

REVISÃO, REAJUSTE E REACTUAÇÃO DE PREÇOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES, FUNDAMENTAÇÃO DOS PEDIDOS ADMINISTRATIVOS E A DESJUDICIALIZAÇÃO
REVIEW, ADJUSTMENT AND REACT OF PRICES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS – MOTIVATION OF DECISIONS, GROUNDS FOR ADMINISTRATIVE REQUESTS AND DEJUDICIALIZATION

Márcia Walquiria Batista dos Santos¹
 Raquel Fernanda Guariglia Escanhoela²

artigos
científicos

RESUMO

Em contratos com a Administração Pública existem peculiaridades a serem observadas pelo contratado, especialmente no que diz respeito a pedidos de reajuste, revisão ou repactuação de preços. Cada uma das formas de alteração de preço do contrato se aplica a situações distintas. Ao particular cabe comprovar o fundamento de seu pedido na esfera administrativa e ao Poder Público compete fundamentar e motivar suas decisões nesse âmbito, para que, através de colaboração recíproca, seja possível alcançar solução que melhor se aplique ao caso, colaborando com a desjudicialização de demandas.

PALAVRAS CHAVE: reajuste de preço; revisão de preço; repactuação de preço; motivação das decisões administrativas; desjudicialização.

ABSTRACT

In contracts with the Public Administration there are peculiarities that need to be observed by the contracted party, especially regarded to requests for price adjustment, review or repact. Each form of contractual price negotiation applies to different situations. It is up to the contracted party to prove that there is ground for its administrative request while the Public Administration is responsible for showing the motives of its decisions, so, through mutual collaboration, it can be possible to reach a solution that best applies to the case, helping with the dejudicialization.

KEY-WORDS: price adjustment; price review; price repact; motivation of administrative decisions; dejudicialization.

1. INTRODUÇÃO

Nas contratações envolvendo a Administração Pública existe uma série de fatores a serem considerados quando as comparamos aos contratos firmados entre particulares.

1 Pós Doutora em Gestão de Políticas Públicas pela EACH/USP. Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP/SP. Professora do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito - EPD/SP. Procuradora da Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho" - Unesp/SP. Coordenadora de Orientação Técnico- Jurídica do Instituto Brasileiro de Educação em Gestão Pública - IBEGESP.

2 Advogada no escritório Escanhoela Advogados Associados. Mestranda em Direito – área de concentração: soluções alternativas de controvérsias empresariais – pela Escola Paulista de Direito (EPD). LLM Degree (Master of Laws) pela Universidade de Illinois (University of Illinois at Urbana-Champaign). Pós graduada em direito empresarial pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI).

Entre esses pontos está a questão da possibilidade (ou não) de alteração de valores pactuados em contraprestação ao objeto do contrato, sendo de extrema importância compreender a diferença entre os institutos do reajuste, revisão e repactuação.

Especialmente em contratos de longo prazo é comum surgirem questões referentes a solicitações de atualização de preços, uma vez que diversas situações podem impactar no valor estimado pelo particular e aceito pela Administração Pública em comparação com o gasto efetivo do contratado e sua margem de lucro, depois de transcorrido um certo período de tempo do início da contratação.

Uma vez que o contratado tenha premência de solicitar o reajuste, a revisão ou a repactuação, poderá fazê-lo administrativamente, podendo seu pedido ser deferido ou não.

O deferimento do pedido, se não fundamentado corretamente, pode desaguar em implicações negativas tanto ao particular quanto à Administração Pública e os por ela responsáveis, como penalizações pelo Tribunal de Contas e outros órgãos de fiscalização.

De outro lado, o indeferimento imotivado do pedido administrativo também pode culminar na judicialização da questão pelo administrado que se sentir lesado pela decisão unilateral da Administração Pública.

Aqui há de se fazer uma ressalva em relação aos contratos que já preveem cláusula de reajuste “automático” a cada 12 meses, hipótese em que não há necessidade de que o reajuste seja demandado pelo contratado.

Diante do cenário atual de um Poder Judiciário assoberbado e lento, bem como da escassez dos recursos públicos a serem empregados não apenas nos pagamentos dos contratos administrativos, como nas próprias discussões judiciais, a solução da questão ainda na esfera administrativa seria aquela que melhor atenderia aos interesses de todos.

Para que isso ocorra não basta apenas que a Administração Pública se preocupe com a motivação e fundamentação de suas decisões, cabendo ao contratado igualmente fundamentar seus pedidos administrativos, fornecendo os elementos necessários à sua análise.

A cooperação entre Poder Público e contratado pode em muito auxiliar na busca pela desjudicialização de conflitos.

2. REAJUSTE, REVISÃO E REPACTUAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Diferentemente do que acontece na contratação entre particulares, nos contratos administrativos existem diversas amarras envolvendo a possibilidade de renegociação de suas cláusulas, inclusive no que diz respeito ao preço fixado. Para que alterações

nesse sentido sejam possíveis, a Administração Pública e contratado devem seguir os procedimentos legais aplicáveis à espécie.

O pagamento desse tipo de contrato será feito pelo erário público, ou seja, com recursos que devem ser resguardados de interesses pessoais que eventualmente possam existir, tanto do administrador quanto do administrado contratado, e conflitar com o seu bom e correto uso, em prejuízo aos princípios e valores que regem toda a atividade do Poder Público, como a probidade, imparcialidade, legalidade e moralidade.

Para José Anacleto Abduch Santos³:

Pode-se conceituar contrato administrativo como sendo o ajuste formal precedido de licitação ou de processo de contratação direta, destinado à criação, modificação ou extinção de direitos, celebrado pelo Estado (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), por intermédio de qualquer dos poderes, ou de entidades da administração indireta, no exercício da função administrativa, que objetiva a satisfação de uma necessidade pública ou de um interesse público, predominantemente submetido ao regime jurídico administrativo, em razão do qual se atribuem ao Poder Público certas prerrogativas exorbitantes.

Pois bem, atuando a Administração Pública sempre em prol de um interesse público, possui ela prerrogativas contratuais. E o contratado, ao se interessar pelo objeto proposto e se dispor a fornecer bem ou serviço, tendo ciência do tratamento diferenciado dado ao Poder Público, bem como das cláusulas contratuais que serão aplicáveis, deve, ao apresentar alguma proposta, levar em consideração diversos fatores, como custo, margem de lucro e tempo de duração do contrato, potenciais fatores que podem influenciar no preço nesse período de vigência da contratação, entre outros.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, diz que:

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 (...) (grifos nossos)

Nesse íterim, quando se contrata com a Administração Pública deve-se ter em mente o dever de manter as condições efetivas da proposta. O particular tem que assegurar as condições da sua proposta, precisa ter a documentação necessária em dia, prestar o serviço de acordo com as condições contratuais, executar a obra, fornecer o que foi pactuado.

Mas não é só isso, a Administração Pública tem que prestigiar as condições às quais ela se comprometeu em relação àquela proposta apresentada pelo atual contratado, visto que, no momento da assinatura do contrato, há uma equação econômico-financeira que deve ser mantida durante o tempo em que o contrato estiver em vigência.

3 SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos administrativos: formação e controle interno da execução – com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia. Belo Horizonte: Fórum, 2015. P. 23.

Os problemas maiores ocorrem nos contratos de prestação contínua ou nos contratos de serviços contínuos, que são de prazo longo e por isso existe uma situação mais propícia a que a equação econômico-financeira que existia no início da contratação, em algum ponto de desequilíbrio.

Inicialmente, o fundamento legal para se discutir essa questão surgiu com mais força no artigo 28 da Lei nº 9.069/95 (plano real). Tal dispositivo diz que os valores inicialmente fixados na proposta devem ser mantidos naquela proporção ao longo do contrato e que toda reposição monetária deve atender ao intervalo mínimo de um ano.

Em se tratando de caso em que se configure a necessidade de pleitear a atualização ou modificação do valor fixado em um contrato administrativo, é preciso verificar se a hipótese é de reajuste, revisão ou repactuação, que também se diferenciam da correção monetária.

Naturalmente decorrido algum tempo do início da contratação tende a ocorrer aumento do custo dos insumos a serem usados pelo contratado, das obrigações tributárias e outros tantos fatores, sendo necessário reestabelecer o valor econômico do contrato firmado.

O reajuste ocorre em razão de índice previamente fixado no contrato, mediante a estipulação em uma determinada cláusula, índice esse que vai retratar a variação do custo de produção, seja um índice geral ou setorial. Ou seja, é um índice econômico-financeiro pactuado entre as partes.

Segundo o artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93:

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

(...)

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

Já, a revisão do preço, está fora da questão do reajuste. Ela ocorre para colocar os valores ajustados dentro de preços de mercado, em razão de fatos que ocorreram após a assinatura do contrato, que podem ser imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis.

A revisão visa recompor o preço daquilo que foi contratado, seja para mais ou para menos. Nos termos do artigo 65, inciso II, alínea "d", e §5º, da Lei nº 8.666/93:

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

(...)

II – por acordo das partes:

(...)

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

(...)

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

Veja-se que o aumento de tributos e encargos sociais no valor contratado também pode ser causa de pedido de revisão de preços, o qual poderá ser concedido se houver impacto na equação econômico-financeira. Não é o simples aumento de tributo ou encargo que vai possibilitar à empresa a solicitação ou o deferimento da revisão de preços.

A título de exemplo, um tributo novo, que não existia quando da proposta, pode repercutir na álea extraordinária. Um aumento mínimo de um tributo que já existia, no entanto, pode não impactar o equilíbrio econômico-financeiro, não sendo possível, então, a concessão da revisão de preços.

Por sua vez, a correção monetária é uma mera atualização do valor da moeda, cujos índices não são iguais aos índices utilizados para reajuste. Quem pagar com atraso vai pagar com acréscimo de correção monetária.

Atualizar significa modificar o valor de acordo com o critério que está sendo escolhido, seja revisão, reajuste ou correção monetária.

A Lei nº 9.069/95 trouxe a regra de que o intervalo mínimo deveria ser de um ano para que houvesse reajuste ou revisão (qualquer espécie de atualização monetária). Na mesma esteira o artigo 3º, §1º, da Lei nº 10.192/01 que dispõe sobre as medidas complementares ao Plano Real.

Todavia, o Tribunal de Contas da União, ao julgar o Processo nº 001.912/2004-8, no Acórdão nº 1563/2004 – Plenário⁴ avaliou em relação à revisão de preços que:

24. O reequilíbrio econômico-financeiro pode se dar a qualquer tempo; consequentemente não há que se falar em periodicidade mínima para o

4 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 001.912/2004-8. Acórdão nº 1563/2004 – Plenário**. Relator: Augusto Sherman. Representação. Solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de prestação de serviços de forma contínua em decorrência de incremento de custos de mão-de-obra ocasionado pela data-base das categorias. Dificuldades em processar as solicitações ante o disposto na Decisão 457/1995 - Plenário - TCU. Discussão sobre reajustamento, repactuação de preços e reequilíbrio econômico-financeiro. Análise à luz da legislação vigente. Expedição de orientação à Segedam. Arquivamento. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/?KEY%253AACORDAO-COMPLETO-18352/DTRLEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em 05 nov. de 2020.

seu reconhecimento e respectiva concessão. Com efeito, se decorre de eventos supervenientes imprevisíveis na ocorrência e (ou) nos efeitos, não faria sentido determinar tempo certo para a sua concessão. Na mesma linha de raciocínio, não pede previsão em edital ou contrato, visto que encontra respaldo na lei e na própria Constituição Federal, sendo devida desde que presentes os pressupostos.

A Orientação Normativa nº 22, de 01 de abril de 2009, da Advocacia-Geral da União estabelece que “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 8.666, de 1993”.

Na mesma decisão do Tribunal de Contas da União, no que diz respeito ao reajuste de preços e à repactuação, entendeu-se que não há como escapar da previsão legal expressa de que o prazo mínimo para sua ocorrência é de um ano:

E, de fato, os dispositivos legais transcritos acima não comportam outra linha de interpretação. Note-se que o art. 2º, §1º, da Lei 10.192/2001 encerra uma proibição, ou seja, proíbe a realização de qualquer reajuste em prazo inferior a um ano. Se a disposição legal faz incidir explicitamente a vedação sobre qualquer reajuste, sem estabelecer exceção ou fazer distinção quanto ao fator que originou o reajustamento tomado para a contagem do prazo, então não há como ampliar o alcance da norma. Significa dizer que, realizado o primeiro reajuste do contrato referente a um determinado item de custo, o próximo reajustamento só poderá se dar após decorrido um ano, independentemente do fato de ter-se verificado variação nos preços de outros itens antes de escoado esse prazo. Portanto, como não há fundamento para a realização de diversos reajustes dentro do interregno anual, não é possível submeter um mesmo contrato de prestação de serviços continuados a mais de uma repactuação durante esse intervalo de tempo.

A garantia de que as condições efetivas da proposta serão mantidas está intimamente ligada aos princípios da justa correspondência das obrigações e da vedação ao enriquecimento sem causa, princípios esses que foram trazidos do Direito Civil, aplicáveis ao Direito Administrativo de acordo com as próprias regras da Lei nº 8.666/93, que diz que se não houver norma específica para o caso aplicam-se supletivamente as regras da legislação civil.

O contrato administrativo destina-se ao atendimento das necessidades públicas, e, sendo esta uma obrigação da Administração, ela vai atrás do cumprimento da efetivação da iniciativa privada, ao passo que o particular ou o contratado é um colaborador da Administração, expressão usada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, trazida da legislação espanhola.

O particular é um colaborador e ele objetiva lucro, sob pena de não conseguir cumprir as obrigações pelo prazo total de execução do contrato. Portanto, esse é mais um motivo para que a Administração garanta a ele o equilíbrio da equação econômico-financeira.

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o equilíbrio econômico-financeiro (equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste, e de outro, pela compensação econômica que lhe corresponderá.

Nos dizeres de Ronny Charles Lopes de Torres⁶:

O reequilíbrio econômico financeiro do contrato deve ser percebido como um direito, tanto do contratado quanto da Administração. Ele foi expressamente estabelecido pelo Constituinte, ao resguardar a manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, inc. XXI). Nessa feita, identificado o fator extraordinário gerador do desequilíbrio econômico do contrato, a revisão necessária, para o reequilíbrio de sua equação econômico-financeira, independe de previsão contratual, pois tal direito deriva da Lei e da Constituição. Esse foi o entendimento abraçado pela Advocacia-Geral da União, na Orientação Normativa N° 22. (...)

Não há como negar que desde a época da proposta já se estabelece uma equação econômico-financeira, apesar das garantias legais, principalmente no âmbito da Lei n° 8.666/93, que são feitas no momento em que o contrato é celebrado. Essa relação que se estabelece pode ser abalada por dois tipos de álea, a ordinária e a extraordinária.

A álea ordinária, também chamada de álea empresarial, consiste no risco relativo a possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportado pelo contratado. Quem tem que suportar o risco do negócio é o contratado, é a empresa e não a Administração, e muitas vezes a empresa contratada quer repassar isso para a Administração.

Em muitas solicitações feitas de recomposição de preços, vemos o particular querendo que a Administração assuma o risco dele, um risco que é inerente ao negócio e que não traz nenhuma espécie de garantia de alteração contratual. Esses pequenos aumentos, por assim dizer, de valores que devem ser suportados pela empresa, por ser um risco dela, não devem ser repassados para a Administração Pública. Quem está no Poder Público deve ter cuidado ao analisar um pedido, verificar se de fato o que está sendo solicitado não faz parte do risco do negócio.

De outro lado existe a álea extraordinária, que pode ser entendida como um risco futuro imprevisível, que pela sua extemporaneidade, impossibilidade de previsão e onerosidade excessiva, desafia todos os cálculos que foram feitos pela empresa na época da elaboração da proposta.

Inclusive, na já citada decisão do Tribunal de Contas da União, ao julgar o Processo n° 001.912/2004-8, no Acórdão n° 1563/2004 – Plenário, constou que “na prática, umas das maiores dificuldades do administrador público reside em identificar se o pleito do contratado constitui ou não uma álea extraordinária e extracontratual.”

6 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 9ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. P. 736.

Como visto, o artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93 prevê que o edital deverá indicar o “critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela”.

Por sua vez, o artigo 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93 arrola as cláusulas do contrato e anuncia que são necessárias em todos os contratos as que estabeleçam “o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

E ainda sobre revisão de preços, lê-se no artigo 65, §6º, da mesma lei, que “Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contrato, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”

O termo “por aditamento” é usado para fazer distinção em relação ao reajuste em que não há necessidade de assinar um termo aditivo. A própria lei dispensa este termo e sugere que se encaminhe para que o órgão financeiro faça o cálculo. Esse cálculo, que é uma informação, nada mais é do que um ato administrativo (apostila), mas não é um aditivo contratual.

Mais especificamente em relação ao reajuste de preços, pode este ser entendido como um realinhamento contratual em razão da elevação do custo de produção no curso normal da economia, tendo por base índices ou critérios previamente fixados no edital a fim de preservar a contratada do processo inflacionário.

O reajuste é uma solução desenvolvida na prática contratual, e vem da época dos contratos de direito civil, sendo que nos contratos de direito administrativo esta matéria possui um tratamento mais rigoroso, visto estar-se lidando com dinheiro público.

Ao discorrer sobre reajuste, pode-se e deve-se usar o parâmetro da repactuação, que no fundo é similar, mas a forma de administrar ou de equalizar é diferente. O reajuste é calculado com base em um índice que é estipulado em contrato, e que é medido ao longo do período de um ano.

A repactuação foi trazida em época posterior, por meio do Decreto nº 2.271/97, que veio na sequência da legislação que disciplinou o Plano Real, mas que foi revogado pelo Decreto nº 9.507/2018, atualmente vigente.

O Decreto nº 2.271/97 tratava da contratação de serviços pela Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional e em seu artigo 5º passou a admitir a repactuação dos preços para os contratos que tivessem por objeto a prestação de serviços contínuos, ou seja, aqueles enquadrados no artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e definidos pela IN nº 18/97, revogada pela IN nº 2/08.

Desta feita, a repactuação se prestava para serviços auxiliares necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção pudesse comprometer a continuidade de suas atividades, cuja contratação deve estender-se por mais de um exercício financeiro, a fim de adequá-los aos novos preços de mercado, desde que previstos no edital.

Atualmente o Decreto nº 9.507/2018 estabelece em seu artigo 12 que:

Art. 12. Será admitida a repactuação de preços dos serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vistas à adequação ao preço de mercado, desde que:

- I – seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos para os quais a proposta se referir; e
- II – seja demonstrada de forma analítica a variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Ou seja, a repactuação apenas se aplica a contratos de serviços contínuos prestados com dedicação exclusiva da mão de obra, situação já colocada pela Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão:

Art. 53. O ato convocatório 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 a previsão de índices específicos ou setoriais, ou por repactuação, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

Art. 54. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de 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.

§ 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 inciso XXI do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo assegurado ao prestador receber pagamento mantidas as condições efetivas da proposta.

O Tribunal de Contas da União também já havia previamente fixado entendimento nesse mesmo sentido, como se vê no Acórdão 1.488/2016 - Plenário⁷:

20.1. No excerto abaixo transcrito, extraído do voto condutor do Acórdão 1.574/2015-TCU-Plenário, restou consignado que o instituto da repactuação só se aplica a serviços continuados prestados com dedicação exclusiva da mão de obra, isto é, mediante cessão da mão de obra, o que não corresponde ao objeto da contratação a ser realizada

⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 030.028/2015-9. Acórdão nº 1488/2016 – Plenário**. Relator: Vital do Rêgo. Monitoramento das determinações expedidas em decorrência de representação contra o pregão eletrônico promovido pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal, referentes à contratação de empresa para prestação de serviços de monitoramento eletrônico de veículos através de sistema de leitura automática de placas, utilizando tecnologia de Reconhecimento Ótico de Caracteres (OCR). Análise da oitiva. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1488%2520ANOACORDAO%253A2016%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522DTRELEVA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=e8a16f00-1fa9-11eb-b639-e9818891c05f. Acesso em 05 nov. de 2020.

pelo DPRF, eis que se trata de serviços contínuos que não serão prestados mediante dedicação exclusiva da mão de obra (...)

A repactuação bem como o reajuste devem ser previstos em edital, pois caso contrário não podem ser concedidos, devendo ainda ser observado o intervalo mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

A repactuação foi um mecanismo encontrado pelo Governo para dissociar a correção dos preços dos contratos de prestação de serviços de natureza continuada de um gatilho automático de reajuste, coisa que existia antes do Plano Real. Então, o Plano Real e o reajuste garantiam que todo mês haveria uma mudança de valores, o que já não acontece na repactuação, que não deixa de ser uma negociação fomentada pela Administração, à qual se submetem as empresas que querem com ela contratar.

Tanto o reajustamento dos preços quanto a repactuação visam recompor a corrosão do valor contratado apenas pelos efeitos inflacionários. A diferença é que o reajuste é calculado com índices previamente escolhidos, e a repactuação é procedida ano a ano, demonstrando analiticamente a variação dos componentes dos custos de produção. Não é uma mera aplicação de índice.

A revisão de preços ocorre, como dito, em razão de motivos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis. Portanto, pertencentes esses fatos à álea extraordinária, porque na álea ordinária não há autorização para que a Administração conceda uma revisão de preços.

Reitere-se que, em consonância com o já fixado entendimento do Tribunal de Contas da União, não há que se falar em periodicidade mínima para a concessão da revisão de preços. Exemplo disso são os contratos de fornecimento de combustíveis, nos quais não há controle efetivo na alteração dos valores dos combustíveis e os postos de revenda praticam preços variados.

Então, toda vez que houver um aumento no valor do combustível a contratada da Administração vai apresentar o percentual que foi autorizado de aumento, na realidade, qual o preço que ela vai praticar. Além disso, deve garantir para a Administração o mesmo percentual de desconto que concedeu na sua proposta. Deverá ser feito um cálculo, aliás a parte econômico-financeira desses contratos é muito importante, porque a contratada não poderá repassar para a Administração o valor cheio, com o aumento que foi concedido, ou que realmente foi efetuado pela distribuidora. Ela tem que garantir o percentual de desconto da proposta efetivamente apresentada à Administração.

Assim, a revisão de preços não se dá de forma automática, como o reajuste previsto contratualmente. Ela depende de um pedido que deve ser feito pelo contratado, devidamente documentado, provando qual preço era praticado pelo contratado no momento de sua proposta ou quanto custava para ele aquele insumo e quanto passou a custar na oportunidade do pedido de revisão de preço.

Sem prejuízo, há uma exigência da Administração, muito fomentada pelo controle dos Tribunais de Contas, que diz respeito à entrega das planilhas abertas por parte particular, que deverá mostrar o impacto daquele insumo no valor total do contrato e para isso, precisa apresentar notas fiscais, BDI (benefícios e despesas indiretas) etc.

Por vezes as empresas não fornecem maiores informações sobre o preço para a Administração por receio de que sejam verificadas por concorrentes, uma vez que os documentos ficarão no processo administrativo.

A revisão de preços, portanto, não está adstrita a uma periodicidade mínima, admitindo-se pedido nesse sentido devidamente documentado, podendo a Administração estudar a questão e, existindo prova suficiente, conceder a revisão pleiteada.

Reajuste, revisão e repactuação auxiliam na manutenção da equação econômico-financeira equilibrada do contrato administrativo.

Existem situações em que o contratado faz simultaneamente mais de um pedido, por exemplo de reajuste e de revisão de preços; assim, caso um seja indeferido, existe a possibilidade de deferimento do outro.

Em qualquer hipótese, a responsabilidade que recai sob a Administração Pública é muito grande pois, ao mesmo tempo em que deve evitar que lhe sejam atribuídos custos que devem ser suportados pelo contratado, também é a responsável por evitar que este seja extremamente prejudicado por seu dever de cumprir o contrato, nas hipóteses em que efetivamente se verifique a necessidade de adequação do preço.

Nesse contexto, vale lembrar a importância da boa fundamentação e motivação das decisões no âmbito administrativo, que podem evitar não apenas prejuízos à própria Administração Pública, decorrentes de alterações de preços em casos nos quais não se aplicam, como também auxiliar o contratado com a efetiva concessão quando comprovada a necessidade.

Mas não basta se exigir que apenas a decisão da Administração seja fundamentada, pois, como apontado acima, o pedido do contratado também deve o ser. Se ambos colaborarem para que se chegue à melhor solução ao caso na esfera administrativa, estar-se-á contribuindo para a desjudicialização de questões do tipo.

É muito comum que, uma vez negado o pedido na esfera administrativa seja o problema encaminhado ao Poder Judiciário para rediscussão, seja por conta de uma decisão inadequadamente fundamentada ou equivocada, ou em decorrência de puro inconformismo do contratado.

Entretanto, o Poder Judiciário brasileiro passa por grave crise decorrente da elevada quantidade de processos pendentes de julgamento e novos casos que lhe são apresentados diariamente. Assim, consoante explanado abaixo, nem ao contratado

nem à Administração Pública é interessante a judicialização da questão, situação que poderá ser evitada com colaboração de ambos na esfera administrativa.

3. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES, FUNDAMENTAÇÃO DOS PEDIDOS ADMINISTRATIVOS E A DESJUDICIALIZAÇÃO

Assim como carecem as decisões judiciais de fundamentação e motivação, seguindo os ditames do Código de Processo Civil, também as decisões proferidas pela Administração Pública precisam ser motivadas e fundamentadas pelos administradores.

Portanto, ao se analisar um pedido de reajuste, revisão ou repactuação de preços, não basta concedê-lo ou negá-lo em decisão supérflua e sem qualquer indício do motivo que lhe deu causa.

Deve a Administração Pública de fato analisar o caso concreto e explicar ao administrado por qual razão entende ser ou não cabível a alteração de preço solicitada. Para Vladimir da Rocha França⁸:

Levando-se em consideração que no arbítrio a legitimação da decisão estatal ocorre pela sua mera imposição material, é de se esperar que, no Estado Democrático de Direito, os atos jurídicos do Estado sejam motivados. Afinal, pressupõe-se que o destinatário do ato administrativo tenha a oportunidade de compreendê-lo e contestá-lo para que essa decisão possa ser considerada legítima.

Nos casos de pedido de reajuste, revisão ou repactuação de preços, deve a Administração Pública demonstrar que estavam ou não presentes os requisitos necessários à sua concessão, evitando desta forma, potenciais questionamentos pelos Tribunais de Contas e outros órgãos de fiscalização, quanto potenciais inconformismos dos administrados que tenham seus pedidos negados sem conhecer os reais motivos da decisão.

Na atual redação do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), com as inclusões trazidas pela Lei nº 13.655/2018, fica ainda mais claro o inquestionável dever da Administração Pública de fundamentar e motivar suas decisões, como se verifica no artigo 20:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

8 FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Princípio da motivação no Direito Administrativo**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/124/edicao-1/principio-da-motivacao-no-direito-administrativo#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20art,ser%C3%A3o%20parte%20integrante%20do%20ato>. Acesso em 06 nov. de 2020.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁹:

Mesmo quando a lei se omite em explicitar os motivos necessários para a produção do ato, nem por isso poder-se-ia abraçar a conclusão de que, em tais hipóteses, a Administração pode agir sem motivos, isto é, sem apoio em fatos que lhe sirvam de base prestante para expedir o ato, ou que está livre para calçar-se em quaisquer fatos, sejam quais forem.

No cenário brasileiro de hoje, em que o Poder Judiciário se encontra por demasiado assoberbado, os processos são lentos, custosos e de resultado incerto, não é interessante nem à Administração Pública nem ao administrado que questões envolvendo pedidos de reajuste, revisão ou repactuação de preços sejam encaminhadas para solução litigiosa.

Mas para que seja possível uma solução adequada na esfera extrajudicial, não basta apenas atribuir à Administração Pública o dever de fundamentar e motivar suas decisões.

Conforme já mencionado anteriormente, ao contratado compete igualmente fundamentar o pedido de reajuste, revisão ou repactuação de preços, fornecendo ao Poder Público os elementos necessários à sua análise e formação de sua convicção.

Para que se alcance a melhor solução na esfera administrativa, precisa haver cooperação entre Administração Pública (quando da tomada da decisão) e contratado (no momento da fundamentação de seu pedido).

Lembre-se que esses pedidos de alteração de preços, uma vez encaminhados ao Poder Judiciário podem levar anos para serem julgados em definitivo, ensejando prejuízos ao contratado e à Administração Pública, que além de alocar recursos na própria tramitação do processo, poderão, ao final: i) condenar a Administração Pública, no caso de procedência do pedido, ao pagamento de indenização decorrente de fixação de novo preço, além de verbas sucumbenciais; ou ii) por parte do contratado, ver seu pedido julgado improcedente, o que seria um resultado indesejado, lhe gerando o dever de continuar cumprindo o contrato administrativo por preço considerado como inadequado.

Apesar de expressamente estar prevista a garantia da celeridade processual no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, visando evitar que os processos judiciais se arrastem por tempo indeterminado, sem que as partes possuam efetiva resposta ao problema apresentado, na prática é difícil sua concretização.

A duração desmedida de processo judicial foge ao buscado pelas partes e pela garantia constitucional da celeridade. E, como explica Gisela Gondin Ramos¹⁰:

De fato, a morosidade frustra quaisquer expectativas dos cidadãos, e pouco a pouco vai minguando a fé no sistema de justiça, abrindo chagas que o próprio tempo se encarrega de impedir sejam cicatrizadas, e

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. P. 93/94.

10 RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. P. 455.

que, afinal, acabam sepultando as esperanças até mesmo nos espíritos mais persistentes. Nesse quadro, o processo, que deveria cumprir o papel de instrumento de pacificação social, passa a ser instrumento de pressão e ameaça, patrocinando um ambiente que favorece os mais fortes e prejudica irremediavelmente os menos favorecidos. Cria-se, com isto, um campo fértil para o surgimento de inúmeras situações, todas prejudicadas ao ideal de realização da justiça.

A par da realidade do que ocorre hoje no Judiciário brasileiro, que encontra muita dificuldade em concretizar o ditame da celeridade processual em decorrência da grande quantidade de litígios pendentes de solução e elevado número de novas ações diariamente propostas, a cooperação entre Administração Pública e administrado no prévio requerimento na esfera administrativa, pode ser positiva a ambas as partes interessadas.

Veja-se que, se a questão for adequadamente solucionada na esfera administrativa, razão não existirá para a propositura de ação judicial, a qual se fosse proposta seria mais uma na imensa fila de casos similares que demoram anos para serem efetivamente encerrados.

Existem outras previsões no ordenamento jurídico brasileiro que levam à conclusão de que, sempre que possível, deve-se buscar as soluções mais rápidas e eficientes para as lides, mesmo que isso implique, de certa forma, na substituição da prestação jurisdicional por um método alternativo de solução do conflito.

Sustenta José Miguel Garcia Medina¹¹ que:

II. Acesso à ordem jurídica justa e meios alternativos de solução de conflitos. De acordo com a Resolução 125/2010 do CNJ, “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”, e, “por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.” (...)

A citada Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e deixa claro que, acima de tudo, o que se busca são soluções efetivas aos conflitos existentes. Inclusive, cabe ao Poder Judiciário, em verificando formas mais eficazes de solução de conflitos, incentivar o seu uso. Tal ideia é condizente com a exigência de que, antes de ingressar com determinada ação judicial, procurem ambas as partes interessadas (no caso Administração Pública e contratado), sempre que possível, chegar à melhor solução ao requerimento formulado no âmbito administrativo.

¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 93.

Existe, atualmente, no Brasil, uma movimentação em âmbito nacional visando à desjudicialização, por conta dos inúmeros problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, já mencionados (especialmente sobrecarga e lentidão), além de outros, como falta de conhecimento técnico para a solução de determinados casos e inexistência de magistrados especializados, por exemplo.

Ainda, em casos envolvendo a Administração Pública, decisões judiciais podem esbarrar em pontos sensíveis como alocação de recursos, disponibilidade orçamentária, intervenção em políticas públicas e outros tantos.

Com o intuito de resolver conflitos o mais rapidamente possível, evitando-se, quando razoável, mais lides junto ao Poder Judiciário e insegurança quanto ao resultado da demanda, a cooperação entre contratado e Administração Pública, na fundamentação de seus pedidos e decisões, mostra-se como ideal a ser buscado, para solução adequada das questões envolvendo pedido de reajuste, revisão ou repactuação de preços.

4. CONCLUSÃO

Contratações com a Administração Pública implicam em situações diferenciadas envolvendo alterações de cláusulas contratuais, especialmente naquelas referentes ao preço fixado.

Reajuste, revisão e repactuação de preços não se confundem e são aplicáveis em situações distintas, não sendo sinônimo de simples atualização monetária, já que esta se refere à correção do valor da moeda.

O reajuste ocorre em razão de índice previamente fixado no contrato, mediante a estipulação em cláusula, enquanto a revisão é instituto que se aplica em razão de fatos que ocorreram após a assinatura do contrato, que podem ser imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis.

Por sua vez, repactuação muito usada em âmbito federal, apenas se aplica a contratos de serviços continuados, prestados com dedicação exclusiva da mão de obra, desde que demonstrada de forma analítica a variação dos componentes dos custos do contrato, e seja devidamente justificada.

Em qualquer hipótese, existe uma grande responsabilidade da Administração Pública em se resguardar de pedidos que busquem lhe atribuir custos que não lhe competem, e, ao mesmo tempo, evitar prejudicar excessivamente o contratado nas hipóteses em que efetivamente se verifique a necessidade de adequação do preço.

Nesse contexto, a boa fundamentação, não apenas da decisão administrativa como do pedido formulado pelo particular, é essencial. Lembrando que uma questão inadequadamente resolvida na esfera administrativa, pode culminar em litígio junto ao Poder Judiciário ou questionamentos variados por Tribunais de Contas e outros órgãos de fiscalização.

Seja em razão da celeridade, da segurança jurídica, da eficiência, da otimização dos recursos públicos e outros tantos pontos positivos não apenas ao Poder Público, como ao próprio administrado, que poderá obter o resultado pretendido com maior facilidade e rapidez, a cooperação entre ambos, no processo administrativo, é fundamental no intuito de desjudicialização de questões da espécie.

Tem-se hoje no cenário nacional a busca pela desjudicialização em virtude de um Poder Judiciário sobrecarregado, lento e com recursos limitados para apreciar todos os casos que lhe são apresentados.

Insta lembrar que a finalidade da garantia constitucional ao acesso à justiça é possibilitar a todos que o Estado, via Poder Judiciário, intervenha quando necessário na solução de uma lide, o que é diferente de dizer que deve o Estado se fazer presente em toda e qualquer situação.

É importante conhecer as hipóteses em que são cabíveis o reajuste, revisão e repactuação de preços, para que se possa formular de maneira adequada e fundamentada o pedido administrativo, permitindo à Administração Pública analisá-lo, também, motivadamente e com a fundamentação adequada, para que assim ambos colaborem com a desjudicialização de demandas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da motivação no Direito Administrativo. Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/124/edicao-1/principio-da-motivacao-no-direito-administrativo#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20art,ser%C3%A3o%20parte%20integrante%20do%20ato>. Acesso em 06 nov. de 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 34ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2016.

RAMOS, Gisela Gondin. Princípios Jurídicos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos administrativos: formação e controle interno da execução – com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 9ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.