

# A TEORIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SEUS PRINCÍPIOS APLICADOS ÀS ALTERAÇÕES MONETÁRIAS DOS CONTRATOS : OS REAJUSTES, REPACTUAÇÕES E REEQUILÍBRIOS ECONÔMICO-FINANCEIROS:

Rui Magalhães Piscielli<sup>1</sup>

## I - DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

É *mister* tecermos uma breve retrospectiva da evolução do fenômeno estatal, na medida em que eles retratam o momento histórico dos direitos fundamentais a que corresponderam à cada época. Por outro lado, temos que, se os direitos fundamentais são os direitos de maior envergadura dos cidadãos em relação ao Estado (hoje não somente mais em relação ao Estado, como também, frente aos particulares, como veremos adiante), entendendo a evolução daqueles podemos compreender a posição do Estado para garanti-los. E, nesse cenário, a Administração Pública, como permanente braço operacionalizador das políticas estatais, desse modelo extrairá as suas características; políticas essas traçadas pelo Governo, este transitório, em respeito ao princípio republicano. Assim, temos o que denomino de “triângulo amoroso”, ou seja, Estado, Governo e Administração Pública.

De pronto, tenha-se que a figura dos Estados Nacionais vem consolidada com a Idade Moderna. A ela é ínsita a idéia de soberania de um governo sobre uma população. Nesse sentido, trazemos os ensinamentos de MOREIRA NETO<sup>2</sup> na diferenciação histórica da formação entre o Direito Público e o Privado:

As relações de coordenação, típicas do Direito Privado, bem como as relações de subordinação não-estatais, quase não sofreram transformações apreciáveis com o passar dos séculos, conformando sistemas normativos relativamente estáveis. Diferentemente, as relações travadas entre os indivíduos e o Estado destacam-se com as que mais evoluíram em direção ao sucessivo reconhecimento e proteção da liberdade e da dignidade individuais.

---

<sup>1</sup> Excertos retirados do livro do autor “Contratações e demais ajustes da Administração Pública: a teoria aplicada à prática com enfoque na área federal”. O Autor é Procurador Federal e professor de graduação e pós-graduação em Direito Administrativo em Brasília – DF. Contador, Especialista em Finanças, Advogado, Especialista em Processo Civil e Mestre em Direito Constitucional. Membro de Bancas de seleções públicas e de Comitês Editoriais. Já foi Procurador Chefe Nacional do INEP-MEC, Assessor Jurídico do Gabinete do Ministro do Trabalho e Emprego e Procurador Geral Nacional da CONAB-MAPA, tendo, também, atuado em diversas Equipes Correicionais, representando a PGF, junto à Corregedoria Geral da União. Atualmente atua como Consultor junto ao Departamento de Consultoria da PGF. Já presidiu diversos PADs em face de Procuradores Federais. Palestrante e autor de diversos artigos na área do Direito Administrativo.

<sup>2</sup> MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª-ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 15-16.

As primitivas formas de organização política originaram o chamado Estado religioso, no qual a autoridade se fundava na vontade divina revelada; as raras normas de subordinação se apresentavam com caráter negativo, consistentes numa série de proibições, como tabus jurídicos, e as atividades do Estado concentravam-se na manutenção da segurança, dos costumes e dos cultos. Esse quadro permaneceu relativamente estável até o Renascimento, quando surgiu na Europa o Estado-nação, como organização política dominante, já apresentando alguma autonomia em relação à religião; não obstante, como o poder estava fortemente centralizado no monarca, não existia ainda espaço para o desenvolvimento de um Direito Público.

Essa primeira etapa na história da formação do Estado-nação redundou em um Estado absolutista, o qual se resume na frase “O Estado sou eu”, atribuída a Luís XIV, o qual representou todo o pensamento político absolutista da Época moderna. Nesse momento, como uma fase necessária do desenvolvimento social, o Estado, esse “grande e robusto homem artificial”<sup>3</sup>, é-nos apresentado personalizado nos Estados Nacionais.

Em face do auge do absolutismo, o descontentamento leva à organização de diversos movimentos sociais, tendo a Revolução Francesa como ápice, na qual esse modelo de organização político-estatal foi, literalmente, enforcado.

Nesse cenário, a Revolução Francesa, teve por meta enfraquecer o Estado (que, na verdade era forte somente no sentido absolutista, não um Estado forte no sentido de presente na sociedade), baseada que estava na idéia absolutista do quê os Reis faziam do poder. Assim, então, a Revolução Francesa inaugurou a 1ª—dimensão dos direitos fundamentais<sup>4</sup>.

Nessa fase, tão melhor seria o Estado quanto menos se fizesse sentir na sociedade. Como contextualização, tomemos “a mão invisível do Estado”<sup>5</sup>. É a conhecida fase da liberdade.

ALEXY bem retrata os desejos dos cidadãos de então: “*Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado*”<sup>6</sup>.

No entanto, a sociedade foi se reorganizando após a queda da Monarquia, sob o comando da classe burguesa, que, inicialmente, compreendia os comerciantes individuais (o povo da pré-Revolução Francesa), mas, com o tempo, a organização econômica foi ficando mais complexa. Ou seja, as imperfeições econômicas à concorrência perfeita foram se tornando cada vez mais visíveis e sentidas pela massa da população. Massa, essa, que agora passou a se constituir dos trabalhadores que não detinham os meios de produção, senão sua própria força de trabalho. Os movimentos sindicais, os emigrantes europeus em busca de trabalho na América e o surgimento do

<sup>3</sup> Descrição de Thomas Hobbes, na sua obra “O Leviatã”.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª-ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>5</sup> Vide, dentre outras publicações de pensadores da época, “A riqueza das Nações”, de Adam Smith.

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 419.

socialismo contribuíram para que passássemos a ingressar na denominada 2<sup>a</sup>-dimensão dos direitos fundamentais, que muito reflexo teve na construção de uma nova estrutura do Estado.

Nessa estrutura, não mais se admitia um Estado passivo, senão exigiam os movimentos populares que tivéssemos um Estado que intervesse nas relações trabalhistas, previdenciárias e sociais como um todo.

A Encíclica Papal *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII (que ficou conhecida como a “certidão de nascimento” do Direito do Trabalho, visto, até então, as relações laborais serem reguladas pelo Direito Civil), em muito contribuiu nesse processo, ao denunciar ao mundo a condição subumana a que milhares de trabalhadores estavam submetidos, servindo a Revolução Industrial no sentido de propiciar a acumulação de capital nas mãos dos detentores de fatores de produção outros que não o trabalho. A Constituição Mexicana e de *Weimar* foram marcos nesse processo social, no início do século XX. É a conhecida fase da igualdade.

Esse momento social é bem retratado por MOREIRA NETO<sup>7</sup>:

Com efeito, como o liberalismo clássico havia pretendido manter o Estado como simples espectador dos fenômenos econômicos e sociais, se havia aberto um crescente espaço anômico, o que permitiu o aumento de pólos irrefreados de poder na sociedade, que passaram a causar distorções econômicas e sociais e a comprometer a igualdade de oportunidades entre os indivíduos. Nessas condições, o Estado foi chamado a intervir para coibir os excessos e, simultaneamente, para suprir lacunas abertas pela iniciativa privada, ausente ou insuficiente, para garantir e, posteriormente, dirigir o desenvolvimento econômico.

Mas a sociedade continuou a evoluir. As duas grandes guerras mundiais, sobretudo suas consequências para a população mundial, fizeram com que houvesse um sentimento de que era preciso desenvolver mais a solidariedade entre os habitantes de nosso planeta. O Plano *Marshall*, de reconstrução da Europa no pós 2<sup>a</sup>-Guerra Mundial, muito bem ilustrou esse cenário.

Assim, então, a Constituição Portuguesa de 1976 trouxe em um texto escrito a possibilidade de transição para um Estado socialista, com a consequente estatização dos fatores de produção. Foi a 3<sup>a</sup>-dimensão dos direitos fundamentais. É a conhecida fase da fraternidade dos direitos fundamentais.

---

<sup>7</sup> MOREIRA NETO, Op. Cit., p. 17.

Anote-se, ainda, que SARLET nos noticia a categoria da 4ª-dimensão dos direitos fundamentais, mas alerta: “(...) no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas”<sup>8</sup>

Direito à informação e à participação popular direta, dentre outros, marcam essa nova dimensão, na qual o ponto realmente diferenciador é a garantia de capacitação dos indivíduos para fazerem parte de uma sociedade globalizada<sup>9</sup>.

Acerca da evolução desses modelos, GONÇALVES<sup>10</sup> assim se manifesta:

O que se pode afirmar, após extensa reflexão, é que os modelos de Estado devem complementar-se, não havendo uma receita específica para todos os países. No Brasil, é preciso levar em conta os aspectos e características culturais, econômicos, políticos, e principalmente sociais, para que se possa criar um modelo brasileiro próprio de Estado Pós-social, adaptando-o aos reclames de um país em desenvolvimento.

O Direito Administrativo, nesse cenário, é um produto da Idade Moderna, na medida em que tende a harmonizar a operacionalização do Estado para que passe a atuar mais ativamente na sociedade, ao mesmo tempo, com a sua limitação necessária para que os direitos fundamentais da 1ª-dimensão não fiquem obnubilados. E esse é o grande desafio da contemporaneidade, que colhemos de MOREIRA NETO<sup>11</sup>, que, para resolvê-lo, tem o Estado o ordenamento jurídico:

É inegável que o atual modelo de Estado – colhido nesse processo de mudança acelerada, como responsável pela regência dos destinos de sociedades cada vez mais conscientes de seus interesses bem como da importância de garanti-los, sempre mais demandantes de serviços e organizadas para exigí-los – tornou-se uma instituição problemática. Mais uma crise a superar, mas, diferentemente das crises históricas que o acossaram, há cada vez melhores condições para resolvê-la, como, de resto, qualquer outro conflito, não importa de que natureza, desde que se o faça com os próprios instrumentos de ordem jurídica e, para tanto, quanto mais dúctil e flexível esta for, melhor e mais rapidamente serão superadas as crises que advirão.

Nesse contexto, a Administração, como braço operador das políticas traçadas por um Governo, deve acompanhar a evolução dos direitos fundamentais<sup>12</sup>. Assim sendo,

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 59.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 7ª-ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 526.

<sup>10</sup> GONÇALVES, Cláudio Cairo. **Contrato Administrativo. Tendências e exigências atuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 45.

<sup>11</sup> MOREIRA NETO, Op. Cit., p. 18.

<sup>12</sup> Acerca da constitucionalização da Administração Pública Brasileira, consultar artigo que produzimos para o II Congresso Brasileiro de Carreiras Jurídicas de Estado, ocorrido em Brasília – 2010, disponível em: <http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia07oficina10texto1.pdf>. Acesso em 28/01/2011.

pré-juízos como a estrita legalidade, a supremacia absoluta do interesse público sobre o interesse privado, o caráter exclusivamente unilateral do ato administrativo e a indisponibilidade do interesse público, ainda que em se tratando do secundário, vêm sendo substituídos, num cenário de busca verdadeira em direção a um Estado Democrático de Direito (e não somente de legislação) por outros, como a interpretação sob o viés do sistema jurídico integral, (princípio da juridicidade<sup>13</sup>), a compatibilização dos direitos fundamentais com o interesse estatal, a participação popular na elaboração das políticas públicas e a restrição da indisponibilidade ao interesse público primário, no qual se entende a defesa intransigente do interesse da sociedade, dessa idéia, pois, descolando-se os interesses meramente patrimoniais do Estado. Na doutrina, isso é sintetizado por OTERO<sup>14</sup>:

Um sistema tendencialmente fechado de legalidade é substituído por um sistema predominantemente aberto: a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional, torna-se predominantemente principialista em certos sectores de actividade.

Nesse sentido, analogamente, trazemos entendimento do TCU acerca da excepcionalidade de se promoverem alterações qualitativas acima do limite legalmente estatuído, nos casos em que, pela aplicação fundamentada da proporcionalidade, o interesse público fosse prejudicado em se respeitando literalmente o texto da norma (um belo exemplo de aplicação não mais da legalidade tão-somente senão do conceito amplo da juridicidade)<sup>15</sup>:

Tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da referida lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei; nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos: não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação

<sup>13</sup> A propósito do reconhecimento pela própria Administração Pública, vide o Parecer PGFN nº 1.087, de 2004, aprovado por Despacho do Exmo. Ministro da Fazenda, de 17/08/2004 – DOU de 23/08/2004.

<sup>14</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 167.

<sup>15</sup> Decisão 215/99 – Plenário.

inicial; não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; demonstrar-se na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados no primeiro item, que as consequências da outra alternativa - a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação - importam sacrifício insuportável ao interesse público primário - interesse coletivo - a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência.

No mesmo sentido, o TCU em relação às excepcionalidades ensejadoras de ultrapassagem do prazo de 180 dias:

(...) possível, em casos excepcionais, firmar termo aditivo para prorrogar contrato oriundo da dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº-8666, 1993, por período adicional estritamente necessário conclusão da obra ou serviço, além do prazo máximo fixado nesse dispositivo legal, desde que essa medida esteja fundamentada na ocorrência de fato excepcional ou imprevisível, estranho vontade das partes, que impossibilite execução contratual no tempo inicialmente previsto. (Acórdão nº941, 2007 - Plenário)

(...) o limite de 180 dias para execução de serviços emergenciais, referido no inciso IV do art. 24 da Lei nº-8666, 1993, pode ser ultrapassado se isso for indispensável para preservação do bem protegido. (Acórdão nº-024 2008 - Plenário)

A justificativa para o reequilíbrio econômico-financeiro deve estar como pauta nos Pareceres jurídicos à área técnico-administrativa, a saber da jurisprudência do TCU:

9.5.2. em casos de recomposição de preços motivada por ocorrência de fato comprovadamente imprevisível, faça constar do processo uma análise fundamentada e criteriosa sobre o ocorrido, a fim de ficar caracterizado como extraordinário e extracontratual quanto à sua ocorrência e/ou quanto aos seus efeitos;

#### **ACÓRDÃO 0007/2007 ATA 01 - PRIMEIRA CÂMARA**

A respeito, ver importante julgado recente do STJ no que se refere à vinculação à Lei, ainda que sem previsão no Edital ou no Contrato. Segundo o STJ: “A falta de

menção a requisito em edital de licitação não afasta as concorrentes de cumprir as exigências legais relacionadas às atividades a serem contratadas.<sup>16</sup>”

No entanto, sabemos que a *praxis* não se modifica somente pelo texto legal. No Brasil, ainda temos uma forte crise de aplicação desse novo Direito Administrativo, que, nesse espectro, não mais se contenta com a legalidade dos atos administrativos, senão anseia pela matriz constitucional de fundantes políticas públicas sociais.

E, nesse desiderato, o Judiciário é convocado a colaborar na formação de uma Administração Pública constitucionalizante.

A propósito, destacamos o julgado abaixo, do Supremo Tribunal Federal, interpretando o desejo constitucional de manter o controle prévio da legalidade sob os auspícios de uma Administração Pública profissionalizada, efetiva, com compromissos mais sólidos com o Estado, e não sob a guarda de cargos comissionados, os quais, conforme o governo do momento, ditam uma diretiva estatal. Ora, o controle prévio da legalidade é função de Estado, não de governo.

Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada. 2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. 3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. 4. Ação que se julga procedente<sup>17</sup>.

No âmbito do Direito Administrativo, nosso palco diário de atuação, temos a mesma evolução acima, que afetou os direitos fundamentais. Claramente identificamos na Administração Pública três fases, quais sejam, a do tipo patrimonialista, a burocrática e a gerencial.

Ressalva importante a fazer é que, dificilmente, um País tem somente um modelo em vigor, senão tende a ter um precípua, em face de, na Administração, termos agentes públicos, e cada qual trazendo suas cargas próprias de experiência e níveis de desenvolvimento pessoal, além, claro, da influência do Governo do momento.

---

<sup>16</sup> Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93310](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93310). Acesso em: 26/09/09.

<sup>17</sup> Adin nº4.261, Dje de 20/08/2010.

Da Administração patrimonialista podemos exemplificar características como a pessoalidade, a inexistência de fronteira entre a coisa pública e os interesses pessoais dos governantes e a praticamente ausência de controle. Predominantemente, a escola patrimonialista poderia ser associada aos antecedentes da 1ª-dimensão dos direitos fundamentais.

Da Escola burocrática, podemos trazer a introdução dos controles nos negócios públicos, a segregação entre os interesses privados dos públicos e o respeito aos princípios da impessoalidade e moralidade; todavia, para isso, em face das agruras experimentadas pelo modelo anterior, acaba centralizando os negócios administrativos.

Max Weber, sociólogo alemão, inaugura o termo burocracia no início do século XX. Com isso, analisando o quadro histórico anterior, Max Weber não vê outra forma de a Administração Pública acompanhar tais mudanças senão se reorganizando, e esta reorganização passa pela implementação do sistema burocrático. Como marco inicial, toma *Weber* a estrutura funcional do exército prussiano de meados do século XIX.

Na sua gênese, a burocracia visa a dotar o Estado-Administração Pública de racionalidade. Nesse viés, não há como dispensar de seguir alguns de seus princípios, quais sejam, o da legalidade, o da impessoalidade, o da publicidade, o da hierarquia, o da especialização de funções, com a alta capacitação da Administração Pública, que passa a ser profissional, e o do controle dos atos estatais, visto que não mais toleraria a sociedade do início do século XX a não-transparência da coisa pública.

No entanto, até os dias de hoje, quando se quer falar de uma máquina administrativa emperrada, a primeira crítica que se faz é que isso se deve à burocracia. Muitas críticas são feitas, dentre elas, a quantidade de procedimentos e de controles estatais bem como o desrespeito à legitimidade popular; todavia, não devemos, em absoluto, tomar o sistema burocrático como prejudicial à sociedade, senão como um passo no seu desenvolvimento, aproveitando-se da burocracia todas as suas virtudes, e são muitas!

E, veja-se, mesmo o conhecido positivismo jurídico de Kelsen, estudado mais aprofundadamente, revela que não é a leitura literal da regra que deve ser seguida, senão o sentido teleológico. Assim, em KELSEN profissional, e o do controle dos atos estatais, visto que não mais toleraria a sociedade do início do século XX a não-transparência da coisa pública.



Mesmo o conhecido positivismo jurídico de Kelsen, estudado mais aprofundadamente, revela que não é a leitura literal da regra que deve ser seguida, senão o sentido teleológico. Assim, em KELSEN<sup>18</sup>

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

Assim, a 2ª-dimensão dos direitos fundamentais estaria, de regra, associada temporalmente a essa Escola burocrática, na medida em que o Estado, para poder intervir na sociedade (como reclamo desta pelos exageros da fase predecessora liberal), precisa de uma máquina administrativa profissionalizada.

No Brasil, o Presidente Getúlio Vargas foi o responsável pela introdução de mudança no perfil administrativo, fazendo com que o descontrole e pessoalidade patrimonialistas cedessem, pouco a pouco, espaço a uma administração pública profissional, com a introdução de controles de pessoal, incluindo a seleção impessoalizada dos agentes a prestarem serviços ao Estado. Registre-se que o Departamento Administrativo do Serviço Público - DASP e as primeiras regras sistematizadas sobre as aquisições públicas com os primeiros desenhos de regras licitatórias foram criados nesse cenário<sup>19</sup>

Contudo, a Administração Pública precisava acompanhar a evolução ainda maior da sociedade, do que, com o final da 2ª-e início da 3ª-dimensão dos direitos fundamentais, a escola gerencial foi sendo introduzida nos temas do Estado.

No Brasil, o conhecido Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, readequou vários conceitos até então praticados. Tomemos o controle, que, na visão burocrática era voltado aos meios, o qual se transformou em medição de resultados. Ademais, a Administração Pública ganhou cinco novos princípios, quais sejam, o planejamento, o controle, a coordenação, a descentralização e a delegação de competência<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução Ch. Einsenmann. 2ª-ed., Paris, 1962, p. 190. *Apud*: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª-ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11.

<sup>19</sup> Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922 - Código de Contabilidade Pública da União.

<sup>20</sup> Descentralizar é atribuir competência a entidades públicas; desconcentrar (outro instituto) é o reordenamento administrativo dentro da própria estrutura do órgão público, sem atribuição de nova competência.

Notadamente com esses dois últimos, a Administração passou a delegar funções altamente especializadas às entidades que iam sendo criadas, componentes da Administração Indireta, o que visava a que os procedimentos fossem feitos cada vez de forma menos centralizada na Administração Direta. Assim, cria-se a tecnocracia. Mais recentemente, com a Emenda Constitucional nº—19, de 04 de junho de 1998, introduzindo aos quatro princípios constitucionais da Carta de 88 (legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade) o lume da eficiência, a possibilidade de demissão, mesmo dos servidores estáveis por insuficiência de desempenho, e, ao que nos toca mais diretamente, a possibilidade do controle popular sobre a Administração Pública, de forma mais detalhada do que o previsto no texto originário de 88, vê-se, pouco a pouco, a consolidação do modo gerencial de administrar a coisa pública<sup>21</sup>.

Nesse cenário burocrático-gerencial, temos, então, a evolução do pensamento administrativo, saindo-se do escopo enviesado do ato unilateral administrativo para o conceito de processo administrativo, e, mais recentemente, para o de política pública<sup>22</sup>, destacando-se a previsão da participação popular em audiências públicas, como na Lei da Responsabilidade Fiscal (arts. 48 e 49 da Lei Complementar nº—101, de 04 de maio de 2000) e na Lei geral de licitações e contratos, como exploraremos mais detidamente neste trabalho.

Quando nos referirmos aos princípios, devemos atentar para a teoria dos direitos fundamentais, de ALEXY<sup>23</sup>, o qual dá força normativa, tanto para as regras quanto para os princípios (normas são as regras e os princípios). Logo, também são os princípios cogentes.

ALEXY nos ensina a chegar à solução para resolvermos o problema da colisão entre os princípios<sup>24</sup>:

Aqui, agora, a segunda questão, a reclamar o auxílio da moderna hermenêutica constitucional: A interpretação constitucional, constatada a variedade dos valores e direitos nela plasmados, e bem assim, de seus respectivos destinatários, haverá de se submeter, no ponto em que houver tensões entre aqueles, a critérios de proporcionalidade.

ALEXY muito bem nos retrata a conexão entre a teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade. Como nos sintetiza<sup>25</sup>:

Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación.

---

<sup>21</sup> Nesse sentido, destacamos o recente Decreto federal nº—6.932, de 2009, notadamente os seus arts. 11 e 12.

<sup>22</sup> Acerca da evolução do Direito Administrativo contemporâneo para o viés da política pública, ver artigo intitulado “Políticas Públicas e Direito Administrativo”, de Maria Paula Dallari Bucci, na **Revista de Informação Legislativa**. Ano 34, nº—133, jan./mar., 1997, p. 89-98.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit..

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Op. Cit., p. 161.

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 112.

Do Direito Administrativo, podemos extrair os clássicos princípios da indisponibilidade do interesse público e o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

E, daqui, temos de ter a busca do interesse público como objetivo do Direito Administrativo. Acerca do interesse público, ficamos com CARVALHO FILHO<sup>26</sup>:

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade ...Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais... Algumas vezes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular... A “desconstrução” do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita “reconstrução”, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto.

Ressalte-se que o princípio do interesse público é guindado à estatura constitucional, bem assim no ensinamento de MENDES e outros<sup>27</sup>:

Muito embora os princípios expressos no art. 37, caput, da CF/88 sejam de evidente importância, tanto que aí estão inseridos, existem também princípios implícitos, como o do interesse público, também chamado de finalidade pública, que merece destaque, nesse contexto, por ser fundamental para toda discussão administrativo-constitucional. O interesse público deve guiar a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que, especialmente no paradigma do Estado constitucional, o Estado deve ser movido por interesses que transcendam o plano dos direitos subjetivos envolvidas nas relações de que toma parte. A noção de bem-estar coletivo apresenta-se primordial, porquanto a história do Estado de Direito e de sua intrínseca ligação com as dimensões dos direitos fundamentais revelam que os interesses individuais se coletivizam ou se tornam transindividuais para as sociedades contemporâneas. O sistema constitucional da Administração Pública brasileira foi estabelecido como um conjunto de princípios, subprincípios e algumas regras, considerados necessários à garantia de sua ordem e unidade internas, a fim de que as entidades e órgãos possam atuar, na maior harmonia possível, para a consecução dos seus fins.

---

<sup>26</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20<sup>a</sup>-ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, 4<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 875-876.

## II – DA CONTRATAÇÃO COMO CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO:

Tenha-se, a propósito, que a execução indireta das atividades propriamente internas da Administração Pública bem como a colaboração com outros entes políticos, administrativos, e, mesmo, entidades privadas sem fins lucrativos, já vêm, desde o DL 200, de 1967, informadas pelo princípio da descentralização<sup>28</sup>. Ademais, aquela norma veio a introduzir no Estado Brasileiro uma primeira visão gerencial, do que a descentralização e os controles submetidos ao custo benefício, passando estes da espécie *a priori* para a *posteriori*, dentre outras características, só agregaram valor à burocracia então vigente. E, gize-se, agregar, pois a burocracia na Administração Pública Brasileira nunca deverá ser extinta, pois foi esta que consolidou o princípio da impessoalidade, com suas seleções, quer para o pessoal de que o Estado necessita para o desempenho de suas funções, quer para as demais contratações públicas. Daí porque a burocracia deve ser aperfeiçoada com o gerencialismo, e nunca extinta, como, por oportuno, o deve ser o modelo patrimonialista de gerir o Estado.

Também nesse sentido, o controle gerencial do Tribunal de Contas da União - TCU passou ao de ser não de aprovação das minutas dos contratos administrativos bem como dos demais ajustes da Administração, senão o da fiscalização, além de orientativa (mas não em todos os atos e contratos). Ou seja, sua atividade é eminentemente de controle, não de execução, esta, a encargo da responsabilidade da Administração. Assim é o contido na sua Súmula nº-88:

Não é da competência do Tribunal de Contas da União o julgamento ou a aprovação, prévia ou “a posteriori”, de minutas ou termos de convênios, ajustes, acordos, e contratos de abertura de crédito, financiamento ou empréstimo, celebrados, com a vinculação, em garantia, de quotas dos Fundos de Participação. Pode, todavia, o Tribunal, no exercício da auditoria financeira e orçamentária e com vistas ao julgamento da regularidade das contas relativas à movimentação e aplicação dos recursos provenientes daqueles Fundos, expedir Instruções sobre a matéria, ou, ainda, tomar conhecimento dos respectivos termos, para, se verificar ilegalidade ou irregularidade, adotar providências no sentido de saná-la ou evitar a sua reincidência.

Ademais, em relação aos contratos administrativos, o TCU não tem o poder constitucional de sustá-lo (aplicável somente esse poder aos atos administrativos), senão o de comunicar ao Congresso Nacional, sendo que, este último é que adotará, diretamente, a providência. O TCU somente agirá, após 90 dias do silêncio previsto na Constituição, a saber do contido nos §§ 1º-e 2º-do art. 71 da referida Carta:

<sup>2828</sup> Art. 6º—As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I - Planejamento. II - Coordenação. III - Descentralização. IV - Delegação de Competência. V - Controle.

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º—A descentralização será posta em prática em três planos principais:

a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;  
b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

§ 1º- No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º- Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

Assim da Lei Orgânica do TCU, Lei nº-8443, de 16 de julho de 1992 não descurando da teoria dos poderes implícitos, nela, incluída o poder geral de cautela que, a despeito de instituto do processo civil, aplica-se subsidiariamente ao processo administrativo no âmbito daquela Corte de Contas.

Esperamos, nas linhas acima, no âmbito das contratações públicas, ter apresentado os fundamentos do Estado, da Administração Pública e dos direitos fundamentais, em uma leitura que, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, deve ser pautada por uma visão principiológica, visto que não teria sido em vão que o Constituinte, no *caput* do art. 37 do seu Texto, optou por prestigiar os princípios, deixando as regras para seus incisos, em, literalmente, um segundo plano, com suas palavras textuais “(...) e **também** o seguinte” (grifo apostado):

### **III - A LICITAÇÃO COMO PRÉVIO CAMINHO NECESSÁRIO ÀS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:**

O procedimento licitatório é o instrumento pelo qual o constituinte ordenou que as aquisições e alienações de todas as Administrações Públicas (direta e indireta, federal, distrital, estadual e municipal, de todos os Poderes, além da cogência de seus princípios às entidades paraestatais, como as integrantes do Sistema “S”) passassem, necessariamente.

Sim, necessariamente, uma vez que, mesmo nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, também aqui, temos o procedimento licitatório (fase interna). Nesses casos, a única etapa que não temos é a disputa entre os interessados (fase externa).

Aqui já podemos, didaticamente, dividir o procedimento licitatório em 2 etapas, quais sejam, as fases interna e externa. Na primeira, têm-se os procedimentos preparatórios, que, sob autuação de um processo administrativo (consequentemente sob os princípios do processo administrativo), são os responsáveis pelo sucesso ou pelas dificuldades a enfrentar posteriormente. Nessa fase, sequencialmente, temos a solicitação do requisitante, a aprovação da Autoridade competente, a autuação do processo administrativo, a juntada de um documento o qual julgo o mais importante do processo licitatório, qual seja, o projeto básico ou termo de referência (esta última denominação utilizada na modalidade pregão), as prévias pesquisas de mercado formalizadas pela Administração e oferecidas pelo mercado na qual a demanda

administrativa se insere, as declarações orçamentárias de suficiência de recursos, a elaboração e juntada das minutas do Edital e do contrato administrativo que será assinado pelo licitante vencedor e o Parecer Jurídico, este, por força do contido no § único do art. 38 da Lei 8666, de 1993, o responsável pelo controle prévio da legalidade dos procedimentos.

A propósito, assim em JUSTEN FILHO<sup>29</sup> como requisitos necessários à instauração das licitações, além de outros ensinamentos do Autor já descritos neste trabalho, quando analisamos o panorama geral das licitações, expondo suas fases interna e externa:

A Lei nº-8.666/93 contempla um elenco de formalidades de cumprimento obrigatório. Estão indicadas nos arts. 7º-e 14 basicamente, e se orientam a evitar contratações:

- a) Não antecedidas de planejamento;
- b) cujo objeto seja incerto;
- c) para as quais inexista previsão de recursos orçamentários; ou
- d) incompatíveis com as programações de médio e longo prazo.

Posteriormente a essa fase interna, temos o que se denomina fase externa do procedimento. Inicia-se ela com a publicação do Edital, seguindo-se a apresentação das propostas, julgamento das mesmas pela Administração, fase recursal, homologação do procedimento (que é mais um momento do controle, este exercido pela mesma Autoridade máxima que autorizou a sua abertura, agora, dando uma conformidade de todo o processo realizado) e, finalmente, a adjudicação, esta como última fase do procedimento licitatório, que consiste na declaração do licitante vencedor.

Após essas fases, então, já cumprido o rito licitatório, inicia-se a fase contratual, desde a sua assinatura, passando pela sua execução, fase esta que pode originar aditivos no termo originário, o acompanhamento do fiscal do contrato durante a sua vigência, e, ao final desta, a sua extinção. Por vezes, o contrato administrativo é extinto antes do prazo inicialmente previsto, em face, ou de conveniência da Administração, ou por falha no cumprimento contratual levado a cabo pelo contratado (claro, neste último caso, sempre aplicando o processo administrativo previsto na própria lei geral licitatória) e, subsidiariamente, o contido na lei do processo administrativo federal, Lei nº-9784, de 1999), propiciando ampla defesa e o contraditório aos contratados, o que também deve ser observado no caso de aplicação de sanções durante a própria execução contratual.

Prosseguindo, de importância, é saber que a Lei geral licitatória assim dá competência para a Administração Pública normatizar infralegalmente sobre licitações, a saber de seu art. 115.

Nesse diapasão, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG que, dentre suas competências tem a de ser o órgão central do sistema de administração<sup>98</sup>, através de seus órgãos internos, notadamente a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI, vem editando normas administrativas, de curial importância.

---

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p 344.

Dessa legislação, que denominamos infralegal, destacamos a Instrução Normativa nº-02, de 30 de abril de 2008, a qual disciplina a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG. A seu respeito, no atinente ao objeto pela IN regulado, recortamos resumo de manifestação jurídica que proferimos no âmbito de nossas atribuições de uniformização da legislação, na Procuradoria-Geral Federal, este Órgão da Advocacia-Geral da União afeta à supervisão das Unidades Jurídicas das Entidades da Administração Indireta de Direito Público, quais sejam, autarquias e fundação<sup>30</sup>

CONSULTA. TERCEIRIZAÇÃO. EXTENSÃO DA APLICABILIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA MPOG Nº-02/2008.

Apreciando-se Consulta com questionamento acerca da extensão da aplicabilidade da IN MPOG nº-02/2008, concluiu-se que: a) a execução indireta de serviços pelos Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal coincide com o termo terceirização, sendo que aquela execução poderá ser feita de maneira continuada ou não, conforme estatuído pela Administração; b) não podem ser terceirizadas atividades que não sejam de atividade-meio do Órgão ou entidade públicos, nos termos do contido no art. 9º-da IN MPOG nº-02/2008; c) a Instrução Normativa nº-02, de 30 de abril de 2008, é aplicável às terceirizações, continuadas ou não, da Administração Pública Federal, conforme autorização legislativa conferida pelo art. 115 da Lei nº-8.666, de 21 de junho de 1.993; e d) a estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é posta pela Lei nº-10.683, de 28 de maio de 2.003, e pelo Decreto nº-7.063, de 13 de janeiro de 2.010.

(Processo Administrativo nº—54000.001679/2010-63 - PARECER nº 307/2010/RMP/ CONSU/PGF/AGU. Parecerista: Procurador Federal Rui Magalhães Piscitelli - Data de aprovação: 15/12/2010).

Em sendo a licitação uma espécie de processo administrativo, nunca é demais lembrar a aplicação subsidiária da Lei nº—9784, de 1999, a Lei do Processo Administrativo Federal, ao menos no âmbito da União.

#### **IV - OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A VISÃO NORMATIVA**

##### **(PRINCÍPIOS MAIS REGRAS) :**

Preliminarmente a qualquer definição, é necessário trazemos a definição de contrato. Assim em CRETELLA JÚNIOR<sup>31</sup>:

---

Em sua acepção etimológica, contrato significa arrastamento simultâneo, baseado na confiança recíproca, situação de tal ordem que impede duas

---

<sup>30</sup> Disponível em: [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=152472&id\\_site=1106](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=152472&id_site=1106) . Informativo da Procuradoria-Geral Federal . Janeiro de 2011. Acesso em: 1º-de fevereiro de 2011.

<sup>31</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Vol III., 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p 11.

vontades, oriundas de pontos diferentes, caminhando para o mesmo objetivo, atingindo-o, cruzando-se afinal, e partindo, novamente, em direções opostas

---

Na Lei nº-8.666, de 1993, assim temos a redação de seu art. 54, quanto à interpretação dos contratos administrativos:

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.

Da boa doutrina<sup>32</sup>, colhemos que os contratos administrativos, em virtude do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, são espécies de contratos de adesão.

Esses contratos impõem condições e cláusulas unilateralmente e caracterizam-se como verdadeiros contratos de adesão. A fase inicial de debates e da transigência fica eliminada, visto que uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio que esta em geral não pode recusar, com a predominância apenas da igualdade jurídica. É uma espécie de contrato - regulamento, estabelecido previamente pela contratante e que a contratada aceita ou não, segundo as normas de rigorosa padronização.

Na interpretação dos contratos administrativos, levar-se-á em conta o interesse público, mas não se rejeitará a proteção que é devida ao contratado, nem se negarão os princípios da boa-fé e da probidade, contra o arbítrio, os quais devem ser rigorosamente respeitados pelo Poder Público, fazendo-se a interpretação da maneira menos onerosa para o devedor, no conjunto das disposições e não isoladamente.

Diógenes Gasparini assinala que as cláusulas dos contratos administrativos nem sempre são nítidas, por não serem exatos seus termos e expressões, de sorte que, com a interpretação daquelas, buscar-se-á a compreensão de suas cláusulas e confirma que, na dúvida, a interpretação do privilégio deve ser restrita, pois o princípio de que o contrato é lei entre partes – *lex inter partes* – não foi alijado, devendo-se então o respeito pleno ao essencial, e a interpretação centrar-se-á no texto do contrato e documentos que o integram, mas, se isso não surtir efeito, deve o exegeta munir-se de ferramentas pertinentes, encontráveis fora do contrato.

Washington de Barros Monteiro, abeberando-se em Jossierand, discursa, com real grandeza, que, nos contratos de adesão, não ocorre a liberdade de discussão das cláusulas, predominando apenas a igualdade jurídica. Uma das partes impõe a sua vontade à outra (...)

---

<sup>32</sup> SZKLAROWSKY. Leon Frejda. Interpretação dos Contratos Administrativos. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=458>. Acesso em 13/05/2009.



Esse caráter de adesão dos contratos administrativos também É sustentado por CRETELLA JÚNIOR<sup>33</sup>: “Assumindo a forma de contrato de adesão, os contratos administrativos apresentam outro traço patente: a desigualdade jurídica das partes”.

Buscando, então, no Código Civil Brasileiro vigente, aplicável subsidiariamente aos contratos administrativos, assim temos as disposições que tratam da interpretação contratual, que servem subsidiariamente à interpretação também dos contratos administrativos:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Este cotejo dos contratos administrativos com os contratos em geral, a saber, fizemos em um caso concreto que enfrentamos, no caso em que uma empresa, mesmo tendo assinado um aditivo contratual prorrogando a vigência, vindo inclusive a ratificar as demais cláusulas, enfrentava resistência estatal no sentido de que incidiria, nesse caso, a preclusão lógica, que a levaria à perda de seu direito de repactuação com efeitos financeiros retroativos àquele aditivo. Entendemos diversamente, posto ela já ter explicitado sua intenção de repactuar, antes da firmatura do aditivo de prorrogação de vigência, por ocasião de seu pedido de repactuação, não havendo em cogitar de preclusão de seu direito pelo fatode, posteriormente a seu requerimento, ter celebrado aditivo com o objeto de prorrogação de vigência contratual. A mora foi da Administração em analisar seu pedido de repactuação adrede apresentado. E sempre dissemos: o descumprimento de alguma regra pela Administração vem a prejudicar o próprio interesse público, pois as empresas, sabedoras da possibilidade de descumprimento, vêm a superfaturar os preços para participar dos certames. A Administração cumprir rigorosamente suas obrigações, com certeza, diminuirá os preços das contratações públicas.

Assim, certo é que a lei nº-8.666, de 1993, pode ser caracterizada, pela própria existência de cláusulas exorbitantes, previstas no seu art. 58, como uma espécie de contrato de adesão.

---

<sup>33</sup> Op. Cit., p. 50.

Também em CARVALHO FILHO,<sup>34</sup> temos a corroboração de que, mesmo nos contratos em que preponderem as cláusulas de Direito Privado, nos contratos da Administração<sup>250</sup>, ou seja, não-administrativos, deve o Estado estipular regras mínimas de Direito Público, posto a relação totalmente igual nunca poder ser viável entre o Estado e os particulares, diante do fato da assecuração do próprio interesse público:

Com a noção mais moderna da personificação do Estado, cristalizou-se a ideia da possibilidade jurídica de serem firmados pactos bilaterais, figurando ele como uma das partes na relação obrigacional. Logicamente, tais compromissos nem deveriam, de um lado, ser desnaturados a ponto de perder sua característica própria, nem deveriam, por outro, ser de tal modo livres que pudessem abstrair-se das condições especiais que cercam a figura do Estado.

Em contrapartida, por previsão expressa de seu art. 54, aplicam-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos.

Acerca dos princípios da probidade e da boa fé (art. 422 do NCC), assim temos em TEPEDINO et. alli<sup>35</sup>:

A boa-fé como princípio contratual fora consagrada expressamente no CDC (arts. 4º, III, e art. 51, IV). Muito antes, porém, a boa-fé encontrava-se prevista no art. 131 do CC como regra de interpretação contratual. A despeito da inexistência de preceito genérico que consagrasse o dever de agir com boa-fé no âmbito das relações contratuais em geral, a doutrina apontava a incidência da boa-fé em todo e qualquer contrato. Em obras dedicadas aos contratos, muitos autores definiam, mesmo no sistema do Código anterior, a boa-fé como princípio cardinal desta disciplina... A distinção entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva não suscita divergência. A boa-fé subjetiva relaciona-se com o estado de consciência do agente por ocasião de um dado comportamento... Já a boa-fé objetiva consiste em um dever de conduta. Obriga as partes a terem comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pela operação negocial. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato...

Quanto à preclusão lógica, instituto do Direito Civil, aplicado também no Direito Administrativo, deve ele ser lido com cautela, dado que o art. 114 do NCC, como

---

<sup>34</sup> CARVALHO FILHO. Op. Cit., 2008, p. 167.

<sup>35</sup> TEPEDINO, Gustavo et. alli. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 15 e seguintes.

princípio de interpretação dos contratos, exige aplicação restritiva aos atos de renúncia de direitos<sup>36</sup>:

Vigora no processo civil o “princípio da preclusão lógica”, significando a perda da faculdade processual, em decorrência da prática de ato incompatível com aquele que se pretende exercitar no processo... Dispõe o Enunciado nº 103 da Súmula da Jurisprudência Predominante do TCU: ‘Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas de União, as disposições do Código de Processo Civil’. Apesar do teor do Enunciado nº-103, temos reservas à aplicação irrestrita do referido princípio ao procedimento administrativo no âmbito do Tribunal de Contas. Primeiramente porque, na própria esfera do processo judicial civil, a aplicação do “princípio da preclusão lógica” encontra limitações. Nas palavras de Nelson Nery Junior (Princípios fundamentais; teoria geral dos recursos. 3ª-ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 274): ‘A aquiescência, que traz como consequência a preclusão lógica que extingue o poder de recorrer, deve ser interpretada restritivamente, pois é medida restritiva de direitos’... Ademais, não se pode olvidar a possibilidade real de que o responsável tenha laborado no erro de pensar que o simples recolhimento da multa teria o condão de modificar o mérito das contas. Por fim, outra hipótese não pode ser descartada: a de que o recorrente tenha imaginado que o depósito do valor da multa fosse condição para seguimento e exame do recurso já interposto.

Ademais, a preclusão, quer a lógica, quer a consumativa, comobem anotado pelo TCU<sup>37</sup>, pelo seu Subprocurador-Geral do Ministério Público. é instituto regulado em norma infraconstitucional, não podendo nortear a interpretação de casos em que há previsão constitucional, como o caso das licitações, que, no inciso XXI do seu art. 37, determina o respeito à manutenção efetiva da proposta durante a execução contratual, o que, certamente, com a negativa de repactuação pela Administração com base em uma interpretação prejudicial à essência do contrato, estará ferindo:

13. Como forma de elucidar essa questão, vale transcrevermos excerto do Voto condutor do Acórdão nº-544/1997-2ª-Câmara, proferido pelo Eminentíssimo Ministro-Relator Iram Saraiva: ‘Ensinam os doutrinadores que a preclusão é a perda de uma faculdade ou direito, por não ter sido exercido no tempo e modo oportunos. Ainda segundo a doutrina a preclusão pode ser temporal, lógica e consumativa, segundo as causas que a originam. A preclusão temporal decorre do esgotamento do prazo para o exercício de faculdade processual. A preclusão lógica ocorre quando a prática de um ato é incompatível com a prática de outro. A preclusão consumativa, por seu turno, resulta de atos decisórios tornados definitivos. As questões decididas por esses atos não podem ser reexaminadas. 5. Como é cediço, nenhuma dessas

<sup>36</sup> CUNHA, Jatir Batista. Preclusão consumativa no âmbito do Tribunal de Contas, publicado na **Revista do Tribunal de Contas da União**. V. 31, nº-84, abr./jun., 2000.

<sup>37</sup> TC-000.632/1992-9. Plenário- TCU.

espécies se aplica ao prazo para julgamento das contas dos gestores públicos, que deve ser feito pelo Tribunal de Contas da União, visto que a preclusão, como regra, refere-se às partes, quer no âmbito judicial, quer no que diz respeito aos julgamentos desta Corte de Contas. Isto se dá em virtude do fato de que, tanto os órgãos da Jurisdição, quanto este Tribunal de Contas extraem a competência para julgar da própria Constituição e não das leis infraconstitucionais que dispõem sobre seu funcionamento. A consequência disso é que um instituto de direito processual, como a preclusão, não pode impedir o exercício de competências instituídas pela Constituição Federal.

E, em se tratando de disposição constitucional, vale trazer à lume o contido no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, a saber:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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 (grifo apostro)

Digno de nota à aplicação, também no Direito Administrativo, mormente nas suas relações contratuais, é o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, dada a necessidade da manutenção do equilíbrio econômico- financeiro durante todo o prazo de execução contratual.

Impõe-se, novamente, embasamento jurídico segundo o princípio que veda o enriquecimento sem justa causa, que deve ser observado pela Administração Pública, em especial, na execução de seus contratos.

Neste sentido, DOTTI interpreta BANDEIRA DE MELLO<sup>38</sup>:

---

<sup>38</sup> DOTTI, Marínes Restelatto. **Repactuação de Preços**. Disponível em: [http://www.unafe.org.br/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=73](http://www.unafe.org.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=73). Acesso em: 15/05/2009.

Enriquecimento sem justa causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um princípio geral de direito.

(...)

Igualmente felizes são as averbações de O. A. BANDEIRA DE MELLO ao anotar que tais princípios ‘se infiltram no ordenamento jurídico de dado momento histórico’ ou que traduzem ‘o mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita ou costumeira’ e ao ressaltar que são ‘as teses jurídicas genéricas que informam o ordenamento jurídico-positivo do Estado’, conquanto não se achem expressadas em texto legal específico. No exemplário de tais princípios gerais, o autor menciona, entre outros, o de que ninguém deve ser punido sem ser ouvido, o do enriquecimento sem justa causa, o de que ninguém pode se beneficiar da própria malícia, etc. (Princípios Gerais de Direito Administrativo. 2ª-ed., Ed. Forense, v. 1, p. 406-407, 1979.)

Uma vez que o enriquecimento sem justa causa| Rui Magalhães Piscitelli é um princípio geral de direito – e não apenas princípio alocado em um de seus braços: público ou privado – evidentemente também se aplica ao direito administrativo.

Visto isso, há que se anotar que os princípios contratuais do Direito Privado vigem, sim, no âmbito administrativo; contudo, sem sua força total.

E isso justamente se dá pelo princípio do interesse público, aplicável ao Direito Administrativo.

O Direito Administrativo, como operacionalizador das ações do Estado, para o seu exercício, necessita uma principiologia própria. Alguns princípios, assim, são-lhe fundamentais para que o próprio Estado possa continuar exercendo sua grande função, qual seja, garantir a pacificação social.

Isso posto, ficamos com a conclusão de BAZILLI<sup>39</sup>, anotada quanto ao princípio da autonomia da vontade, aplicável na sua inteireza ao Direito Privado, mas que poderia servir a toda a principiologia do Direito Privado quando aplicada ao Direito Público:

Já, pelo princípio da supremacia da ordem pública, estabelecem-se restrições à amplitude do princípio anterior; a autonomia da vontade deixa de ser absoluta, ficando limitada à ordem pública. Proíbem-se estipulações contrárias à ordem pública, à moral e aos bons costumes; tais restrições não podem ser derogadas pelas partes

---

<sup>39</sup> BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996, p 18

Ademais, pelo que já vimos no presente trabalho, sobre a harmonização das normas jurídicas, temos que todos os princípios, quer do Direito Público, quer do Direito Privado, têm a característica, por sua própria natureza, de não serem absolutos, senão, pelo vetor de interpretação da proporcionalidade, serem, caso a caso, preferidos em relação a outros. É a grande diferença entre os princípios das regras, ambos como espécies do gênero normas jurídicas.

Visto isso, temos, então, que os contratos administrativos são uma espécie dos contratos em geral; contudo, submetidos a princípios especiais, regedores da atividade do Estado. E, de pronto, a par de oferecermos muitas reflexões sobre o tema, para já fixarmos o nosso ponto de partida, lançamos a definição de CRETELLA JÚNIOR<sup>40</sup> dos contratos administrativos: “(...) é todo acordo oposto de vontades de que participa a Administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesse público, está submetido a regime jurídico de Direito Público, derogatório e exorbitante do Direito comum”.

Questão que suscita discussões é se todos os contratos que a Administração Pública celebra são do tipo contratos administrativos. Tal ponto ganha importância na medida em que, em sendo da natureza administrativa, os princípios regedores do Direito Administrativo fazem-se valer sobre os princípios gerais dos contratos.

O que diferencia o contrato administrativo do ato administrativo é a bilateralidade daquele, em contraposição à unilateralidade deste. Poder-se-ia perguntar, mas, como, o contrato administrativo não é dotado de cláusulas chamadas exorbitantes, e, com elas, não fica o particular obrigado a se submeter a esse regime especial?

Resposta por nós sugerida: o contrato administrativo, realmente, é um acordo de vontades, incluindo a escolha de subordinação por parte do particular (afinal, ninguém é obrigado a assinar contratos administrativos). Já, no ato administrativo, não há essa escolha, todos devem a ele se submeter. Ademais, as cláusulas exorbitantes, como veremos, não significam um total desrespeito à vontade do particular no âmbito da execução contratual. Veja-se que sua grande garantia é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, aliás, garantida na no inciso XXI do art. 37 da Carta Maior vigente<sup>41</sup>.

Assim em CRETELLA JÚNIOR<sup>42</sup>:

O particular que contrata com a Administração tem em vista o lucro, a remuneração, que varia segundo o tipo de acordo celebrado. Tarifas, ordenados, preços, juros são devidos pela Administração às partes. Tais interesses financeiros não podem, de modo geral, sofrer alteração unilateral por parte da Administração. É a regra. Por outro lado, podem os direitos das

---

<sup>40</sup> Op. Cit., p. 31.

<sup>41</sup> A propósito, os próprios contratos privados não são tão “livres” assim. Conforme CRETELLA JÚNIOR, Op. Cit., p. 26: “Se o dirigismo se observa até nos contratos de Direito Privado, com muito maior razão está presente nos contratos administrativos em que a Administração é parte diretamente interessada”.

<sup>42</sup> Op. Cit., p. 45.

partes contratantes recair sobre indenizações eventuais durante a fase da execução do contrato, distinguindo-se, entre estas, as que se originam num elemento básico da teoria do contrato administrativo: o direito da parte a um determinado equilíbrio financeiro. Trata-se da equação financeira do contrato.

Aliás, a própria contratação faz parte da discricionariedade do Estado; no entanto, fica ela vinculada ao procedimento administrativo-licitatório prévio, mas tão-somente na sua fase interna.

Isto é, em o Estado participando de uma relação contratual em uma posição de supremacia em relação aos agentes privados, as denominadas “cláusulas exorbitantes” ficam (mais) legitimadas.

Todavia, mesmo nos casos acima, os direitos fundamentais dos licitantes devem ser observados pela Administração, sob pena de anulação dos atos praticados. A concessão de prazo prévio para defesa<sup>43</sup>, o dever da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro<sup>44</sup>, a dosimetria na aplicação das penalidades administrativas, previamente já delimitada no edital e na minuta de contrato<sup>45</sup>, o dever de a Administração indenizar por revogação e anulação dos contratos, o prazo máximo com que o licitante fica vinculado à apresentação de sua proposta<sup>46</sup>, o direito à impugnação administrativa bem como o de representação perante o Tribunal de Contas<sup>47</sup>, dentre outros, são, a título exemplificativo, limites à atuação da Administração Pública, mesmo no âmbito dos contratos administrativos (todos com previsão expressa na Lei nº 8.666/93). Isso sem falar do amplo acesso ao Judiciário (inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal vigente). Saliente-se, a propósito, a incidência penal cabível aos agentes públicos nos casos de abuso de poder.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Vide art. 87 da Lei nº 8.666/93.

<sup>44</sup> Ver alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

<sup>45</sup> [VOTO]

[...]

5. A unidade técnica apontou a existência [...] de uma série de falhas nos procedimentos avaliados. Por concordar com a análise empreendida pela unidade técnica, transcrita no Relatório que antecede a este Voto e que incorporo às minhas razões de decidir, não repetirei a exposição do rol de falhas. Apenas ressalto que elas são passíveis de correção por meio das determinações e recomendações sugeridas pela unidade técnica.

[ACORDÃO]

[...]

9.3 recomendar ao Banco do Estado do Piauí - BEP, com fulcro nos arts. 43, I, da Lei nº 8.443/1992 e 250, III, do Regimento Interno do TCU, que:

[...]9.3.15 envide esforços para que os contratos relativos à prestação de serviços de tecnologia da informação, celebrados pela entidade, estabeleçam em suas cláusulas de penalidades vinculação entre as penas previstas e as possíveis falhas na execução dos serviços, atentando para o princípio da proporcionalidade;

(AC-0670-12/08-P Sessão: 16/04/08 Grupo: I Classe: V Relator: Ministro Benjamin Zymler )

<sup>46</sup> Conforme disposto no § 3º do art. 64 da Lei 8.666.

<sup>47</sup> Considere-se, também, o controle popular insculpido, por exemplo, no § 1º do art. 41 da Lei nº 8.666, de 1993: “§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.”

<sup>48</sup> Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965.

Apontamos importante precedente do STF no sentido de que há direito adquirido, sim, à contratação, após a fase da adjudicação e da homologação<sup>49</sup>

Considera-se, ainda, que não se concretizou o direito adquirido, bem como o ato jurídico perfeito, pois o direito, para a apelada, nasceria da adjudicação do objeto da concorrência, consequência da homologação. Essa homologação não foi lançada, considerando-se que as condições da licitação não consultavam os mais elevados interesses da apelante.

(...)

Ora, o direito adquirido surge com a aceitação definitiva da proposta e adjudicação do objeto da licitação. No caso vertente, não se chegou a tal ponto, eis que o presidente em exercício da empresa apelante acatou parecer de sua assessoria e resolveu revogar o processo licitatório, acautelando os interesses da mesma.

Como uma espécie dos contratos em geral, verdade é que há características próprias àqueles que os diferenciam os contratos administrativos dos contratos em geral celebrados na órbita do Direito Civil. Muito bem sintetizando esse ponto, colhemos de FIGUEIREDO<sup>50</sup>:

Como síntese, podemos afirmar que governam os contratos administrativos os seguintes princípios: 1) desnivelamento jurídico das partes, uma vez que o Poder Público está sob a relação de Administração; 2) autonomia da vontade só no atinente à formação ou não do vínculo; 3) os contratos regem-se basicamente pela cláusula *rebus sic stantibus*, de onde a intangibilidade da equação econômica; 4) a Administração poderá instabilizar o vínculo (*ius variandi*) unilateralmente, a fim de atender à necessidade pública; 5) deverá aplicar as sanções pecuniárias ou a rescisão, conforme o caso; 6) fiscalização inarredável.

Como já afirmamos, os contratos administrativos são uma espécie do gênero contratos. Ocorre que a máxima do *pacta sunt servanda*, de regra ao menos aplicável aos contratos privados, nos contratos públicos fica em muito atenuada. Aqui o *rebus sic stantibus*, concretizado na mutabilidade das cláusulas contratuais é bem mais valorizado. E essa justamente é a característica própria dos contratos administrativos, a existência das cláusulas exorbitantes. Nas palavras de FIGUEIREDO<sup>51</sup>:

Deve-se ressaltar que ao *pacta sunt servanda* do direito privado – diga-se, de passagem, que se atenuou enormemente – contrapõe-se a *rebus sic stantibus*

<sup>49</sup> AI – AgR nº-228.554-4, DJU de 25/11/05.

<sup>50</sup> FIGUEIREDO. Lúcia Valle. **Extinção dos contratos administrativos**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>51</sup> Op. Cit., p. 23.



dos contratos administrativos. E isso exatamente pelo princípio segundo o qual nos contratos administrativos temos partes desniveladas, além do que o contratado é um colaborador da Administração. Não deverá, pois, haver interesses contrapostos.

Importante a correlação de CRETELLA JÚNIOR<sup>52</sup>, da teoria da imprevisão com a máxima *rebus sic stantibus*:

Desse modo, a cláusula *rebus sic stantibus*, denominada modernamente teoria da imprevisão, vai ganhando terreno, cada dia que passa, no âmbito do Direito Público do Brasil, sendo aceita pela jurisprudência e pela melhor doutrina administrativista, se bem que as discussões ainda se levantem no terreno privatístico.

Veja-se, dentre as características próprias dos contratos administrativos, nos quais vige a mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins: o Estado, valendo-se das cláusulas exorbitantes que lhe são legítimas, pode rescindir unilateralmente o contrato.

Neste ponto de nosso estudo, faremos mais uma digressão sobre as espécies desse instituto que caracteriza os contratos administrativos<sup>53</sup>.

A ideia de cláusulas exorbitantes também se originou de julgados do Conselho de Estado francês<sup>54</sup>.

São cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, notadamente (mas não exclusivamente), as constantes do art. 58 da lei 8666, de 1993:

O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

- I - modificá-los, unilateralmente<sup>268</sup>, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
- III - fiscalizar-lhes a execução;
- IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelamento administrativo de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

---

<sup>52</sup> Op. Cit., p. 68.

<sup>53</sup> Entendemos, todavia, que é possível estipular, de comum acordo, algumas cláusulas exorbitantes, mesmo nos outros contratos da Administração.

<sup>54</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Vol III, 2ª-ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33.

§ 1º—As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º—Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Mas, também, outras não previstas no referido artigo, são-nos trazidas por BAZILLI<sup>55</sup>, o que denota a não-exaustividade do elenco previsto no art. 58 da lei licitatória geral, como as previstas no art. 56, incisos I, II e IV do art. 80 da referida lei bem como a regra geral da inoponibilidade da cláusula da exceção do contrato não cumprido em face dos contratantes nos contratos administrativos.

Cláusulas exorbitantes, pois, são dispositivos contratuais que, se aplicáveis nos contratos privados, poderiam, inclusive vir a sofrer revisão judicial, pois feriria a igualdade material entre as partes<sup>56</sup>.

Como em todas as cláusulas exorbitantes, também aqui o interesse público, e aqui ousamos sustentar, que pela teoria dos direitos fundamentais, somente o primário, é seu motivo justificador. Assim em BAZILLI<sup>57</sup>: “O fundamento da extinção unilateral do contrato administrativo é a predominância do interesse público, consubstanciada na continuidade do serviço público.”

Colhemos da boa doutrina que o interesse público indisponível é somente o primário, qual seja, o que afeta a sociedade no que há de mais relevante. Constitucionalistas contemporâneos sustentam que interesses públicos secundários, meramente financeiros, não estariam abarcados pela prerrogativa.

Interesse público ou primário é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarna-se pelo simples fato de ser pessoa<sup>58</sup>

## **V- A ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, COM ENFOQUE NAS SUAS CLÁUSULAS FINANCEIRAS:**

---

<sup>55</sup> BAZILLI. Op. Cit., p. 23.

<sup>56</sup> Nesse sentido, ver BAZILLI. Op. Cit., p. 22-23.

<sup>57</sup> BAZILLI. Op. Cit., p. 26.

<sup>58</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª-ed., São Paulo: Malheiros, p. 57-58.

Isso posto, tem-se que, questão que muito atormenta os Profissionais que labutam na área de contratos administrativos, é a sua alteração.

O art. 65 da lei licitatória nacional assim dispõe sobre a alteração dos instrumentos originários, a serem procedidas mediante aditamento contratual: Isso posto, tem-se que, questão que muito atormenta os Profissionais que labutam na área de contratos administrativos, é a sua alteração.

O art. 65 da lei licitatória nacional assim dispõe sobre a alteração dos instrumentos originários, a serem procedidas mediante aditamento contratual:

Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº-8.883, de 1994)

§ 1º-O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº-9.648, de 1998)

I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº-9.648, de 1998)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº-9.648, de 1998)

§ 3º-Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º-deste artigo.

§ 4º—No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

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

§ 6º—Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 7º—(VETADO)

§ 8º—A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

Julgamos pertinente, neste ponto, tecermos alguns comentários sobre o regime de execução na forma de execução indireta.

Primeiramente, temos a necessidade, expressa no inciso II do § 2º do art. 40 da lei licitatória nacional, de apresentação de orçamento com especificação dos custos unitários pelos proponentes na fase licitatória. Isso visa a garantir, sobretudo, o controle das alterações contratuais, nos contratos no regime de empreitada por preço global, com o fim de evitar o “jogo de planilha”. Sobre esse interessante ponto, vejamos posicionamento do TCU a respeito<sup>59</sup>:

O descuido da administração em não realizar adequadamente as planilhas de preço poderia ter duas consequências: em não ocorrendo prejuízo, deveria-se fazer a análise por itens, pois estaria-se diante de um perigo abstrato; em havendo prejuízo, ou seja, modificações posteriores fazendo incidir acréscimos em itens com preços elevados, e decréscimos em itens subfaturados, estaria-se diante da materialização do perigo, com ocorrência de dano pela prática da ato antieconômico, cabendo-se multa e/ou ressarcimento do dano. Assim, se o preço global não for tratado de forma adequada, com a identificação na licitação do “jogo de planilha”, monitoramento e gestão do contrato, renegociação dos preços excessivos, entre outras medidas, haveria-se um fator de iminente risco para a Administração Pública.

---

<sup>59</sup> Acórdão 519/2006 – Plenário.

Assim da jurisprudência do TCU:

9.3. determinar ao Ministério das Relações Exteriores que, em atendimento ao art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/1993, faça constar dos processos de licitações e contratos orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários, inclusive das propostas eventualmente formuladas com o objetivo de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, exigindo, ainda, dos contratados para prestação de serviços, demonstrativos que detalhem seus preços e custos.

#### **ACÓRDÃO 1337/2008 ATA 27 - PLENÁRIO**

Da doutrina, todavia, temos que a não-existência de custos unitários não necessariamente vedará a alteração do contrato, com as necessárias cautelas, mormente quanto à fundamentação e devida posterior apuração de responsabilidades pela falha no Edital e seus demais Anexos, para que, no entanto, o interesse público não seja prejudicado. Assim em BAZILLI<sup>60</sup>:

Nas alterações contratuais, unilaterais ou por acordo entre as partes, a recomposição dos valores do contrato, a maior (acréscimo) ou a menor (supressão), tornam-se relevantes os preços unitários. Nas licitações em que há planilha de custos estão especificados os preços unitários de cada componente do objeto da licitação; a recomposição, neste caso, deve ser feita tomando por parâmetro os preços iniciais dos itens acrescidos ou suprimidos, razão por que é relevante sejam contemplados nos contratos os preços unitários para obras ou serviços. Na inexistência destes, as partes, por comum acordo, devem chegar a valores justos na recomposição do preço inicial do contrato, tomando por base os constantes do mercado à época da alteração contratual.

Prosseguindo, na análise do art. 65 da lei licitatória geral, temos que o seu § 5º agasalha a teoria do “fato do príncipe”. Vale salientar que a lei licitatória nacional encampou a tese de que os efeitos decorrentes dessa teoria podem favorecer ou prejudicar o contratado<sup>61</sup>. Nesse caso específico, recentemente deparamo-nos com

---

<sup>60</sup> Op. Cit., p. 94.

<sup>61</sup> MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, pp 185-187

necessidade de analisar aditivos contratuais visando ao reequilíbrio econômico-financeiro para diminuir seu valor, em face da extinção da CPMF<sup>62</sup>.

Assim da jurisprudência do TCU:

9.1.1. observe o disposto na Lei 8.666/1993, evitando o aditamento de contratos com base em evento não previsto na referida Lei (art. 65), lembrando que as alterações contratuais podem ocorrer, dentre outros motivos, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, e que qualquer superveniência de fatos, tributários e/ou legais, de comprovada repercussão nos preços contratados, poderá implicar na revisão dos contratos, para mais ou para menos, consoante inciso II, alínea "d", c/c § 5º, do art. 65 da mencionada Lei;

#### ACÓRDÃO 0297/2005 ATA 09 - PLENÁRIO

O reequilíbrio econômico-financeiro processar-se-á mediante termo aditivo, não dispensando a comprovação, via pesquisas prévias de mercado, a manutenção da vantajosidade da contratação para a Administração, o princípio, ao lado da isonomia, que formam o pilar dos princípios licitatórios, insculpidos na própria lei licitatória geral<sup>63</sup>

Isso posto, o reequilíbrio contratual é uma garantia para não causar o locupletamento ilícito da Administração, em face dos contratados. Nesse ponto, insta sublinhar que não é a característica de contrato administrativo que faz com que o aderente perca toda sua condição de também poder auferir lucro, aliás, o objetivo de quem aceita, consensualmente, contratar com a Administração. A harmonia desses interesses é ponto que não poderá ser quebrada, ao qual chamamos à atenção dos Gestores bem como dos Advogados Públicos, na medida em que já nos deparamos com situações em que a Administração se esquivava, a despeito de requerimento do contratado, de proceder a aditivo com tal fito.

<sup>62</sup> A propósito, veja-se notícia veiculada no sítio eletrônico do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre o ponto: “A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI, do Ministério do Planejamento, emitiu um alerta a todas as Unidades de Serviços Gerais da Administração Pública Federal para que fiquem atentos às alterações de contrato quando houver fatos que reduzam os custos da contratação, como é o caso da redução da carga tributária das empresas contratadas.

O alerta foi emitido depois de informações do Tribunal de Contas da União de que alguns órgãos de governo continuavam a pagar aos fornecedores a CPMF, um ano e meio depois da extinção do tributo.

A SLTI esclarece no comunicado que a “revisão dos contratos administrativos em razão da eliminação da CPMF é um conhecimento basilar e notório do direito administrativo que carece de qualquer ação de orientação por parte desta SLTI, já que existe desde a promulgação da Lei 8.666/93, não podendo o gestor alegar desconhecimento da norma para não cumpri-la”.

A SLTI lembra aos gestores de contratos da administração que tem autonomia administrativa e operacional para, dentro de suas competências, zelar para que eventuais alterações das condições contratuais não “favoreçam indevidamente o contratado e gerem prejuízos à administração”. (Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=4094&cat=94&sec=7>. Acesso em: 27/09/09.)

<sup>63</sup> Ver os princípios específicos trazidos na lei 8.666 em seu art. 3º, sem prejuízo também da aplicação dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37 *caput* da CRFB) bem assim dos princípios do processo administrativo federal (insculpidos no art. 2º da lei 9.784/99). A propósito, MUKAI nos traz o princípio do pagamento conforme a exigibilidade da obrigação contraída pela Administração, contida no final do art. 92 da lei licitatória nacional (Op. Cit., p. 38). BAZILLI. Op. Cit., p. 111, também se refere ao princípio do respeito à ordem cronológica da exigibilidade dos pagamentos: “A ordem cronológica, pois, deve ser única quanto aos vencimentos; pagamentos com data de exigibilidade idêntica, tem precedência o que houver sido requisitado antes, o que se dá, geralmente, com a apresentação da fatura na pagadoria da unidade da Administração”.

Assim em GASPARINI<sup>64</sup>: “Desse modo, qualquer alteração que onere ou desagrave a prestação sob a responsabilidade do contratado, feita pela Administração Pública, deve ser levada em conta para o imediato restabelecimento da referida igualdade econômico-financeira”.

A AGU assim já uniformizou entendimento, esposada no teor de sua Orientação Normativa nº-22, de 2009, no sentido de que o reequilíbrio econômico-financeiro decorre da própria lei geral licitatória, razão pela qual, mesmo não havendo previsão editalícia, deve o direito do contratado ser reconhecido, a saber:

O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra “d” do inc. II do art. 65, da Lei nº-8666, de 1993.

Neste ponto, julgamos importante diferenciar as figuras do reajuste, da repactuação e do reequilíbrio econômico-financeiro<sup>65</sup>

Em artigo por nós produzido<sup>66</sup>, buscamos traçar tal diferença, estabelecendo os 3 institutos como espécie da revisão contratual referentemente ao seu valor, do que atualizamos pela alteração posterior da legislação em alguns pontos, a saber abaixo<sup>67</sup>.

O reajuste, previsto no inciso XI do art. 40 da lei geral, reflete avariação geral dos preços, devendo, quanto ao índice, ser prefixado no Instrumento convocatório, e, sucessivamente, no contratual. Quanto à sua aplicação nos contratos, somente poderá ser previsto quando a vigência ultrapassar 1 ano, por força do art. 28 da Lei nº-9.069, de 1995 (a Lei do Plano Real)<sup>68</sup>. Finalmente, o reajuste independe de Aditivo contratual – vide, também, o § 8º do art. 65 da lei geral licitatória (com a consequente desnecessidade de Parecer Jurídico prévio, exceto se a Administração solicitar, pois, o inc. V do art. 11 da Lei Complementar nº-73, de 93, determina a obrigatoria assistência dos Advogados Públicos Federais aos Gestores no controle da legalidade), podendo ser feito por apostilamento.

<sup>64</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p 693.

<sup>65</sup> A propósito, ver as recentes Orientações Normativas de nº-22 a 26 da AGU.

<sup>66</sup> Revista Capital Público. Editora Esafi, Ano 1, Edição 000, mar., 2009, p. 37-38.

<sup>67</sup> A confusão procedimental, originada pela terminológica, desses institutos é muito grande. A propósito, ver em BAZILLI. Op. Cit., p. 63.

<sup>68</sup> “Art. 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.

§ 2º-O disposto neste artigo aplica-se às obrigações convertidas ou contratadas em URV até 27 de maio de 1994 e às convertidas em REAL.

§ 3º-A periodicidade de que trata o caput deste artigo será contada a partir:

I - da conversão em REAL, no caso das obrigações ainda expressas em Cruzeiros Reais;

II - da conversão ou contratação em URV, no caso das obrigações expressas em URV contratadas até 27 de maio de 1994;

III - da contratação, no caso de obrigações contraídas após 1º-de julho de 1994; e

IV - do último reajuste no caso de contratos de locação residencial.”

A Lei nº 10.192, de 2001, prevê que podem ser utilizados índices gerais ou setoriais, mas previamente fixados no contrato administrativo, a saber de seu teor:

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.

(grifo aposto)



Entende o Tribunal de Contas da União que, mesmo nos casos de simples reajuste já previamente definido no contrato, deve haver comprovação nos autos da manutenção da vantajosidade para o contratante, além da prévia disponibilidade orçamentária. A saber do seu Manual de Licitações e Contratos<sup>69</sup>:

Deve o reajuste ser antecedido de manifestação do setor responsável pelo contrato, com indicação de que os novos preços estão em conformidade com os de mercado e continuam vantajosos para a Administração.

E também, entende o TCU que a manutenção da vantajosidade, como consectária do princípio da economicidade, pode classificar uma falha na concessão do reajuste, no máximo, como falha formal, corroborando a necessidade prévia de pesquisas de mercado, quando da concessão do reajuste contratual previsto:

Conquanto seja vedada a indexação de preços em contratos administrativos, consoante art. 4º, inciso I, do Decreto 2.271/97, a adoção desse procedimento constitui falha formal quando não afrontar, no caso concreto, ao princípio da economicidade.

#### **Acórdão 2655/2009 Plenário (Sumário)**

Havendo repactuação dos preços contratados com vistas a expurgar a antieconomicidade contratual sana-se a irregularidade, não implicando, no caso de não haver indícios de dolo, má-fé ou locupletamento, sanção aos responsáveis.

#### **Acórdão 2591/2009 Plenário (Sumário)**

**A exigência da planilha de custos do licitante, demonstrando a variação dos custos é feita pelo TCU, mesmo nos casos de reajuste:**

Solicite ao contratado comprovação do aumento de custos que justifique o reajuste de preços.

#### **Acórdão 2047/2006 Primeira Câmara**

---

<sup>69</sup> Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF> Acesso em: 17 de junho de 2012.

Em outro entendimento, o TCU demonstra que a planilha de custos é só exigível nos casos de repactuação e reequilíbrio, e não de reajuste estrito senso, em face da automaticidade deste, e mero apostilamento:

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 necessário demonstrar a variação dos custos do serviço.

Acórdão 1105/2008 – Plenário (Voto do Ministro Relator)

**A escolha do índice de reajuste deve ser previamente prevista no contrato (exigência do inciso III do art. 55 da lei licitatória geral), a fim de evitar caracterização de eventuais falhas formais e quebra da economicidade. Assim a jurisprudência do TCU:**

Indique expressamente nos editais e/ou nas planilhas de quantitativos e preços unitários integrantes de editais de licitação os índices “específicos” de reajuste que serão aplicados nas datas-base, evitando a manutenção de expressões genéricas e imprecisas para o critério de atualização de preços, atendendo adequadamente as disposições do inciso XI do artigo 40 da Lei 8.666/1993.

**Acórdão 3046/2009 Plenário**

Acerca da periodicidade, entendimento do TCU interessante abaixo, demonstrando que os direitos do contratado devem ser respeitados, observada a vantajosidade para a Administração, numa harmonia contratual, a saber:

9.1.2. na hipótese de vir a ocorrer o decurso de prazo superior a um ano entre a data da apresentação da proposta vencedora da licitação e a assinatura do respectivo instrumento contratual, o procedimento de reajustamento aplicável, em face do disposto no art. 28, § 1º, da Lei 9.069/95 c/c os arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001, consiste em firmar o contrato com os valores originais da proposta e, antes do início da execução contratual, celebrar termo aditivo reajustando os preços de acordo com a variação do índice previsto no edital relativa ao período de somente um ano, contado a partir da data da

apresentação das propostas ou da data do orçamento a que ela se referir, devendo os demais reajustes ser efetuados quando se completarem períodos múltiplos de um ano, contados sempre desse marco inicial, sendo necessário que estejam devidamente caracterizados tanto o interesse público na contratação quanto a presença de condições legais para a contratação, em especial: haver autorização orçamentária (incisos II, III e IV do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/93); tratar-se da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei 8.666/93); preços ofertados compatíveis com os de mercado (art. 43, IV, da Lei 8.666/93); manutenção das condições exigidas para habilitação (art. 55, XIII, da Lei 8.666/93); interesse do licitante vencedor, manifestado formalmente, em continuar vinculado à proposta (art. 64, § 3º, da Lei 8.666/93);

TC-003.671/2005-0 - GRUPO I - CLASSE III – Plenário

A repactuação, também devendo ser prevista em Edital e contrato, corresponde, nos serviços contínuos à revisão quanto ao valor, quando baseada em variação na planilha de custos. O Decreto Federal nº-2.271, de 1997 e a IN MPOG 02, de 2008 (arts. 37 a 41), tratam sobre o tema, sendo a periodicidade mínima de um ano, a negociação entre as partes e a pesquisa de mercado para demonstrar a vantajosidade à Administração, requisitos fundamentais. Interessante notar que o termo inicial da anualidade poderá ser contado mesmo antes da assinatura do contrato, como bem trazido no art. 38 daquela IN. Quanto ao seu termo final, envolvendo a questão da preclusão do direito, trataremos sobre o tema em ponto específico deste estudo. A repactuação não mais necessita ser feita por Aditamento Contratual, posta previsão no § 4º do art. 40 da IN MPOG nº-02, de 2008, o que tem gerado divergências, na medida em que o § 8º do art. 65 da lei licitatória geral somente dispensa o aditivo (com o consequente parecer jurídico prévio, por força do contido no parágrafo único do art. 38 da mesma lei) nas hipóteses que menciona .

É bem saber que a AGU admite tanto repactuação quanto previsão de índice específico para os contratos de serviços contínuos, a saber de sua Orientação Normativa nº 23, de 2009:

O edital e o contrato de serviço continuado deverão indicar o critério de reajustamento de preços, que deverá ser sob a forma de reajuste em sentido estrito, com previsão de índice setorial, ou por repactuação, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

Acerca da negociação obrigatória, além da adequação dos valores ao praticado no mercado, assim em MORAIS<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> MORAIS, Dalton Santos. **Temas de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: NDJ, 2005, p 144.

A questão recai sobre a dificuldade, ou até mesmo impossibilidade, de a Administração exigir do contratado planilha de custos e preços nos serviços contínuos que não envolvam mão-de-obra da contratada, nos moldes objetivamente exigidos pelas regras jurídicas relativas à matéria, como por exemplo se dá nos contratos de vigilância eletrônica.

Destaque-se, no ponto, como limite à negociação, a manutenção da vantajosidade para a Administração Pública, calcada em pesquisas de mercado a serem empreendidas pela área técnico-administrativa. A saber, assim, da jurisprudência do TCU<sup>71</sup>.

É bem de ver que não só de pesquisas junto a fornecedores a Administração pode se valer, senão, também, de contratações já realizadas pela própria Administração, registradas nos seus cadastros. A propósito, consultar a Instrução Normativa nº 2, de 2011, da SLTI – MPOG.

Ainda, em nossas manifestações consultivas, recomendamos, também, nos casos de repactuação, fique demonstrado nos autos que a empresa contratada repassou, efetivamente, aos salários de seus empregados, as verbas que está pedindo repasse, via repactuação, à Administração.

Mais, no caso de serviços contínuos, deve o Edital fixar o termo inicial a partir do qual a anualidade será contada, a saber do teor da Orientação Normativa nº-24 da AGU:

O edital e o contrato para prestação de serviço continuado devem conter apenas um evento como marco inicial para a contagem do interregno de um ano para o primeiro reajuste ou repactuação: ou a data da proposta ou a data do orçamento a que a proposta se referir.

Ademais, em sendo a contratação maciçamente envolvendo mão-de-obra, deve o termo inicial para a contagem dessa anualidade ser a data do orçamento a que a proposta se referir. Assim, da Orientação Normativa nº-26, de 2009, da AGU:

Na contratação de serviço em que a maior parcela do custo for decorrente de mão-de-obra, o edital e o contrato deverão indicar expressamente que o prazo de um ano, para a primeira repactuação, conta-se da data do orçamento a que a proposta se referir.

---

<sup>71</sup> Acórdão 525/2008 – 2ª Câmara - TCU

Aprofundaremos-nos, pela máxima importância do tema, ao assunto da repactuação dos contratos de prestação de serviços continuados após a prolação do Acórdão nº 1828-2008 - Plenário do Tribunal de Contas da União e consequente Parecer da Advocacia-Geral da União AGU/JTB 01/2008, aprovado pelo Exmo. Presidente da República, com sua força vinculante advinda da Lei Complementar nº 73, de 1973 à Administração Pública Federal.

Abordaremos as disposições normativas acerca do tema, analisaremos o suporte fático que originou aquelas manifestações do TCU e da AGU e procurando, ao final, com base em fundamentos jurídicos, jurisprudencial, bem como em doutrina abalizada acerca da forma de se proceder a interpretação de contrato administrativo nos moldes do acima proposto.

O instituto da repactuação é previsto no art. 5º do Decreto 2.271, de 1997 e nos arts. 37 a 41 da IN MPOG 02, de 2008, respectivamente, do que destacamos os seguintes requisitos para sua concreção:

Decreto nº 2271, de 1997:

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.

IN MPOG Nº 02, DE 2008, com alterações posteriores:

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)**

§ 1º A repactuação para fazer face à elevação dos custos da contratação, respeitada a anualidade disposta no **caput**, e que vier a ocorrer durante a vigência do contrato, é direito do contratado, e não poderá alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, conforme estabelece o art. 37, inciso XXI da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo assegurado ao prestador receber pagamento mantidas as condições efetivas da proposta. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

§ 2º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias em respeito ao princípio da anualidade do reajuste dos preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, tais como os custos decorrentes da mão de obra e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

§ 3º Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, com datas-base diferenciadas, a repactuação deverá ser dividida em tantas quanto forem os acordos, dissídios ou convenções coletivas das categorias envolvidas na contratação. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

§ 4º A repactuação para reajuste do contrato em razão de novo acordo, dissídio ou convenção coletiva deve repassar integralmente o aumento de custos da mão de obra decorrente desses instrumentos. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:

I - da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

II - da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão-de-obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

Parágrafo único. **(Revogado pela Instrução Normativa nº 18 de dezembro de 2009)**

Art. 39. Nas repactuações subseqüentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

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)**

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

§ 2º Quando da solicitação da repactuação para fazer jus a variação de custos decorrente do mercado, esta somente será concedida mediante a comprovação pelo contratado do aumento dos custos, considerando-se: **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

I - os preços praticados no mercado ou em outros contratos da Administração; **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

II - as particularidades do contrato em vigência;

III - **(Revogado pela Instrução Normativa nº 04, de 11 de novembro de 2009.)**

IV - a nova planilha com variação dos custos apresentada; **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 04, de 11 de novembro de 2009)**

V - indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes; e **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 04, de 11 de novembro de 2009)**

VI - a disponibilidade orçamentária do órgão ou entidade contratante.

§ 3º A decisão sobre o pedido de repactuação deve ser feita no prazo máximo de sessenta dias, contados a partir da solicitação e da entrega dos comprovantes de variação dos custos.

§ 4º - As repactuações, como espécie de reajuste, serão formalizadas por meio de apostilamento, e não poderão alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, exceto quando coincidirem com a prorrogação contratual, em que deverão ser formalizadas por aditamento. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

§ 5º O prazo referido no § 3º ficará suspenso enquanto a contratada não cumprir os atos ou apresentar a documentação solicitada pela contratante para a comprovação da variação dos custos; **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

§ 6º O órgão ou entidade contratante poderá realizar diligências para conferir a variação de custos alegada pela contratada.

§ 7º 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. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

Art. 41. Os novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas observando-se o seguinte:

I - a partir da ocorrência do fato gerador que deu causa à repactuação; **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

II - em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade para concessão das próximas repactuações futuras; ou

III - em data anterior à ocorrência do fato gerador, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão-de-obra em que o próprio fato gerador, na forma de acordo, convenção ou sentença normativa, contemplar data de vigência retroativa, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras; **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

§1º. Os efeitos financeiros da repactuação deverão ocorrer exclusivamente para os itens que a motivaram, e apenas em relação à diferença porventura existente. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

§ 2º (revogado). (Revogado pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

§ 3º (revogado). (Revogado dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

§ 4º (revogado). (Revogado dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

Art. 41-A As repactuações não interferem no direito das partes de solicitar, a qualquer momento, a manutenção do equilíbrio econômico dos contratos com

base no disposto no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

Art. 41-B A empresa contratada para a execução de remanescente de serviço tem direito à repactuação nas mesmas condições e prazos a que fazia jus a empresa anteriormente contratada, devendo os seus preços serem corrigidos antes do início da contratação, conforme determina o art. 24, inciso XI da Lei nº 8.666, de 1993. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

es e demais ajustes da administração pública: a teoria aplicada à prática com enfoque na área federal. | **297 2009**)

§ 2º-(revogado). **(Revogado pela Instrução Normativa nº-3, de 16 de outubro de 2009)**

§ 3º-(revogado). **(Revogado dada pela Instrução Normativa nº-3, de 16 de outubro de 2009)**

§ 4º-(revogado). **(Revogado dada pela Instrução Normativa nº-3, de 16 de outubro de 2009)**

Art. 41-A As repactuações não interferem no direito das partes de solicitar, a qualquer momento, a manutenção do equilíbrio econômico dos contratos com base no disposto no art. 65 da Lei nº-8.666, de 1993. **(Incluído pela Instrução Normativa nº-3, de 16 de outubro de 2009)**

Art. 41-B A empresa contratada para a execução de remanescente de serviço tem direito à repactuação nas mesmas condições e prazos a que fazia jus a empresa anteriormente contratada, devendo os seus preços serem corrigidos antes do início da contratação, conforme determina o art. 24, inciso XI da Lei nº-8.666, de 1993. **(Incluído pela Instrução Normativa nº-3, de 16 de outubro de 2009)**

Importante à presente discussão é o julgado do TCU, no Acórdão nº-1828-2008 - Plenário, que muito traz para o deslinde da questão a que nos propomos responder, do que destacamos os pontos grafados, do Voto do seu Exmo Ministro-Relator:

43. Especificamente para os contratos administrativos de serviços contínuos na esfera federal, o Decreto nº-2.271/97 e a Instrução Normativa MARE nº 18, de 1997, apresentam a repactuação de preços como mecanismo para manter a relação econômico-financeira do contrato.

45. Entretanto, ao meu ver, por força da supremacia constitucional e da presunção de constitucionalidade das leis, é norma de hermenêutica constitucional que os atos normativos sejam interpretados conforme a Constituição. Nada obsta que o mesmo tipo de esforço possa ser feito para preservar a legalidade de atos regulamentares. Nesse sentido, a repactuação de preços não teria sido editada pelo Decreto nº-2.271/97 como figura jurídica autônoma, mas como espécie de reajuste de preços, a qual, ao contrário de valer-se da aplicação de índices de preços, adota apenas a efetiva alteração dos custos contratuais. Desse modo, não há se falar em inconstitucionalidade quanto ao aspecto previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal.



46. Essa linha de raciocínio baseia-se no contorno dado a esses institutos pelos dispositivos legais que os fundamentam. Consoante se mencionará de forma mais detalhada adiante, a repactuação de preços tem como requisitos, para a sua concessão, a necessidade de previsão contratual e interregno temporal mínimo (artigo 5º, caput, do Decreto nº-2.271/97 e item 7 da IN MARE 18/97), requisitos estes também presentes no reajuste de preços (artigo 55, inciso III, da Lei nº-8.666/93 e artigo 3º, § 1º, da Lei nº 10.192/01). Ambos os institutos se destinam a recompor o desequilíbrio causado pelo aumento dos custos de execução do contrato causado pela inflação.

49. Contudo, o normativo que trata expressamente da repactuação contratual, como já dito, é o Decreto nº-2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Senão vejamos:

Decreto nº-2.271/97.

Art. 5º—Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

53. Observa-se, porém, que os normativos supracitados silenciam acerca da data a partir da qual deverão valer os efeitos financeiros decorrentes da repactuação.

58. Dentre os requisitos para a concessão de repactuação de preços pela Administração Pública, além da mencionada observância do intervalo mínimo de um ano a contar da data da proposta ou do orçamento a que se referir a proposta, está também a necessidade de prévia demonstração analítica quanto ao aumento dos custos do contrato. Isso é o que estabelecem o artigo 5º, caput, do Decreto nº-2.271/97, e o item 7.3 da IN MARE nº 18/97.

65. Como é cediço, o contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento do interesse público, mas, por parte do contratado, objetiva um lucro, por meio da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. E esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, o que se dará por meio da preservação da relação inicial encargo/remuneração. Isso porque, se, de um lado, a Administração tem o poder de modificar o projeto e as condições de execução do contrato para adequá-lo às exigências supervenientes do interesse público, de outro, o contratado tem o direito de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida no ajuste diante de situações específicas que passam a onerar o cumprimento do contrato.

66. Portanto, em vista de todas as razões apresentadas, considero que a repactuação de preços, sendo um direito conferido por lei ao contratado, deve ter sua vigência reconhecida imediatamente desde a data da convenção ou acordo coletivo que fixou o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado.

69. Insta ressaltar que esse entendimento não exclui a aplicação da Instrução Normativa nº-2, de 30/4/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que dispõe sobre regras para a contratação de serviços continuados ou não, em especial de seu artigo 41, inciso III. Ao contrário, alinha-se às diretrizes ali contidas.

70. Ocorre que a hipótese ora sob exame apresenta algumas particularidades que impedem a ampla aplicação da tese até aqui exposta.

71. O Contrato nº-19/2005 foi firmado em 18/4/2005. Decorrido o interregno de um ano da data do acordo que serviu de base para a proposta (maio de 2004), a partir de 1/5/2005, data-base que ensejou o primeiro acordo coletivo ocorrido após a vigência do contrato, a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços.

72. Em 13/4/2006, foi firmado o Terceiro Termo Aditivo, que teve por objeto a prorrogação do contrato por mais 12 (doze) meses - de 18/4/2006 a 18/4/2007 (fls. 96/97, anexo 1). Segundo dispõe o artigo 57, inciso II, da Lei nº-8.666/93, os contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a (60) sessenta meses.

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 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.

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.

**80. Por outro lado, na data da solicitação da repactuação por parte da empresa Montana (6/2/2007), estava em vigor o Terceiro Termo Aditivo, cuja vigência abrangia o período de 18/4/2006 a 18/4/2007. Assim, tendo em vista que os efeitos da repactuação somente podem incidir sobre contrato em vigor, entendo que o termo a quo a ser adotado para a incidência dos efeitos da repactuação contratual solicitada em 6/2/2007 deve ser 1/5/2006, primeira data-base ocorrida após a vigência do Terceiro Termo Aditivo. A partir de 1/5/2006, a empresa contratada passou a deter novo direito à repactuação dos preços do contrato em vigor.**

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

82. Desse modo, considerando que, a partir da data-base, a empresa passa a arcar com o incremento dos custos da mão-de-obra ocasionado pela majoração salarial decorrente do acordo coletivo, a tese ora defendida encontra amparo nos princípios da justa correspondência das obrigações e da vedação ao enriquecimento sem causa, conforme já abordado nos itens 65 e 66 deste Voto.

84. Oportuno mencionar, ainda, aquelas hipóteses em que as negociações para a celebração do acordo ou convenção de trabalho, ou a solução do dissídio coletivo eventualmente instaurado, se prolonguem por algum tempo após a data-base da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo e, nesse intervalo, a Administração convoque o contratado para uma prorrogação contratual.

85. Nesse caso, o contratado estaria impossibilitado de postular a repactuação contratual no momento da assinatura do termo aditivo, pois, segundo já mencionado, um dos requisitos para a repactuação é a necessidade de registro do acordo ou convenção coletiva de trabalho no Ministério do Trabalho. Assim, caberá ao contratado inserir no termo aditivo a ser celebrado cláusula por meio da qual resguarde seu direito à repactuação, a ser exercido tão logo disponha do instrumento relativo ao acordo ou à convenção devidamente registrado.” (grifo aposto)

Quanto ao julgado acima da Corte de Contas Federal, temos, primeiramente, de entender o suporte fático que ensejou tal manifestação.

No caso, então, houve a assinatura do terceiro termo aditivo pela empresa contratada, em 13/04/2006, com o objeto de prorrogar a vigência do ajuste para o período de 18/4/2006 a 18/4/2007.

Ocorre que, posteriormente à assinatura do aditivo acima, a contratada apresentou, em 06/02/2007, o pedido de repactuação, com efeitos retroativos à 01/05/2005.

Nesse suporte fático, então, o TCU entendeu que houve a incidência da preclusão lógica, visto que aquela empresa já havia assinado o aditivo de prorrogação de vigência sem manifestar de nenhuma forma o seu desejo de proceder à repactuação, vindo somente a expressá-lo quase 10 (dez) meses após, e, ainda, pedindo efeitos financeiros retroativos à própria data em que foi assinado o terceiro aditivo.

Tenha-se que, em 1 julgado antes, o Acórdão nº-1827/2008-Plenário do TCU, o Exmo. Ministro Zymler, Relator também do Acórdão 1828/2008, já deixara assentado:

94. O pedido de repactuação, assim como a demonstração analítica do aumento ou redução dos custos é ônus da parte que solicita, conforme se observa no item “b” da cláusula quarta do contrato. Desse ônus a contratada não se desincubiu no momento oportuno, tendo em vista que apenas dois anos depois, inclusive após a própria prorrogação do contrato, veio solicitar a

repactuação. É preciso que o pedido seja feito oportunamente para que a Administração possa analisar a conjuntura do mercado naquele momento e avaliar se, mesmo com a repactuação, aquele contrato mantém-se vantajoso.

95. O instituto da repactuação possui a característica contratual típica, pois exige sempre bilateralidade, de modo que só se efetua se houver concordância de ambas as partes. Essa bilateralidade impõe ônus para ambas as partes e o ônus da contratada era exatamente o de solicitar a repactuação quando se apresentasse a necessidade. Incabível falar-se em necessidade se a contratada cumpriu o contrato a contento e foi capaz de adimplir todas as obrigações trabalhistas, previdenciárias, sociais e tributárias respectivas. Não cabia à Administração efetuar de ofício a repactuação, a esta cabe apenas fiscalizar o contrato, de modo a garantir que a contratada preste o serviço a contento e cumpra todas as suas obrigações, a fim de evitar qualquer responsabilização solidária ou mesmo subsidiária.

De pronto, somos favoráveis, na situação fática que foi posta a exame do TCU, à conclusão pelos Exmos. Ministros adotada, posto que a manifestação do desejo de que houvesse repactuação nos valores originariamente contratados “surgiu” quase 1 ano após da sua aquiescência no aditivo de prorrogação da vigência do ajuste. E mais, “surgiu” para que produzisse efeitos financeiros, inclusive, à data anterior da firmatura daquele termo aditivo de prorrogação de vigência. Com razão, pois, o entendimento da Corte de Contas pela preclusão lógica ao pedido de repactuação com efeitos financeiros anteriores à data de assinatura daquele terceiro termo aditivo.

Tenha-se, consolidando o entendimento posto no Acórdão do TCU acima (e firme na mesma situação fática que ensejou aquele julgamento), a recente aprovação do Parecer AGU/JTB 01/2008, pelo Exmo. Presidente da República, com força vinculante para a Administração Pública Federal, com arrimo na Lei Complementar nº 73, de 1993, do qual destacamos os pontos grafados:

(...) Estabeleceu, ainda, 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 contratado a repactuar... Assim, transpondo a teoria à prática em comento, como a solicitação de repactuação pela empresa Montana ocorreu em 06.02.2007, data em que estava em vigor o Terceiro Termo Aditivo ao Contrato (período de 18.04.2006 a 18.04.2007), deve-se entender, conforme exposição do TCU, que o termo a quo a ser adotado para a incidência dos efeitos da repactuação, neste caso, deve ser a data de 01.05.2006, primeira data-base ocorrida após a vigência do respectivo Termo Aditivo, eis que, a partir deste dia a empresa contratada passou a deter novo direito à repactuação dos preços do contrato em vigor... Em ambos os casos, deve-se interpretar que os efeitos financeiros da repactuação devem incidir a partir, respectivamente, da data-base da categoria e da conclusão do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho... Assim, por tudo o que se expôs, pode-se concluir que: a) a repactuação constitui-se em espécie de

reajustamento de preços, não se confundindo com as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; b) no caso da primeira repactuação do contrato de prestação de serviços contínuos, o prazo de um ano para se requerer a repactuação conta-se da data da proposta da empresa ou da data do orçamento que a proposta se referir, sendo certo que, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta; c) no caso das repactuações subseqüentes à primeira, o prazo de um ano deve ser contado a partir da data da última repactuação; d) quanto aos efeitos financeiros da repactuação nos casos de convenções coletivas de trabalho, tem-se que estes devem incidir a partir da data em que passou a vigor efetivamente a majoração salarial da categoria profissional; e e) 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, senão o for de forma tempestiva, haverá a preclusão do direito do contratado de repactuar.

Repise-se que o suporte fático levando em consideração pela AGU foi o mesmo do Acórdão do TCU, no qual o pedido de repactuação da empresa foi apresentado após a assinatura do termo aditivo de prorrogação de vigência contratual, o que, certamente, não poderia nos conduzir a outra conclusão senão a incidência da preclusão lógica em relação aos efeitos financeiros anteriores à assinatura daquele termo.

Ocorre, muitas vezes na prática administrativa, que a empresa protocola seu pedido de repactuação anteriormente à assinatura do aditivo de prorrogação de vigência contratual. Ora, esse suporte fático não foi levado à análise do TCU, e, conseqüentemente, da AGU. Assim, eventual construção no sentido de ampliar o alcance do Acórdão do TCU e do Parecer da AGU aos pedidos de repactuação apresentados antes da assinatura de aditivos prorrogadores de vigência, poderia, até, por linha de tese, ser defendida; contudo, não o seria, certamente, com a força vinculante para a Administração Pública Federal oriunda daquelas manifestações, do TCU e da AGU.

Dado esse último cenário no qual a empresa contratada apresenta seu pedido de repactuação anteriormente à assinatura do aditivo prorrogador de vigência, temos que o postulante, inclusive, tem direito subjetivo à análise por parte da Administração no prazo máximo de 60 dias, como preconiza o § 3º do art. 40 da IN MPOG nº02, de 2008, aplicável à contratação de serviços pela União. Aliás, o dever de decidir da Administração também é trazido no art. 48 da Lei nº9.784, de 1999, a lei do processo administrativo federal.

Assim, a Administração, velando inclusive pelo princípio da continuidade dos serviços públicos, apresenta o termo aditivo prorrogando a vigência contratual ao contratado e, posteriormente, vale-se de seu prazo para analisar o pleito de repactuação adrede apresentado pela contratada.

Entender que o termo aditivo prorrogador de vigência não poderia ser assinado sem antes a Administração decidir acerca do pedido de repactuação da empresa poderia levar à situação de fim de vigência contratual, o que viria a prejudicar não só eventual pleito de repactuação, mas, também, o próprio contrato em si, por término de seus efeitos.

A Administração deveria analisar os pedidos de repactuação no prazo máximo de 60 (sessenta) dias (dada a completude da documentação a encargo do contratado), o que, na sua não-realização, dever-se-ia chamar à responsabilidade funcional o agente que deu causa ao atraso.

Veja-se que a natureza do ato de reconhecimento do pleito do contratado tem efeitos declaratórios tão-somente, visto, inclusive, a retroatividade que podemos conferir a seus efeitos, com força na legislação sobre a matéria. De outra maneira, isso quer dizer que o reconhecimento do pleito não tem caráter constitutivo, senão declaratório, com o que não nasce o direito ao contratado da firmatura de aditivo, sequer da data de apresentação do requerimento, mas, sim, no fato ensejador da mesma, como exemplo, a data-base da categoria profissional dos empregados da contratada.

Com isso, temos que a contratada, ao pleitear o seu direito à repactuação passa a ter o direito à manifestação da Administração, declarando ou não o seu direito, e fixando o termo inicial. Quanto ao termo inicial e os índices de reajuste contratual propostos pela empresa não tem ela senão a expectativa de direito, tomando por base a documentação juntada com seu requerimento.

A forma das repactuações, no entender do TCU, merece aditivo, a despeito da previsão de mero apostilamento, consito na IN 02 e suas atualizações posteriores, a saber:

Indique no termo aditivo os valores mensal e anual do contrato, ao proceder reajustes, repactuações ou alterações de valor nos contratos administrativos, e apresente os demonstrativos devidos, juntando o memorial de cálculo ao processo, em atendimento ao princípio da clareza.

#### **Acórdão 291/2009 Segunda Câmara**

O que não podemos admitir, consoante com os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade da Administração Pública, é o contratado, a despeito de já ter manifestado seu pleito, ter de apor ressalva nos aditivos posteriores de que já apresentara requerimento solicitando a repactuação. Isso, ao nosso ver, seria violador dos princípios que temos de obedecer quanto à interpretação contratual.

Em relação à natureza dos custos decorrentes de salários pagos a empresas terceirizadas, somente podem esses serem objeto de ajuste em face de repactuação. Bem assim do teor da Orientação Normativa nº-25, de 2009, da AGU:

Alteração dos insumos da planilha de preços decorrente de acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho somente poderá ser objeto de pedido de repactuação contratual.

É bem de ver entendimento do TCU:

Reajustes salariais não constituem causa de desequilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo, hipótese prevista no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, mas representam fator de reajustamento de preços, sujeito as regras fixadas no art. 40, inciso XI, e art. 55, inciso III, da Lei de Licitações, e no art. 5º do Decreto 2.271/97.

#### **Acórdão 2655/2009 Plenário (Sumário)**

Bem assim, o TCU já reconheceu que o equilíbrio econômico-financeiro é valor superior à mera estipulação de cláusulas. Ou seja, também aqui vemos que a praxe administrativa de fazer constar a ratificação de cláusulas anteriores, nos termos aditivos de prorrogação, acaso o pedido de repactuação já tivesse sido protocolado pela empresa contratada, não pode se sobrepor ao equilíbrio do contrato, fazendo jus a empresa, ao menos, a ter analisado seu pedido de repactuação adrede apresentado<sup>72</sup>.

A fim de esclarecer a questão, e fundamentar nossa posição em prol da necessidade da revisão da fórmula de reajuste contratual, em detrimento da posição assumida pela Eletronorte, apresentamos excertos de parecer de Celso Antônio Bandeira de Mello reproduzidos no relatório do Acórdão 152/2002-TCU-Plenário:

a) A Administração não só pode, mas deve manter a equação econômica que proclamou satisfatória ao cabo do certame licitatório, e é precisamente o reconhecimento disto que leva à instituição de cláusulas de reajuste. b) Segue-se que, se as próprias cláusulas de reajuste adotarem critérios ou índices que se revelem inidôneos para cumprir a finalidade a que, por definição, naturalmente, estão propostas, tais cláusulas não apenas podem mas devem ser revistas, e a qualquer tempo, para não se converterem, elas mesmas, em instrumento de subversão daquilo que se propunham a assegurar. É que, à toda evidência, o respeito à permanência da equação econômico-financeira corresponde a uma garantia verdadeira, real, substancial e não uma garantia fictícia, simulada, nominal. Com efeito, o que tem de ser preservado e garantido imutavelmente não é o disposto na cláusula de reajuste prevista no edital, mas o equilíbrio econômico-financeiro que ela veio resguardar. Assim, se houver desencontro entre ambos, o que prevalece,

---

<sup>72</sup> Acórdão 36/2008. TCU - Plenário.

evidentemente, é o equilíbrio e não a cláusula, já que esta é um instrumento concebido para assegurá-lo, e não para subvertê-lo ou deformá-lo.

(...)

h) Da mesma forma, não há interesse público em desconhecer, menoscar ou violar o direito alheio para que o Poder Público absorva vantagens injustas à custa de outrem. Daí que a parte pública não possui real interesse público em desequilibrar ou manter desequilibrada a composição pressuposta inicialmente, como o seria, 'exemplia gratia', o aferrar-se a fórmulas de reajuste divorciadas da verdadeira recomposição da equação econômica devida.

i) Hoje o assunto está tratado de maneira inofismavelmente clara no Texto Constitucional, cujo art. 37, em seu inciso XXI, refere que obras, serviços, compras e alienações serão contratados com obediência a cláusulas de pagamento 'mantidas as condições efetivas da proposta'. Resulta óbvio que o texto em causa impôs uma correlação entre as obrigações de pagamento e as condições efetivas da proposta. (...) Dessarte, é necessário que se conserve a correlação inicial entre prestações e remuneração, para que seja atendido o texto constitucional."

Dado o exposto, concluímos no sentido de que, quando a empresa contratada (em caso que analisamos no âmbito consultivo) apresenta seu pedido de repactuação até a data da assinatura do aditivo de prorrogação de vigência, mesmo que neste conste a ratificação das demais cláusulas, por ser o contrato administrativo-licitatório uma espécie de contrato de adesão, a intenção da empresa é, realmente, prorrogar o contrato, quanto à vigência; contudo, quanto aos valores, a serem analisados em até 60 dias pela Administração, já demonstrara a contratada, por ocasião do protocolo de seu requerimento de repactuação, que desejava o reajuste dos valores.

Tenha-se em conta que, por questão lógica, não poderia ela deixar vencer a avença, e, só após, então, apresentar seu pedido de repactuação, posto, nesse caso, não mais incidir qualquer direito, dado o final da vigência contratual. Assim, necessariamente, o pedido de repactuação deverá ser feito antes do aditivo de prorrogação de vigência, o que, pelos princípios de interpretação contratual acima, em hipótese alguma deve ser tido como uma preclusão do direito da empresa acaso venha a ser assinado o aditivo sem a análise do seu pedido de repactuação, apresentado este antes da assinatura do termo aditivo de prorrogação, ainda que, neste, por praxe contratual-administrativa, todas as demais cláusulas fiquem ratificadas.

Melhor dizendo, somos que, se a empresa contratada apresentou o pedido de repactuação antes do termo aditivo, e, tendo em consideração o prazo máximo de 60 dias para análise por parte da Administração, não pode a Administração, valendo-se da desobediência desse prazo, valer-se de sua inércia para provocar-lhe enriquecimento sem causa, e, conseqüentemente, desbalancear o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, princípio este reinante nesses contratos o qual nem as cláusulas exorbitantes previstas no art. 58 da Lei nº—8.666, de 1993 poderá alterar, visto a oponibilidade à alteração das cláusulas econômicas do contrato em sede das cláusulas exorbitantes.



Logo, mesmo se houvesse dúvida da intenção da empresa contratada quanto ao seu desígnio de repactuar, dada a assinatura do termo aditivo de prorrogação contratual ratificando todas as demais cláusulas, cabe a interpretação no sentido de que, em se tratando os contratos administrativos de espécie de contrato de adesão, a dúvida resolve-se em favor do aderente, no caso, a empresa contratada, prevalecendo seu desejo já expressado no pleito de repactuação apresentado à Administração anteriormente à assinatura do aditivo de prorrogação de vigência contratual.

Isso posto, em termos de boa-fé subjetiva da empresa contratada, nos casos em que ela apresentou pleito de repactuação previamente à assinatura do termo aditivo de prorrogação de vigência, é sua intenção fazer com que esse pedido seja analisado, a despeito da superveniência de aditivo prorrogando a vigência e ratificando as demais cláusulas contratuais.

E o prazo para apresentação desse requerimento de repactuação, além de dever ser prévio à assinatura de aditivo, para satisfazer ao requisito da boa-fé subjetiva, deverá ser em tempo razoável da ocorrência de seu fato gerador que, na maioria dos casos, é a convenção coletiva de trabalho. Nesse sentido, MORAIS<sup>73</sup>, ainda com o entendimento baseado na IN MARE nº-18, de 1997, já revogada pela IN MPOG nº-02, de 2008, contudo, quanto à pertinência do raciocínio, ainda plenamente aplicável:

Portanto, com base no princípio da vedação ao enriquecimento sem justa causa, bem como na interpretação do item 7.2 da IN MARE nº-18/97 de acordo com o referido princípio, pode-se firmar como marco inicial da repactuação de preços a data de vigência do salário normativo sobre o qual foi feito o requerimento pela contratada, desde que, ante a natureza jurídica da negociação bilateral da repactuação de preços, tenha sido o requerimento feito em prazo razoável pela contratada, após a Convenção Coletiva que fixou o novo salário normativo da categoria profissional pelo contrato administrativo a ser repactuado.

Bem assim da jurisprudência do TCU:

Abstenha-se de conceder reajustes pleiteados com base em eventual aumento de salário, salvo se decorrido prazo mínimo de um ano contado a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente a época da apresentação da proposta.

**Acórdão 818/2008 Segunda Câmara**

---

<sup>73</sup> Op. Cit., p. 133-134.

Ainda no tocante à boa-fé subjetiva, em se tratando o instituto da repactuação de um processo negocial, subsidiariamente, poderia a Administração, após assinado o termo aditivo de prorrogação de vigência com a ratificação das demais cláusulas, no momento anterior à decisão sobre o pedido adrede apresentado de repactuação feito pela contratada, oficiar a contratada no sentido de que se manifeste sobre a sua intenção de confirmar aquele pedido feito antes da assinatura do termo aditivo.

No que toca à boa-fé objetiva, as partes contratantes devem manter uma conduta compatível com a harmonia contratual. Nesse ponto, é dever da Administração que eventual pleito de repactuação feito antes da assinatura do aditivo, ainda que, neste, as demais cláusulas contratuais sejam ratificadas, seja considerado à análise, a qual tem a Administração, no caso dos contratos administrativos de prestação de serviços continuados, até 60 dias para decidir.

Logo, mesmo se houvesse dúvida da intenção da empresa contratada quanto ao seu desígnio de repactuar, dada a assinatura do termo aditivo de prorrogação contratual ratificando todas as demais cláusulas, cabe a interpretação no sentido de que, em se tratando os contratos administrativos de espécie de contrato de adesão, a dúvida resolve-se em favor do aderente, no caso, a empresa contratada, prevalecendo seu desejo já expressado no pleito de repactuação apresentado à Administração anteriormente à assinatura do aditivo de prorrogação de vigência contratual.

Digno de nota à aplicação, também no Direito Administrativo, mormente nas suas relações contratuais, é o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, dada a necessidade da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro durante todo o prazo de execução contratual. Disso, depreende-se que a forma, de praxe administrativa de convalidação das demais cláusulas, porventura de assinatura de aditivo prorrogador de vigência contratual, não poderá superar a intenção real da empresa apresentada em pedido de repactuação feito anteriormente àquela data.

Prosseguindo, aprofundando ainda mais no que diz respeito ao reequilíbrio econômico-financeiro, tem-se que é esta garantia insculpida inicialmente no próprio texto constitucional<sup>74</sup>

Na lei geral, a alínea “d” do inciso II de seu art. 65 exige, para a consensualidade, o Aditivo Contratual, também, porém, com Parecer jurídico prévio. Conclusão importante, no ponto, é que, por ter assento constitucional, julgamos desnecessária a própria previsão editalícia/contratual a respeito. Aqui, o que se preserva é a mínima imutabilidade dos contratos administrativos, não permitindo que o contratante possa provocar seu enriquecimento sem causa, à custa do contratado.

Ainda, a propósito do reequilíbrio econômico-financeiro, assim em BAZILLI<sup>75</sup>: “Note-se que a teoria do fato do príncipe é acolhida no novo texto legal em sua

---

<sup>74</sup> Inciso XXI de seu art. 37: “(...) 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.” (grifo apostro).

<sup>75</sup> Op. Cit., p. 118.

inteireza, sendo aplicável tanto ao contratante como ao contratado. Ambas as partes podem, perfeitamente, invocar o fato do príncipe visando à revisão dos contratos”.

Quanto ao seu exercício por parte da Administração, distingue a doutrina duas espécies de cláusulas nos contratos administrativos, quais sejam, as de serviço ou regulamentares e as econômico-financeiras. MUKAI bem nos define, bem como delinea o campo de atuação das cláusulas de superioridade em relação a cada qual<sup>76</sup>

As primeiras dizem respeito à forma de execução dos serviços, às suas quantidades, às condições técnicas de execução etc., sendo consolidadas, muitas vezes, em ordem de serviço, em caderno de encargos. Somente essas cláusulas podem sofrer a incidência do poder de alteração unilateral por parte da Administração, mediante a recomposição dos preços pactuados. As segundas se referem aos encargos da Administração, de ordem financeira, e são inalteráveis, em regra, a não ser por acordo das partes.

De significativa importância, a modificação unilateral do contrato por parte do órgão/ente público, nos termos da prerrogativa exorbitante que lhe é outorgada pelo inciso I do art. 58 da lei licitatória nacional<sup>77</sup>. Atente-se que o equilíbrio econômico-financeiro tem vedação expressa, no seu § 1º, de alteração unilateral. E, entendemos nós, pelos princípios, dentre outros, do interesse público, da vedação ao locupletamento ilícito e, aliás, da aplicação do próprio regime de governo Republicano, nem precisaria estar expresso em lei, senão seu entendimento já ser perfeitamente apreensível do texto constitucional vigente.

Nesse ponto, julgamos importante trazer que foi também o Conselho de Estado Francês que inaugurou a idéia da teoria da imprevisão, em um julgado em março de 1916, no Caso da Companhia de Gás de *Bordéus*<sup>78</sup>. Desse, destacamos:

(...) Mas considerando também, por outro lado, que, pela série de circunstâncias oriundas do estado de guerra, a alta sobrevinda, no decurso da guerra atual, do preço do carvão, que é matéria-prima para a fabricação do gás, atingiu proporções que, não somente tem caráter excepcional, no sentido dado habitualmente a este termo, mas acarreta, no custo da fabricação do gás, aumento, tal que, desafiando todos os cálculos (...) concluímos que a Companhia é autorizada a sustentar que não pode ser obrigada a assegurar, nas únicas condições previstas, originariamente, o funcionamento do serviço, enquanto durar a situação anormal supramencionada.

<sup>76</sup> MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 8ª-ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

<sup>77</sup> Importante anotação de BAZILLI. Op. Cit., p. 23, no sentido de que essa faculdade não é discricionária, senão vinculada ao interesse público do ente público contratante.

<sup>78</sup> CRETELLA JÚNIOR. Op. Cit., p. 63-64.

BAZILLI<sup>79</sup> define o gênero da teoria da imprevisão, com as espécies do fato do príncipe, o fato da Administração e as interferências imprevisíveis durante a execução contratual. Nessas três modalidades, a responsabilidade do contratado fica reduzida, senão excluída<sup>80</sup>

E, quando a Administração sujeita o contratado a essas espécies do gênero teoria da imprevisão, deve ela indenizá-lo, preservando-lhe seus direitos fundamentais, mediante o reequilíbrio econômico-financeiro, com prévia manifestação da Assessoria Jurídica e mediante Termo Aditivo. Bem assim em FIGUEIREDO<sup>8182</sup>

Enfatizando: quando se tratar de sujeições a fatos imprevidos – utilizando-nos da nomenclatura de Benoit – a Administração, ao impor determinadas alterações ao já avençado, onera o contrato. Tal ônus não deverá ser suportado pelo contratado, que terá direito ao ressarcimento integral do desbalanceamento de sua equação econômico-financeira.

Mas, aí, também o interesse público fica preservado, senão a indenização ao particular o obriga a manter a avença, sob pena de ofensa ao princípio da continuidade. Ficam, assim, assegurados o interesse público e os direitos fundamentais do contratado. Bem assim em CRETELLA JÚNIOR<sup>83</sup>

O fundamento da obrigação de executar as obrigações assumidas, não obstante o estado de imprevisão. É simples: repousa justamente a teoria da imprevisão no princípio da continuidade do serviço público. Qualquer interrupção traria a descontinuidade daquele serviço e afetaria os interesses coletivos.

No que toca ao fato do príncipe: “Caracteriza-se como sendo fato do príncipe qualquer determinação do Poder Público, geral, imprevista e imprevisível, que incida na execução do contrato administrativo, onerando-o substancialmente”<sup>84</sup>. De nossa prática, poderíamos citar a criação de um imposto, que venha a onerar o contratado. Isso, certamente, enseja o reequilíbrio contratual, mediante aditivo, com força no § 5º-do art. 65 da lei geral.

---

<sup>79</sup> Op. Cit., p. 114-115.

<sup>80</sup> BAZILLI. Op. Cit., p. 114-120.

<sup>81</sup> Op. Cit., p. 108.

<sup>82</sup> Dentre os exemplos, desta feita na espécie fato do príncipe, FIGUEIREDO cita as maxidesvalorizações cambiais promovidas pelo Governo. Já, as ocorridas pela provocação do próprio mercado seriam álea extraordinária, devendo o prejuízo do contratado ser “dividido” com a Administração. Op. Cit., p. 109-110.

<sup>83</sup> Op. Cit., p. 66.

<sup>84</sup> Op. Cit., p. 117.

Já, o fato da Administração, nos conduz a falhas na execução do contrato em que o contratante incorre, vindo a gerar dificuldade senão impossibilidade da prestação do contratado, como a liberação de uma área para a realização do objeto contratual.

Acerca das interferências imprevisíveis, traz o caso fortuito e a força maior: “Distinguem-se uma da outra, pois que, na forma maior, a imprevisibilidade e a inevitabilidade impeditivas do cumprimento do contrato decorrem de evento humano, enquanto que, no caso fortuito, derivam de evento da natureza”<sup>85</sup>

Também CARVALHO FILHO sobre as espécies do gênero da teoria da imprevisão<sup>86</sup>

Assim, se o agente se opuser ao pagamento da indenização devida ao particular e isso acarretar agravamento da indenização, com condenação da entidade ao pagamento de lucros cessantes, a responsabilização pessoal deverá impor-se. Essas considerações são imperiosas, para evitar que decisões individuais desastrosas desemboquem em condenações judiciais milionárias. Tem-se verificado, na experiência dos Tribunais, que decisões meramente subjetivas do agente público produzem o nascimento de pretensões indenizatórias de montante vultoso. O particular recebe indenizações extraordinárias. Não obstante isso, o agente público que atuou para produzir tal resultado não sofre qualquer consequência. É imperioso, portanto, que o agente público tome consciência de que o equívoco em suas decisões poderá produzir consequências pelas quais ele responderá pessoalmente – essa é uma das vias para evitar a situação alarmante que ora se verifica.

Nesse mesmo sentido, MORAIS<sup>87</sup> pela resistência da Administração Pública em se submeter à juridicidade, o que a leva a um viés distorcido da própria legalidade:

Ressalte-se que o Direito Administrativo é um dos ramos do direito que mais resiste à nova hermenêutica à luz da Constituição da República, devido, dentre outros fatores, à forma equivocada de interpretar-se o princípio da legalidade administrativa.

Uma vez concedido o reequilíbrio econômico-financeiro, a fim de não haver dupla correção de valores dos custos da empresa, é bem saber que o TCU entende

---

<sup>85</sup> CRETELLA JÚNIOR. Op. Cit., p. 117.

<sup>86</sup> Op. Cit., p. 201.

<sup>87</sup> MORAIS, Dalton Santos. **Temas de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: NDJ, 2005, p. 5.

dever-se o prazo para futuros reajustes ou repactuações iniciar da data da concessão do reequilíbrio, a saber de seu Manual de Licitações e Contratos Administrativos<sup>88</sup>:

Concedido reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, inicia-se novo prazo para contagem de reajuste ou repactuação futura.

Significa dizer que o novo prazo começa a contar por inteiro para o próximo procedimento de reajuste ou repactuação cabível.

Nesse cenário, destacamos, ainda mais, a atuação da AGU ao editar suas Súmulas, Orientações Normativas e, mesmo, Pareceres, os quais muito têm contribuído para que a Administração Pública possa pautar sua conduta pela juridicidade, sem, claro, também elogiar a permanente atuação do TCU na orientação dos Gestores Públicos.

Recentemente, reconhecendo a atividade uniformizadora da AGU na área consultiva, além de diversos Pareceres vinculantes, Súmulas e Instruções Normativas, destacamos a recente edição do Manual de Boas Práticas consultivas<sup>89</sup>. Neste momento, trazemos os Enunciados que se destacam à guisa de orientação ao trabalho dos Membros das Advocacias Públicas, sobremaneira na área federal, destacando-se a necessária integração jurídica com os órgãos administrativos, sem, claro, descurar da autonomia do pronunciamento do Advogado Público, o qual tem, de outra banda, de ter a consciência de estar opinando em nome do ordenamento jurídico, visto o papel de decisão ser do Gestor:

2

Ao elaborar suas manifestações jurídicas, o Advogado Público deve redigir a conclusão de forma clara, apartada da fundamentação, com exposição especificada das orientações e recomendações, se possível, com a utilização de tópico para cada encaminhamento proposto, a fim de permitir à autoridade pública consulente fácil compreensão e atendimento da orientação do Órgão Consultivo.

4

O instituto da chancela de minutas de editais e contratos não substitui a elaboração da manifestação jurídica destinada ao seu exame e aprovação. A chancela, na realidade, é mecanismo de certificação das folhas efetivamente apreciadas pelo advogado público, mediante a aposição de rubrica, carimbo ou outro meio de autenticidade.

5

Não é necessário que o Órgão Consultivo, após expressar seu juízo conclusivo de aprovação acerca das minutas de editais e contratos, em cada caso concreto, pronuncie-se, posteriormente, para fiscalizar o cumprimento

<sup>88</sup> Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF> Acesso em: 17 de junho de 2012.

<sup>89</sup> Disponível em: [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/download/cartilhas/Manual\\_Boas\\_Praticas\\_Consultivas\\_20110126.pdf](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/download/cartilhas/Manual_Boas_Praticas_Consultivas_20110126.pdf). Acesso em 1º de fevereiro de 2011.

das recomendações ofertadas em anterior manifestação jurídica, desde que suas orientações explicitem, se for o caso, os termos das cláusulas que o Advogado Público entenda adequadas.

6

A criação de minutas padronizadas de editais e contratos, atualizadas periodicamente, a serem disponibilizadas pelas Unidades Consultivas aos órgãos assessorados é medida de eficiência e de aprimoramento do trabalho jurídico-consultivo.

9

A interlocução entre o Órgão Jurídico-Consultivo e os Órgãos assessorados é fundamental para a prática de atos de forma mais eficiente, de maneira que se devem prestigiar condutas como: (i) visitas de advogados públicos às Unidades Assessoradas para, de forma preventiva, orientarem-nas acerca de vícios comumente praticados; (ii) criação de escalas de atendimento permanente aos Órgãos assessorados por telefone, endereço eletrônico, recepção pessoal e quejandos; (iii) realização de palestras e cursos no âmbito dos Órgãos assessorados sobre temas recorrentes no cotidiano da atividade de consultoria jurídica; (iv) edição de manuais acerca das orientações básicas de relacionamento entre os Órgãos Assessorados e a Unidade Jurídico-Consultiva.

14

O atendimento dos prazos previstos para a produção da manifestação jurídica tem como termo inicial a data do recebimento da consulta junto ao protocolo do Órgão Consultivo e a eventual e esporádica impossibilidade de seu cumprimento deve ser comunicada ao Órgão assessorado previamente ao alcance de seu termo final, com a respectiva motivação.

20

O Órgão Consultivo deve procurar realizar reuniões prévias com os Órgãos assessorados sobre os processos envolvendo questões mais complexas ou excepcionais, podendo, inclusive, atuar no preparo conjunto do procedimento administrativo no tocante à matéria jurídica.

21

Convém a análise das minutas apresentadas, de forma preventiva e subsidiária, ainda quando não se recomende o prosseguimento do procedimento ou certame.

Por fim, deve a Administração acompanhar a normatização infralegal, em Portarias e Instruções Normativas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, através da SLTI, órgão central do SIASG, que, por exemplo, no caso de serviços de limpeza e vigilância, fixa limites financeiros a cada posto de trabalho, considerando as diversidades dos Estados da Federação em que a repartição ou entidade pública federal esteja contratando. Ademais, as sucessivas LDOs têm limitado o valor no caso de obras e serviços de engenharia à tabela SINAPI, anotando que todas as limitações acima devem ser exigidas como declarações da área técnico-administrativa do contratante.

Ainda, não confundam-se os institutos do reajuste, repactuação e reequilíbrio com o da compensação financeira, o qual, este último, é a indenização devida pela Administração nos casos de atraso no pagamento, sem culpa da contratada. A matéria atualmente é disposta na Lei nº 9.494, de 1997, e atualizações posteriores, a saber:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. [\(Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009\)](#)

## **VI – ALGUMAS LINHAS SOBRE O PARECER JURÍDICO EM MATÉRIA LICITATÓRIA E CONVENCIONAL:<sup>90</sup>**

No exercício consultivo, junto à Advocacia-Geral da União, já nos deparamos com muitas situações, mas, em geral, podemos elencar algumas condições mínimas necessárias ao êxito do processo licitatório, o qual, se viciado, contaminará o próprio contrato administrativo dele decorrente<sup>[1]</sup>.

Primeiramente, por força do contido no parágrafo único do art. 38 da Lei Geral de Licitações<sup>[2]</sup>, há de se ter manifestação prévia nos procedimentos licitatórios. Acerca do ponto, por reiteradas vezes, o TCU já se manifestou a respeito<sup>[3]</sup>. Todavia, nos autos vindos à análise, posteriormente, à assessoria jurídica, entendemos deva o advogado público proferir seu Parecer, no âmbito do controle de legalidade, e recomendar a remessa ao órgão correicional para apurar o fato de os autos não terem sido submetidos previamente à sua realização à análise jurídica, como manda a Lei Licitatória Nacional<sup>[4]</sup>.

Assim em MORAIS<sup>[5]</sup>: Em que pese o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 determinar que o administrador público submeta procedimentos relativos a licitações e contratos administrativos à assessoria jurídica, a falta de parecer, nos procedimentos de licitações e contratos administrativos, haja vista ser obrigatório e não vinculante, não gera a nulidade dos procedimentos, tal como prevê a Lei nº 9.784/99, no seu art. 42, § 2º.

---

<sup>90</sup> Disponível em: <http://www.capitalpublico.com.br/conteudo/atualidade/default.aspx?Id=70e68f9d-bd8f-4b8a-ae0d-7ccd6079d62>  
Acesso em 5 de junho de 2012.



E, logo após, conclui, a despeito da não nulidade, pela necessária remessa à apuração de responsabilidade, nos termos do art. 143 da Lei nº 8.112/90. Essa providência, entendemos aplicável mesmo nos casos em que os autos são remetidos posteriormente. Portanto, não previamente como é o comando do parágrafo único do art. 38 da Lei Licitação Nacional, à assessoria jurídica.

Há casos em que, em não havendo necessidade de aditamento contratual (bastando mero apostilamento pela área administrativa), o Parecer Jurídico é dispensado. A respeito dessas hipóteses[6], importante inovação nos é trazida por MUKAI[7], com a inclusão do § 8º ao art. 65 da Lei Licitação Nacional vigente em relação ao diploma regedor anterior, o Decreto-Lei nº 2.300/86. Ainda, por oportuno, tenha-se que, na recente IN MPOG nº 03/09, alterando a IN MPOG nº 02/08 (contratação de serviços pela administração pública federal), a repactuação dar-se-á por apostilamento.

No tocante ao prazo para emissão do Parecer, com regramento no art. 42 da Lei nº 9.784/99 (a Lei do Processo Administrativo Federal), admitimos excepcionalidades, nas quais o advogado público deve colaborar com os interesses da administração pública; contudo, estar pressionado, constantemente, com prazos exíguos para a análise, pode, inclusive, afetar o objetivo maior do Parecer Jurídico Prévio: a análise por um advogado público da legalidade dos atos licitatórios, o que é uma garantia, sobretudo, à sociedade.

Veja-se que o Parecer Jurídico, no caso de licitações e convênios, não é vinculante, senão opinativo. O administrador poderá dele divergir, fundamentadamente. Assim o é o entendimento do TCU a respeito[8]:

**Assunto:** CONSULTORIA JURÍDICA. DOU de 06.02.2009, S. 1, p. 144.

**Ementa:** determinação à Defensoria Pública da União para que, em caso de não atendimento às recomendações da Consultoria Jurídica do Órgão, emitidas em parecer que trata o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, insira nos processos de contratação documento contendo as justificativas para o descumprimento dessas recomendações.

No que pertine à responsabilização do Parecerista Jurídico, restrita é aos casos de erro grosseiro, conforme escólio do STF[9]:

“Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da Lei das Licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘Curso de Direito

Administrativo’, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados aos seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei nº 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.”

Acerca da autonomia do advogado público, somos que os cargos de chefia por eles ocupados no mister jurídico, devam ser vinculados, no caso federal, à Advocacia-Geral da União. Isso porque, ao menos em tese, pode-se criar uma pressão indesejável sobre o causídico público, no controle prévio da legalidade, se seu cargo de confiança é de indicação do próprio ministro da pasta que ele está atuando.

Nesse ponto ainda não chegamos, a despeito de vermos a AGU como uma Instituição em franca afirmação. Nesse ponto, saudamos recente Orientação Normativa no sentido de que os advogados que atuem na representação, quer judicial, quer consultiva, da União bem como de suas entidades, sejam membros da carreira da Advocacia Pública Federal<sup>[10]</sup>. Sobretudo, repisamos, isso é uma garantia para a própria sociedade brasileira<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> [1] A propósito, assim está posto o § 2º do art. 49 da Lei Licitação Nacional: “A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei”.

[2] “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da administração.”

[3] “submeta as minutas de edital de licitação, de contratos, acordos, convênios ou ajustes ao exame prévio e aprovação da assessoria jurídica da administração, conforme determina o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993” (TC-012.277/2005-0 – Plenário).

[4] A propósito, é dever do advogado público a prestação de assessoria no controle prévio da legalidade, como constante do inciso V do art. 11 da Lei Complementar da Advocacia Pública Federal: “assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados, ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica.”

[5] Op. Cit. p 206.

[6] São elas: a variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços já previamente estipulado no contrato (aqui não se incluem as repactuações e os casos de reequilíbrio econômico-financeiro, os quais necessitam de aditivo contratual com prévia manifestação da assessoria jurídica do órgão/entidade); as penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento bem como demais penalidades pecuniárias e os empenhos para apropriar a dotação orçamentária suplementar.

[7] Op. Cit p 155.

[8] Acórdão nº 128/2009-2ª Câmara.

[9] MS nº 24.073 – DJU de 31/10/03.

[10] A competência para representar judicial e extrajudicialmente a União, suas autarquias e fundações públicas, bem como para exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal, é exclusiva dos membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados. (Orientação Normativa nº 28, de 9 de abril de 2009)

## **CONCLUSÃO:**

Esperamos, nas linhas acima, ter demonstrado o contexto em que as contratações públicas se inserem, bem como focando nas alterações contratuais monetárias decorrentes dos reajustes, repactuações e reequilíbrios econômico-financeiros, com arrimo em doutrina e jurisprudência, mormente do TCU e entendimentos da AGU.

Não nos devemos esquecer de que a Advocacia Pública devem, sim, assessorar, os Gestores públicos, no controle prévio da legalidade, viabilizando as políticas públicas e atentando aos direitos fundamentais dos contratados; todavia, a função constitucional de Essencialidade à Justiça demonstra que aquela é um braço do Estado, ao lado do Governo, e não subordinada a este.

A propósito, destacam-se as importantes ações civis públicas e de improbidade ajuizadas pel AGU nos últimos tempos, pelo Departamento de Patrimônio Público e Probidade Administrativa, que só corroboram a atuação como Membros do Estado, e não de Governo.

Muito obrigado pela atenção dispensada.

---

---