

## REAJUSTE DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E PREVISÃO CONTRATUAL: ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Por: André Pataro Myrrha de Paula e Silva

Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Constantemente negligenciada nos editais e contratos administrativos, a ausência de cláusula de reajuste do equilíbrio econômico-financeiro tem sido, invariavelmente, motivo de impugnações e recursos pelas empresas contratadas.

Podemos dizer, na esteira dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1</sup>, que a instabilidade econômica é que faz com que as empresas solicitem o reajuste dos preços contratados. Ensina o mestre administrativista que desde “que se enraizou a consciência de que não se vivia em um mundo estável, em economia liberta de surpresas, os contratos administrativos passaram a conter cláusulas de reajustes de preços”.

Entretanto, esse pedido é quase sempre negado com base no argumento de que o contrato não prevê expressamente cláusula de reajuste, ou dispõe de cláusula que determina ser o preço fixo e irremovível. Diante de tais situações, perguntamos: afigurar-se-ia correta a atitude da Administração em negar o reajuste? Parte da doutrina entende que não, defendendo o reajuste como verdadeiro direito do contratado.

Tal posicionamento doutrinário baseia-se nos artigos 37, XXI, da CF/88 e 40, XI e 55, III, da Lei nº 8666/93, que estabelecem que o edital indicará o critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo da 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, assim como o contrato deve dispor acerca do 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.

Para esses doutrinadores, a lei é impositiva e vincula o administrador, posto determinar que o edital indicará o critério de reajuste. De outra forma, quisesse dar opção ao administrador, delimitaria que o edital poderia indicar o critério de reajuste.

Posteriormente, complementando a disciplina acerca do reajuste, foi elaborada a Lei nº 10192/01, que em seu artigo 2º assim dispõe:

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.

Assim, a partir desse diploma legislativo, aqueles que defendem que a previsão de cláusula de reajuste é direito do contratado passaram a entender que, a despeito de ser um direito que independe de previsão contratual para ser concedido, deve respeitar o limite concessivo mínimo de doze meses.

É Kiyoshi Harada<sup>2</sup> quem nos ensina que:

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

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.616-7.

<sup>2</sup> HARADA, Kiyoshi. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. *Revista IOB de Direito Administrativo*, n. 5, p. 7-11, maio 2006.

ordem pública. Aliás, *o reajustamento, em decorrência dos índices inflacionários, não depende de previsão contratual*. Ele decorre de lei. (grifos nossos).

Seguindo esse entendimento, Fernando Vernalha Guimarães<sup>3</sup> esclarece que:

seja qual for o prazo nominal fixado em contrato, o reajuste será necessário sempre que o período entre a oferta da proposta (na licitação), ou do orçamento a que essa proposta se referir, e o adimplemento da parcela exceder a doze meses. Aqui não se terá apenas uma faculdade da Administração, mas um direito do contratado – que tem, como contrapartida, um dever jurídico imposto à Administração.

O Professor Toshio Mukai<sup>4</sup>, também nesse sentido, defende que não adiantaria deixar de colocar a cláusula de reajuste no contrato ou no edital, por estar previsto em lei sua obrigatoriedade.

Diogenes Gasparini<sup>5</sup> vai além, e defendendo uma linha mais extrema, afirma que:

manter as condições efetivas da proposta não é outra coisa senão a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e se para isso forem necessários reajustamentos em tempos menores que o previsto pela Lei do Plano Real, que sejam feitos, sob pena de desatendimento da determinação constitucional.

Mas poderíamos dizer, com base nas teorias acima descritas, que mesmo na hipótese de inexistência de previsão contratual dispondo acerca do reajuste, esse seria um direito do contratado? Entendemos que a tese defendida pelo Professor Diógenes Gasparini não pode ser aceita por incorrer em um equívoco conceitual. Confunde reajuste com recomposição de preços, esquecendo-se que a recomposição é gênero da qual o reajuste é espécie, juntamente com a revisão e a correção monetária.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na Consulta nº 740.188, esclarece a diferença entre estes institutos, ensinando que: 1) a revisão é utilizada sempre que circunstância extraordinária e imprevisível, ou previsível de efeitos incalculáveis, comprometer o equilíbrio do contrato administrativo, para adequá-lo à realidade, mediante a recomposição dos interesses pactuados, aplicando-se a teoria da imprevisão. 2) o reajuste tem lugar quando ocorrem previsíveis elevações dos preços dos bens, serviços ou salários, não se aplicando, quanto a ele, a teoria da imprevisão, porque ditos fatos são previsíveis e devem estar expressos no contrato, por meio de cláusula de reajustamento. 3) a correção monetária decorre automaticamente do processo inflacionário e da desvalorização da moeda.

O Professor Marçal Justen Filho<sup>6</sup> ensina, ao tratar do tema, que

É necessário distinguir, portanto, os conceitos de reajuste e recomposição de renda. Sob um certo ângulo, esta última expressão indica gênero, de que aquela configura espécie. A recomposição de preços é o procedimento destinado a avaliar a ocorrência de evento que afeta a equação econômico-financeira do contrato e promove a adequação das cláusulas contratuais aos parâmetros necessários para recompor o equilíbrio original. Já 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. Já a recomposição pressupõe a apuração real dos fatos e exige a comprovação acerca de todos os detalhes relacionados com a contratação e os fatos supervenientes a ela. O que se afirma é a garantia constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Deve reputar-se que, ocorrendo elevação de custos não retratada pelo índice de atualização ou de reajuste adotado contratualmente, o particular tem direito à recomposição integral das perdas. Entende-se que a ausência de cláusula prevendo reajuste não importa exclusão do direito à recomposição de preços. (grifos nossos).

<sup>3</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito ao reajuste nos contratos administrativos. *Revista Zênite ILC Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 182, p.332, abr.2009.

<sup>4</sup> MUKAI, Toshio. Contratos Administrativos Acréscimos e Supressões. *Boletim de Licitações e Contratos*, Editora NDJ, São Paulo, 2005.

<sup>5</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.Cit.* p.393.

Portanto, o que o Professor Diógenes Gasparini defende como reajuste é precisamente o direito do contratado à recomposição de preços. Por oportuno, saliente-se que o artigo 2º da lei do Plano Real não contraria o artigo 37, XXI, da CF/88. Ele o concretiza. Defendendo a constitucionalidade do estabelecimento de prazo mínimo para a previsão de reajuste, o Professor Marçal Justen Filho<sup>7</sup> assim se posiciona:

Não há impedimento à existência de regra proibindo reajustes em prazo inferior a doze meses. Quanto a isso, os dispositivos relacionados com o Plano Real não são inconstitucionais. O que não se admite, em face da Constituição, é a proibição de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Ou seja, as regras do Plano Real não excluem o cabimento da recomposição de preços, ainda que condicionem a aplicação do reajuste. (grifos nossos).

Poderíamos dizer, portanto, que afigura-se correto o entendimento daqueles que defendem que o reajuste seria devido após decorridos doze meses de contrato, ainda que não previsto no instrumento contratual? Não é o que sustenta José dos Santos Carvalho Filho<sup>8</sup>, que entende que “deve ser expressa a avença nesse sentido, razão por que, sem ela, entende-se que o preço ajustado é fixo e irreeajustável”.

Esse também o posicionamento defendido por Hely Lopes Meirelles<sup>9</sup>, que ensina que:

Esse reajuste de preços é uma conduta contratual autorizada por lei, para corrigir os efeitos ruinosos da inflação. Não é decorrência de imprevisão das partes contratantes; ao revés, é previsão de uma realidade existente, que vem alterando a conjuntura econômica em índices insuportáveis para o executor de obras, serviços ou fornecimentos de longa duração. Diante dessa realidade nacional, o legislador pátrio institucionalizou o reajuste de preços nos contratos administrativos, facultando às partes adotá-lo ou não, segundo as conveniências da Administração, em cada contrato que se firmar. **Não se trata, portanto, de uma imposição legal para todo contrato administrativo, mas sim, de uma faculdade concedida à Administração de incluir a cláusula de reajustamento de preços em seus ajustes, quando julgar necessário para evitar o desequilíbrio financeiro no contrato.** (...) As épocas de reajuste dos preços e os índices de correção serão previstos no contrato, e a fórmula, a estabelecida em norma legal ou regulamentar da respectiva Administração contratante. Calculado o reajustamento devido, aditar-se-á o contrato ou se consignarão simplesmente os novos preços, com a demonstração dos respectivos cálculos, na forma estabelecida no contrato ou na legislação pertinente. **Sem estes requisitos e formalidades é inadmissível o reajuste de preços.** (grifos nossos).

Saliente-se que esse tem sido o posicionamento dos tribunais, que têm entendido que não basta a simples alegação de existência de dispositivo legal, in casu os artigos 40, XI e 55, III, da Lei nº 8666/93, para a concessão do direito, sendo obrigatório que se comprove o desequilíbrio econômico-financeiro, pois o reajuste decorreria de elevações previsíveis dos preços, e sendo previsíveis, seriam livremente ajustadas pelas partes contratantes.

Nessa linha de entendimento manifestou-se o TJSE, no Processo nº 200211801429, ao esclarecer que em caso de omissão o interessado deve impugnar o edital, sob pena de perder a oportunidade de fazê-lo, ou quando se tratar do contrato em definitivo, que o preço ajustado deveria ser considerado como fixo e irreeajustável, pois haveria a presunção de que as partes renunciaram a essa faculdade, já tendo embutido no valor do contrato a inflação do período. O reajuste deve estar expresso no contrato para ser devido, diferentemente da recomposição de preços, que será devida sempre que comprovado pelo contratado o desequilíbrio econômico financeiro.

O TJMG, nos autos do Processo nº 1.0702.04.151387-1/002, posicionou-se nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI DE LICITAÇÕES. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CLÁUSULA DE REAJUSTE DO PREÇO. AUSÊNCIA. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS.

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.cit.* p.395.

<sup>8</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p.170.

<sup>9</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.210-1.

ALEGAÇÃO DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO. PROVA. AUSÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. - Tratando-se de contrato administrativo prorrogado sucessivamente, no qual não se previu cláusula de reajuste de preço, a alegação de desequilíbrio econômico e financeiro deve estar devida e efetivamente comprovada nos autos, sob pena de improcedência do feito.V.V.P. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE - RECOMPOSIÇÃO DO PREÇO - POSSIBILIDADE - A recomposição do preço de contrato formalizado com a Administração Pública é perfeitamente possível/legal como medida que visa a manter o equilíbrio financeiro na relação encargo-remuneração em face da superveniência de fatos que modificaram as condições para a sua execução.

Em seu voto, o Des. Alberto Vilas Boas explica que, em hipóteses tais em que não haja a previsão no contrato de cláusula de reajuste, deve o contratado demonstrar a existência de desequilíbrio econômico-financeiro, sendo insuficiente a alegação acerca da obrigatoriedade do reajuste, prevista no artigo 55, III, da Lei nº 8666/93. Entretanto, ressalta ser necessária a proteção à recomposição de preços, evitando assim o enriquecimento indevido da Administração Pública.

Nas precisas palavras do Relator:

a parte autora limitou-se a discorrer sobre a possibilidade e a legalidade de reajuste, ainda quando não previsto no Edital ou no Contrato Administrativo firmado, por índice oficial de variação de preços quando ausente cláusula contratual sobre o tema, o que não se nega. Todavia, ao contrário do acima explicado, não cuidou a empresa autora de produzir sequer uma única prova acerca do alegado desequilíbrio econômico e financeiro do pacto, *condição esta imprescindível e indispensável para a procedência do pleito quando não pactuado o reajustamento*, para demonstrar, robusta e efetivamente, o preenchimento dos requisitos correspondentes, previstos nos arts. 5º, 55, inciso III, e 65, da Lei de Licitação, a fim de autorizar a aplicação de índice que reflita a inflação no período argumentado, e, conseqüentemente, recompor os preços inicialmente fixados. (grifos nossos).

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o tema, exarou idêntico entendimento, como se denota do seguinte excerto:

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 (REsp 730568/SP. Rel. Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma. DJ 26.09.2007, p. 202).

Ademais, novamente respaldado nos argutos ensinamentos do tantas vezes citado Professor Marçal Justen Filho<sup>10</sup>, percebe-se que a ausência das cláusulas de reajuste tornará a questão mais complexa e difícil de ser solucionada na via administrativa, remetendo-se a solução à disciplina geral da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Nesse sentido, entendemos mais prudente sua definição precisa no edital ou contrato, evitando-se possíveis pedidos judiciais de reajuste.

Por sua vez, é Ulysses José Beltrão Magalhães<sup>11</sup> quem demonstra de maneira magistral a importância que pode ter a prévia indicação do índice de reajuste para o interesse público, ao esclarecer que:

A ausência da previsão expressa no Edital de determinadas cláusulas, erigidas à condição de essenciais pela Lei nº 8.666/93, constitui um forte elemento de incerteza para os licitantes quando da formulação das propostas. Nesse contexto, a insegurança jurídica provocada pelas lacunas

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.Cit.* p.493.

<sup>11</sup> MAGALHÃES, Ulysses José Beltrão. *Reajustamento de preços nos contratos de obras e serviços de engenharia - Aspectos polêmicos e metodologia para a concessão dos reajustes*. Disponível em: <<http://www2.tce.pr.gov.br/xisinaop/Trabalhos/Reajustamento%20de%20pre%C3%A7os%20nos%20contratos.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2009.

editais têm levado os licitantes a se precaverem através da majoração dos seus preços, em detrimento, por óbvio, do interesse público.

Assim, fica evidenciado que a ausência de previsão de cláusula de reajuste nos contratos administrativos, apesar de inviabilizar sua concretização, não tem o condão de impedir o direito dos contratados à recomposição de preços, desde que devidamente comprovado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, assim como não se pode olvidar que sua correta delimitação pode garantir a apresentação de propostas mais realistas e favoráveis à Administração Pública.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1 - CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

2 - GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

3 - GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito ao reajuste nos contratos administrativos. *Revista Zênite ILC Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 182, p.332, abr.2009.

4 - HARADA, Kiyoshi. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. *Revista IOB de Direito Administrativo*, n. 5, maio 2006.

5 - JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11.ed. São Paulo: Dialética, 1995.

6 - MAGALHÃES, Ulysses José Beltrão. *Reajustamento de preços nos contratos de obras e serviços de engenharia: Aspectos polêmicos e metodologia para a concessão dos reajustes*. Disponível em: <http://www2.tce.pr.gov.br/xisinaop/Trabalhos/Reajustamento%20de%20pre%C3%A7os%20nos%20contratos.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2009.

7 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

8 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

9 - MUKAI, Toshio. Contratos Administrativos Acréscimos e Supressões. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo: Editora NDJ, 2005.