâmica do processo obrigacional na formação e na execução do contrato, e com igual importância o comportamento das partes interessadas ao longo da sua formação e execução, ou ainda, nas três fases do contrato (pré-contratual, execução do contrato e pós-contratual).⁹ Vislumbrando-se o Estado como agente econômico e parte de contratos, cabe compreender, em raciocínio similar à Análise Econômica do Direito, em matéria de interpretação

⁹ “Todo negócio jurídico é celebrado sobre uma base negocial: uma base com aspectos objetivos e subjetivos, que se deve manter inalterada até a execução plena do negócio jurídico. [...] A base objetiva do negócio volta-se para outra estrutura. Volta-se para a necessidade de que sejam preservadas as bases da economicidade e a patrimonialidade que condicionam o negócio” (NERY; NERY JUNIOR, 2015, p. 116-119).



contratual, que a manutenção do conjunto de regras pactuadas contratualmente, ainda que duras, deve considerar uma ponderação quanto as consequências socioeconômicas de eventual revisão contratual. Atuar de outra forma seria fraudar o sistema, ou mesmo deixar-se de analisar os reais motivos pelos quais o contrato foi formado em condições supostamente desproporcionais (REBOUÇAS, 2017, p. 183-184).

Na tomada de decisão acerca da revisão judicial do contrato, a análise econômica do direito pode fazer parte da discussão para avaliar a necessidade ou desnecessidade de modificar aquilo que foi pactuado. Sobre o ponto, Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (2005, p. 74) argumentam que “[...] a análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas e imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos”. É preciso garantir previsibilidade às regras firmadas pelas partes e pela lei, a partir de equilíbrio, sobriedade e prudência na análise dos casos, de modo a promover segurança nas relações entre os agentes econômicos.

No jargão da ciência econômica, os contratos levam a melhorias de Pareto, a significar que, dada uma alocação inicial de bens entre um grupo de indivíduos, somente ocorrerão mudanças de alocação que satisfaçam dois requisitos: (i) deixem pelo menos um indivíduo em melhor situação; e (ii) não deixem nenhum indivíduo em pior situação. O ótimo de Pareto caracteriza-se quando se chega a uma situação em que nenhuma outra melhoria de Pareto é possível (TIMM, 2014, p. 164). O contrato, sob esse prisma da análise econômica do direito, constitui o ambiente para a alocação eficiente de recursos, para a distribuição de riscos e para a tomada de decisões (GALVANI, 2018, p. 204). É de se pugnar, portanto, por uma real análise dos riscos inerentes ao negócio e o custo de transação envolvido nas contratações públicas, com o fim de otimizar os recursos públicos, marcados pela nota da escassez, à luz da teoria de Pareto, considerando que, ao garantir o cumprimento das promessas, o Poder Judiciário acaba por manter os incentivos para a cooperação eficiente no ambiente econômico.



Na hipótese de inexistência de previsão de reajuste contratual, todos os licitantes deverão de formular as propostas de preços de forma a incluir a expectativa inflacionária. A interpretação e aplicação do direito sem uma análise mais aprofundada das repercussões no campo da economia e a consideração de todo o sistema jurídico amplia os custos de transação, uma vez que o risco ao qual as partes estão submetidas será maior, bem como malfeire o critério da boa-fé objetiva e da função social do contrato, por afetar a confiança e a previsibilidade das transações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto a proteção proporcionada pela teoria da imprevisão decorre do ordenamento jurídico, com a finalidade de evitar onerosidade excessiva para um dos contratantes, a proteção contra a mera inflação ordinária depende de negociação entre as partes, até mesmo para decidir eventual forma de cálculo, periodicidade e procedimento de formalização. Na hipótese de não ocorrer fato imprevisível, mas apenas álea ordinária consubstanciada em inflação comum, não cabe substituir a vontade das partes sem que tenha estejam presentes os elementos autorizadores da aplicação da teoria da imprevisão.

Existem no debate nacional duas posições quanto à concessão de reajuste nas hipóteses em que não há expressa autorização prévia no contrato administrativo e pretende-se obter efeitos retroativos.

Para a primeira corrente, se há silêncio quanto ao reajuste ou expressa previsão de que o preço da proposta é irajustável, entende-se que o contratado embutiu no preço a inflação do período. O reajuste de preços encontra relação direta com as variações dos custos de produção, os quais, por serem reputados como previsíveis, demandariam a inclusão de cláusula expressa no contrato, sob pena de não haver direito a reajuste.

Já para a segunda corrente, o direito ao reajuste mostra-se inafastável, mesmo que haja cláusula expressa em contrário, sob o argumento de que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro goza de proteção no ordenamento



constitucional. O particular não poderia ser prejudicado por uma ausência de disciplina expressa ou por uma ilícita vedação de reajuste, não sendo admissível à Administração Pública se beneficiar da sua própria falha na formatação do modelo contratual.

A presente pesquisa concluiu que o direito ao reajuste de preços nos contratos administrativos depende de cláusula prévia, seja no instrumento originário, seja nos termos aditivos, com efeitos para o futuro. Ainda, a pressão inflacionária comum não caracteriza álea extraordinária a justificar a revisão do contrato, por restar ausente a demonstração de fato imprevisível ou previsível de efeitos incalculáveis.

Às partes é lícito excluir expressamente a incidência da teoria da imprevisão, transformando o contrato comutativo em aleatório; porém, no silêncio, prevalecerá a cláusula *rebus sic stantibus*. Já na hipótese do reajuste, que tem por finalidade recompor a mera inflação ordinária, a parte beneficiária deverá incluí-lo expressamente como elemento particular ou acidental do contrato, sob pena de não ver resguardado esse direito.

A garantia constitucional de manutenção das condições efetivas das propostas licitatórias não pode ser interpretada como absoluta, pois está condicionada ao que dispuser a lei, a qual exige a previsão do direito ao reajuste em contrato para que ele seja devido, como um elemento particular do negócio jurídico. Desse modo, a previsão do reajuste contratual não se confunde com os elementos naturais do negócio, que apresentam a característica de decorrer da própria natureza do negócio.

Conceder o reajuste, depois de já firmado o contrato administrativo que não o autoriza, afasta-se do que prescrevem os princípios da vinculação ao edital, da impessoalidade e da isonomia entre os licitantes, bem assim o equilíbrio econômico da regulação jurídica dessa espécie contratual, considerando que todos os licitantes apresentaram suas propostas à luz da informação de que não haveria reajuste. Ainda, viola o critério da boa-fé objetiva e da função social do contrato a interpretação e aplicação do direito sem uma apreciação mais aprofundada das repercussões econômica, com a ampliação dos custos de transação para a Administração Pública e para os particulares, uma vez que o risco envolvido nos negócios finda por aumentar. O reconhecimento de direito a reajuste não previsto e com efeitos retroativos



representa vantagem indevida ao contratado, em detrimento dos seus concorrentes e da Administração Pública, de modo a constituir uma via aberta para casos de corrupção, bem como malferir a confiança e previsibilidade das transações econômicas nas contratações públicas, à luz de uma análise econômica do direito.

REFERÊNCIAS

AHRENS, Luís Roberto. Breves considerações sobre o contrato no direito contemporâneo. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, Curitiba, n. 21, Temática n. 5, p. 123-141, 2008. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/119> >. Acesso em: 29 abr. 2019.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988.

_____. Decreto Federal n. 9.507, de 21 de setembro de 2018. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2018.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1993.

_____. Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1995.

_____. Lei n. 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2001.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa SLTI n. 05, de 26 de maio de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2017.

_____. Presidência da República. Advocacia-Geral da União. Parecer AGU n. JT-02. Brasília, 26 fev. 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2009.



_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 744.446/DF. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 17 abr. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**.

_____. _____. Recurso Especial n. 730.568/SP. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 06 set. 2007. **Diário de Justiça Eletrônico**.

_____. TRF 2ª Região. Apelação Cível n. 425174/RJ. Desembargador Federal Reis Friede. Sétima Turma Especializada. Rio de Janeiro, 13 mar. 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**.

_____. TRF 4ª Região. Apelação Cível n. 5009864-05.2013.404.7200/SC. Terceira Turma. Relator: Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 23 jul. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 402/2006. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vilaça. Brasília, 23 mar. 2006. **Boletim de Jurisprudência**.

_____. _____. Acórdão n. 1.309/2006. Primeira Câmara. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, 23 maio 2006. **Boletim de Jurisprudência**.

_____. _____. Acórdão n. 963/2010. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 05 maio 2010. **Boletim de Jurisprudência**.

_____. _____. Acórdão n. 2.677/2013. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 02 out. 2013. **Boletim de Jurisprudência**.

_____. _____. Acórdão n. 4.635/2014. Primeira Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 02 set. 2014. **Boletim de Jurisprudência**.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GALVANI, Leonardo. Análise econômica do contrato e eficiência contratual. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 194-211, maio-ago. 2018.

HARADA, Kiyoshi. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 5, p. 7-11, maio 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 761.137. Relator: Conselheiro Antônio Carlos Andrada. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v.70, n. 1, ano XXVII, jan.-mar. 2009.

MIRANDA, Sérgio Eduardo Freire. **O processo de recuperação de recursos públicos em casos de corrupção no Brasil**: análise crítica do sistema, com ênfase na atuação da Advocacia-Geral da União. Fortaleza, 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 30. ed. São Paulo: Saraiva. 1991. v. 1.

MORAES, Renato José de. Alteração das circunstâncias negociais. In: **Direito dos contratos**. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Org.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v II.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **O princípio da autonomia privada, a força vinculante dos contratos e sua função socioeconômica**. São Paulo, 2017. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción*. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan/abr. 2017. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17646

RUZINDANA, Augustine. A importância da liderança na luta contra a corrupção em Uganda. In: ELLIOTT, Kimberly Ann. **A corrupção e a economia global**. Brasil: Unb, 2002.

STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

