A (im) possibilidade de reajuste nos contratos administrativos sem previsão contratual ou cláusula editalícia

Amanda Torquato Duarte

Produzido especialmente para o informativo do:

SANTOS RODRIGUES ADVOGADOS

O direito ao equilíbrio econômico financeiro contratual, assegurado pela Constituição da República de 88, em seu artigo 37, inciso XXI[1], vem sendo tratado de forma divergente na doutrina e nos Tribunais no que se refere à validade de reajuste contratual nos casos em que não há menção ao procedimento em edital ou mesmo no contrato originário.

Inicialmente, registra-se que o reajuste é apenas um dos três instrumentos ensejadores da preservação do equilíbrio econômico financeiro nos contratos administrativos – as outras hipóteses são revisão e repactuação –, sendo definido por Joel de Menezes Nieburh[2] como "instrumento que se presta a manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato em face de variação de preço previsível, normal, lenta, paulatina, que, de certa maneira, decorre do processo inflacionário."

O reajuste também é diferenciado do instituto da correção monetária por muitos doutrinadores, haja vista que o primeiro busca preservar a composição dos custos pelas variações setoriais, enquanto que a atualização monetária visa preservar apenas o poder aquisitivo da moeda. Contudo, conforme pontua Marçal Justen Filho[3], essa distinção deixou de ser efetivamente praticada, passando-se a aludir apenas ao reajuste de preços.

Desse modo, a divergência se verifica quanto à possibilidade de realização de reajuste quando o contrato administrativo e o respectivo edital não preveem expressamente os critérios de sua adoção, surgindo questionamentos a respeito de sua aplicabilidade quando verificada a alegada omissão.

Diogenes Gasparini[4] e Lucas Rocha Furtado[5] encontram-se entre aqueles que defendem a impossibilidade de reajuste nessas situações, pois há disposição legal expressa sobre a obrigatoriedade da previsão em edital dos critérios de reajuste (artigo 40, inciso XI da Lei 8.666/93), razão pela qual competiria ao licitante impugnar o instrumento convocatório quanto à prejudicial

omissão. No caso de inércia do licitante, a conclusão seria de que o contratado embutiu o preço da inflação em sua proposta, não havendo que se falar em reajuste posterior.

Na mesma linha se encontram os julgados do Superior Tribunal de Justiça ao afirmar que, por ausência de previsão contratual de cláusula que estipule o reajuste, tem-se que o preço fixado já inclui eventuais aumentos de insumos necessários à prestação convencionada (AgRg no REsp nº 845.056/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, Julg. 12.8.2008 e REsp nº 730.568/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 06.09.2007).

Por outro lado, Marçal Justen Filho[6] e Joel Menezes Niebuhr[7] admitem o reajustamento ainda que a Administração Pública não estabeleça regras específicas no contrato ou no edital, pois a recomposição do equilíbrio econômico financeiro está prevista na Constituição da República de 88 e não pode ser ignorada. Logo, ao contrário do entendimento esboçado anteriormente, esses doutrinadores reputam ilegal o condicionamento do reajuste contratual à impugnação do edital, pois o contratado não pode ser penalizado em virtude de erro da Administração.

Em termos similares se manifesta o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, afirmando que "a realização de reajuste visando à preservação da equação econômico-financeira de um contrato administrativo é um direito particular, ainda que não haja previsão editalícia ou contratual. O princípio da vinculação aos termos do edital, apresentado como justificativa central dos defensores da impossibilidade de reajuste na hipótese ora em exame, pode e deve ser relativizado, excepcionado, tendo em vista o respeito a este direito subjetivo do particular, explicitado acima." (Consulta nº 761.137. Conselheiro Relator Antônio Carlos Andrada.)

Portanto, considerando que coexistem entendimentos opostos tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos Tribunais, recomenda-se que as Empresas sejam cautelosas no exercício do direito ao reajustamento contratual, impugnando os editais e requerendo esclarecimentos junto à Administração Pública que, consequentemente, também deverá se pautar pela legislação vigente e fazer constar em seus editais a possibilidade de reajustamento por meio de índices de preços setoriais ou gerais de menor percentual produzidos por instituições consagradas de estatística e pesquisa.

1- Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

2- NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 884.

3- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 910.

4- GASPARINI. Diogenes. Reajuste, Revisão e Repactuação. ILC – Informativo de Licitações e Contratos, p. 416.

5- FURTADO. Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 5 ed. rev. atual.e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 548.

6- JUSTEN FILHO, op. cit. p. 915.

7- NIEBUHR. Joel de Menezes. op.cit. p. 885-887