

REPACTUAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS

INTRODUÇÃO

A atual redação do inciso II, do art. 57, da Lei n.º 8.666, de 23 de junho de 1993, implementada a partir da Medida Provisória n.º 1.500, de 7 de junho de 1996 (convertida na Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998), inovou o mundo jurídico ao admitir que os contratos de prestação de serviços continuados ao invés de dimensionados em até sessenta meses, na ocasião do processo licitatório, tivessem sua duração prorrogável por iguais e sucessivos períodos, limitado aos mesmos sessenta meses, "*com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração*", ou seja, desde que essa prorrogação seja economicamente mais vantajosa para a Administração comparada às vantagens que seriam obtidas com a realização de nova licitação.

Batizada de *repactuação* pela legislação infralegal, essa nova figura jurídica acabou sendo confundida com os institutos jurídicos construídos pela doutrina e jurisprudência e adotados pela legislação pátria para assegurar a *manutenção do equilíbrio econômico-financeiro* do contrato administrativo, estando a matéria a exigir uma interpretação que esclareça o exato potencial do dispositivo enfocado, e que abra ensejo à rediscussão do entendimento que vem sendo dado ao tema pelos intérpretes da lei.

Este ensaio visa, portanto, traçar algumas considerações sobre a *teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo* e do previsto pela legislação vigente, explicitando inclusive o arcabouço legal que implementou o Plano Real e estatuiu medidas específicas para assegurar o *equilíbrio econômico-financeiro* dos contratos administrativos sujeitos à conversão da moeda, cuja importância se revela para melhor compreensão do equívoco cometido pelo legislador infralegal na regulamentação do disposto no inciso II, do art. 57, da Lei n.º 8.666, de 1993.

Aborda, ainda, o estatuído pelo Decreto n.º 2.031, de 11 de outubro de 1996, posteriormente substituído pelo Decreto n.º 2.271, de 7 de julho de 1997, disciplinado pela Instrução Normativa n.º 18, de 22 de dezembro de 1997, com o intuito de apontar as ilegalidades em que incorreram ao prever

situações não contempladas na Lei de Licitações e Contratos e nem na Leis do Plano Real.

TEORIA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

Quase sempre os estudos apresentados sobre o tema *equilíbrio econômico-financeiro do contrato* vêm relacionados à *teoria da imprevisão*, construída pela doutrina com alicerce na antiga *cláusula rebus sic stantibus*, inspirada em princípios morais de direito que remontam o Império Romano quando já se admitia a repreciação dos contratos em razão de eventos supervenientes.

Segundo os melhores ensinamentos, o brocardo latino *rebus sic stantibus* só veio a ser utilizado após a Idade Média graças ao labor dos glosadores, dos teóricos do direito canônico e dos pós-glosadores que deram ao princípio uma aplicação ampla, formulando a noção do *rebus sic stantibus* como um instrumento para se chegar a soluções justas, alcançando não só dos contratos, como também outros atos jurídicos. Com o surgimento do humanismo jurídico o campo de aplicação da *cláusula rebus sic stantibus* diminuiu progressivamente, apesar de vários juristas, discípulos dos pós-glosadores, terem continuado a defender o uso desta sempre que necessária para reequilibrar uma relação eu se tornou injusta para uma das partes, enquanto a outra corrente se colocava a favor de conceitos precisos e de requisitos previamente estabelecidos pela doutrina, limitando a aplicação da *cláusula rebus sic stantibus* nos casos decorrentes de eventos supervenientes que superassem o risco previsível do negócio, constituindo o que passou a ser chamada de *teoria da imprevisão* após a Segunda Guerra Mundial.

Contudo, como bem esclarece Renato José de Moraes¹, a *cláusula rebus sic stantibus* é utilizada em dois sentidos principais: "*O primeiro é mais amplo e considera que a noção do rebus sic stantibus significa que os vários atos jurídicos, nos quais se incluem os contratos, têm sua eficácia a que as coisas permaneçam como estavam no momento que foram formados. Não é essencial, nessa concepção mais larga, a existência de uma onerosidade excessiva ou da imprevisibilidade de um fato que cause um desequilíbrio; basta o advento de uma mudança substancial no estado em que as coisas estavam para se justificar a mudança na execução do ato jurídico.*

Evidentemente, essa noção do instituto o torna bastante abrangente, com aplicações não só no direito contratual, mas em vários outros campos do direito privado e público. Afinal, sempre que a vontade interfira para fixar parâmetros de uma relação jurídica, caberia adaptar-se o que fora manifestado a uma realidade diferente. Daí que seria esse um entendimento lato sensu da cláusula rebus sic stantibus, que continua a ser utilizado por vários juristas.

Já o segundo sentido, em que se costuma tratar da teoria da imprevisão, é mais estrito. Nessa acepção, há um relativo consenso a respeito da definição da cláusula rebus sic stantibus: é a cláusula pela qual os contratos de execução periódica, continuada ou simplesmente diferida, podem ser, ou revisados, com o reajustamento das prestações, ou simplesmente resolvidos,

devido à ocorrência de um fato superveniente, imprevisível para as partes, que desequilibrou a relação contratual de maneira grave.”

É preciso reforçar, portanto, que o *desequilíbrio econômico-financeiro* do contrato administrativo não se atém à *teoria da imprevisão* ou nos seus desdobramentos: *fato do príncipe*; *fato da Administração*; *força maior* e *caso fortuito* podendo decorrer, ainda, do *poder de alteração unilateral* do contrato que confere à Administração a prerrogativa de modificar unilateralmente o contrato para o atendimento do interesse público. Trata-se do *princípio da mutabilidade* do contrato advindo da *cláusula rebus sic standibus* em sua concepção ampla.

Consoante moderna e bem pontuada lição apresentada pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietroⁱⁱ, são várias as circunstâncias que podem causar a *mutabilidade* do contrato, sendo que, a consequência dessa *mutabilidade* será, sempre, o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (*verbis*):

*“Um dos traços característicos do contrato administrativo é a sua **mutabilidade**, que, segundo muitos doutrinadores, decorre de determinadas cláusulas exorbitantes, ou seja, das que conferem à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público.*

Segundo entendemos, a mutabilidade pode decorrer também de outras circunstâncias, que dão margem à aplicação das teorias do fato do príncipe e da imprevisão.

*O assunto tem que ser analisado sob dois aspectos: o das circunstâncias que fazem **mutável** o contrato administrativo e o da consequência dessa mutabilidade, que é o direito do contratado à manutenção de **equilíbrio econômico-financeiro**.*

Já foi visto que o equilíbrio econômico-financeiro ou equação econômico-financeira é a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração (...).

Nos contratos administrativos e nos contratos em geral de que participa a Administração, não existe a mesma autonomia de vontade do lado da Administração Pública; ela tem que buscar sempre que possível a equivalência material, já que não tem a livre disponibilidade do interesse público. Além disso, é mais difícil fazer, no momento do contrato, uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem muitos riscos decorrentes de várias circunstâncias, como a longa duração, o volume grande de gastos públicos, a natureza da atividade, que exige muitas vezes mão-de-obra especializada, a complexidade da execução etc. O próprio interesse público que à Administração compete defender não é

estável, exigindo eventuais alterações do contrato para ampliar ou reduzir o seu objeto ou incorporar novas técnicas de execução.

Tudo isso faz com o equilíbrio do contrato seja essencialmente dinâmico; ele pode romper-se muito mais facilmente do que no direito privado. É por causa desses elementos de insegurança que se elaborou toda uma teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

*Além da **força maior**, apontam-se três tipos de áleas ou riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração:*

*1. **álea ordinária** ou **empresarial**, que está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular. Há quem entenda que mesmo nesses casos a Administração responde, tendo em vista que nos contratos administrativos os riscos assumem maior relevância por causa do porte dos empreendimentos, o que torna mais difícil a adequada previsão dos gastos; não nos parece aceitável esse tese, se os riscos não eram imprevisíveis, a álea deixa de ser ordinária;*

*2. **álea administrativa**, que abrange três modalidades:*

*a) uma decorrente do poder de **alteração unilateral** do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;*

*b) a outra corresponde ao chamado **fato do príncipe**, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido;*

*c) a terceira constitui o **fato da Administração**, entendido como "toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o co-contratante particular, a execução do contrato" (Escola, 1977, v. I:434); ou, de forma mais completa, é "toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução" (Hely Lopes Meirelles, 1996:223);*

*3. **álea econômica**, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranha à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão; em princípio, repartem-se os prejuízos, já que não decorreram da vontade de nenhuma das partes."*

Dessa lição, extraí-se que a teoria da imprevisão, assim como o fato do príncipe, o fato da Administração, a força maior e o caso fortuito, ao lado do poder de alteração unilateral do contrato são circunstâncias distintas que modificam o contrato administrativo, e a consequência dessa mutabilidade será o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Bem de ver que, consagrada pela doutrina e jurisprudência, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ganhou amparo na Constituição de 1988 (art. 37, inciso XXI) ao prever que "... as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas 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", elidindo expressamente a obrigatoriedade da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos.

Nesse sentido, as leis passaram a adotar os institutos jurídicos construídos ao longo do tempo pela doutrina e jurisprudência para prevenir a perda do valor aquisitivo da moeda, estabelecendo cláusulas de indexação de preços que importam na correção automática das obrigações contratuais (reajuste de preços e correção ou atualização monetária), bem assim para rever a cláusula econômico-financeira do contrato sempre que houvesse a modificação unilateral exigida pelo interesse público (revisão de preços) e, ainda, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro rompido em decorrência da teoria da imprevisão nos seus desdobramentos: força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração e interferência imprevista que configurem álea econômica extraordinária ou extracontratual (recomposição de preços).

Nessa linha, a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, editada no período em que a economia do País padecia sob desenfreada inflação, previu em seu arts. 40, incisos XI e XIV, c, e 55, inciso III, a aplicação do instituto do reajuste de preços e da atualização ou correção monetária, incorporando a previsibilidade da ocorrência da inflação na economia – evento previsível de consequência calculável, constituindo, portanto, álea econômica ordinária por ela respondendo a própria Administração.

O *reajuste de preços* presta-se a neutralizar os efeitos da inflação sobre os preços contratados ao longo da execução do contrato, e a *correção monetária* a atualizar os pagamentos devidos pelo contratante, eventualmente pagos em desacordo com a data prevista. Para tanto, deve ser fixado no próprio contrato o índice econômico a ser utilizado para o *reajuste* e *correção*, sendo normalmente utilizados os *índices setoriais* para o reajustamento dos preços e os *índices gerais* para correção monetária.

A previsão contratual do *reajuste de preços* e de *correção ou atualização monetária* tornou-se bastante para assegurar o incremento automático da variação dos índices, gerais ou específicos, na periodicidade avençada, independente de pleito do contratado e da formalização de termo aditivo (art. 65, § 8.º, da Lei n.º 8.666, de 1993), dispensável porque o conteúdo do contrato permanece intangível, uma vez que as modificações introduzidas são apenas incidentais em nada inovando o pactuado, servindo apenas para

recuperar o valor real da moeda, deteriorado em decorrência da inflação, não acarretando, pois, qualquer elevação dos encargos da Administração.

Em síntese, o *reajuste de preços* abarca o aumento previsível dos encargos previstos no contrato, dentro da margem fornecida por indicadores econômicos pertinentes à flutuação dos acréscimos dos insumos utilizados, excedentes às previsões feitas no momento da elaboração da proposta, sendo que essa fórmula exclui a aplicação da *teoria da imprevisão* por se tratar de fato previsível de consequência calculável.

Por outro lado, a Lei n.º 8.666, de 1993, previu a aplicação da *revisão de preços* sempre que se impuser a *modificação unilateral do contrato* para o atendimento do interesse público, constituindo *álea administrativa ordinária*, desde que a alteração se mantenha dentro dos limites estabelecidos, por esta respondendo a própria Administração, conforme se vê da previsão genérica contida no art. 58, inciso I, e § 2.º, bem assim do previsto no art. 65, inciso I, (**verbis**):

"Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituídos por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

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

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

I – unilateralmente pela Administração:

.....
 § 1.º *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."*

Veja-se que essa *revisão de preços* advinda da *alteração unilateral do contrato* exige a observância dos limites máximo de valor, estabelecidos pela própria Lei, traduzindo-se em uma mera operação matemática onde o valor contratual será alterado na mesma proporção do aumento ou diminuição do encargo inicialmente previsto.

Diferente é o tratamento dado pelo direito positivo ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente de circunstâncias ou de *áleas*

extraordinárias ou extracontratuais, importando recordar que a ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis foi expressamente incorporada pelo art. 65, inciso II, letra d, adotando possibilidade do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, sempre que este for comprovadamente rompido por circunstâncias aleatórias extraordinárias ou extracontratuais provenientes, não só, da *teoria da imprevisão*, como também das teorias da *força maior*, do *caso fortuito* e do *fato do príncipe*, instituindo a *recomposição dos preços* destinada a restabelecer a inicial equação encargo-remuneração do contrato, na mesma forma preconizada na doutrina. Veja-se a redação (**verbis**):

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

I – unilateralmente pela Administração:

.....

II – por acordo das partes:

.....

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contrato 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 sobreviverem **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."

Em síntese, pode concluir que, acompanhando a melhor doutrina a Lei n.º 8.666, de 1993, incorporou como instrumentos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo o *reajuste de preços*, a *correção monetária* e a *revisão de preços*, permitindo a estipulação destes em cláusulas preventivas da ruptura do equilíbrio contratual no próprio contrato, além de acolher explicitamente a *teoria da imprevisão*, o *fato do príncipe*, a *força maior* e o *caso fortuito* como causas potenciais da quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, prevendo a possibilidade do *restabelecimento* da relação encargo-remuneração inicialmente pactuada.

Dentro deste contexto, resta superar a ambigüidade assumida na linguagem jurídica comum no uso da expressão *revisão de preços*, impondo-se convencionar, na mesma trilha da lei, o seguinte:

a) *as expressões reajuste de preços, correção ou atualização monetária devem ser utilizadas quando*

se tratar da recomposição do valor aquisitivo da moeda deteriorado pelos efeitos do fenômeno da inflação (áreas econômicas ordinárias);

- b) a expressão revisão de preços deve ser reservada para identificar as situações de desequilíbrio causado pelo poder de alteração unilateral da Administração, nos limites estabelecidos em lei (áreas administrativas ordinárias);*
- c) a expressão restabelecimento ou recomposição de preços deve ser utilizada quando se tratar do desequilíbrio causado por fatores extraordinários ou extracontratuais que exijam a aplicação das teorias da imprevisão, fato do príncipe, fato da Administração, caso fortuito ou força maior (áreas econômicas ou administrativas extraordinárias).*

AS LEIS DO PLANO REAL E O REAJUSTE DOS CONTRATOS

As Leis editadas a partir de 1994, para disciplinar o chamado Plano Real (todas provenientes de Medidas Provisórias), centraram-se em promover a estabilização da economia brasileira até então submetida a um círculo pouco virtuoso do aumento generalizado de preços compensado pela correção automática das obrigações pecuniárias pelos mesmos índices usados para neutralizar os efeitos da inflação, por meio da imposição de medidas que coibiram essa *indexação*, ou, melhor dizendo, que vedaram o *reajuste*, *correção* ou *atualização* automática das obrigações pecuniárias vencidas em prazo inferior a um ano.

A Lei n.º 8.880, de 27 de maio de 1994 (Medida Provisória n.º 434, de 27 de fevereiro de 1994), deu início à implementação do Programa de Estabilização Econômica determinando que as obrigações pecuniárias até então expressas em Cruzeiros Reais fossem convertidas em Unidade Real de Valor (URV), mediante regras preestabelecidas, além de suspender a aplicação do reajuste de valor por índice de preços ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados pelo prazo de um ano, e vedar a estipulação de cláusula de revisão ou de reajuste de preços nos contratos celebrados ou convertidos em URV, para aplicação em prazo inferior a um ano, a teor dos seus arts. 11 e 12, **verbis**:

"Art. 11. Nos contratos celebrados em URV, a partir de 1.º de março de 1994, inclusive, é permitido estipular cláusula de reajuste de valor por índice de preços ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, desde que a aplicação da mesma fique suspensa pelo prazo de um ano.

.....

Art. 12. É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito a estipulação de cláusula de revisão ou de reajuste de preços, nos

contratos a que se refere o artigo anterior, que contrarie o disposto nesta lei.”

No que pertine aos contratos administrativos, a norma legal em comento fixou em seu art. 15 e parágrafos, as regras para ajustar as licitações em curso e os contratos em vigor, de modo que suas cláusulas econômico-financeiras e monetárias, então expressas em Cruzeiros Reais, fossem convertidas em URV, prevendo, inclusive, aplicação das regras específicas para a conversão dos salários relativos à mão-de-obra empregada, bem assim o expurgo da expectativa inflacionária contida explícita ou implicitamente nos preços, cujo resultado seria submetido à prévia concordância do contratado, a fim de viabilizar a alteração das mencionadas cláusulas do contrato em vigor, na forma promovida pela Administração, por meio de termo aditivo ao contrato original.

Institucionalizou-se, assim, a *repactuação* do contrato administrativo, figura jurídica especialmente construída para atender àquele momento econômico, em razão da necessidade da observância do contido no § 1.º, do art. 58, da Lei n.º 8.666, de 1993, que veda a alteração das cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos sem prévia concordância do contratado. Na hipótese de recusa do contratado em firmar a *repactuação*, poderia a Administração *rescindir* o contrato se assim fosse conveniente ao interesse público, ou *modificá-lo unilateralmente*, para melhor adequação às finalidades do interesse público, respeitados os direitos do contratado. Veja-se o teor dessa previsão contida no § 7.º, do art. 15, suso referido, (**verbis**):

"Art. 15.....(omissis).....

.....
 § 7.º *É facultado ao contratado a não repactuação prevista neste artigo, podendo nesta hipótese, a Administração Pública Federal rescindir ou modificar unilateralmente o contrato nos termos dos arts. 58, inciso I e § 2.º, 78, inciso XII, e 79, inciso I e § 2.º, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1994."*

Depois disso, foi editada a Medida Provisória n.º 542, em 30 de junho daquele mesmo ano de 1994 (convertida na Lei n.º 9.069, de 29 de junho de 1995), que instituiu o Plano Real estabelecendo em seu art. 12 e seguintes os critérios para conversão das obrigações pecuniárias para o Real, estendendo em seu art. 23 essas disposições aos contratos mencionados no art. 15 da Lei n.º 8.880, de 1994, e sua regulamentação, de modo que quaisquer contratos celebrados em Cruzeiros Reais que não tivessem sido convertidos em URV, seriam, obrigatoriamente, convertidos em Real.

Mencionada medida legal fez questão de repetir a vedação da aplicação de cláusulas de correção ou reajuste em prazo inferior a um ano,

substituindo a redação do art. 11, da Lei n.º 8.880, de 1994, então revogado, pela estatuído em seu art. 28, **verbis**:

"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."

Um ano depois foi editada a Medida Provisória de n.º 1.053, de 30 de junho de 1995, reeditada sucessivas vezes até ser convertida na Lei n.º 10.192, em 14 de fevereiro de 2001, dispondo sobre medidas complementares ao Plano Real, que sobre o reajuste de preços e correção monetária dos contratos estatuiu as seguintes regras, atualmente em vigor, (**verbis**):

"Art. 1.º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis em todo território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulação de:

.....
III – correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados, ressalvado o disposto no artigo seguinte.

Art. 2.º 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 de insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1.º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 2.º 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.

.....
Art. 3.º 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 n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1.º 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 esta se referir.

§ 2.º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo."

Veja-se que, bem mais explícitos, os supratranscritos artigos da Lei n.º 10.192, de 2001, consolidaram as regras de observância obrigatória nos contratos administrativos sobre *correção monetária, reajuste de preços, revisão, índices e periodicidade*, deixando claro que a *vedação* da correção monetária ou de reajuste por índices de preços (gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados) recai, apenas, nos contratos de duração inferior a um ano (inciso III, Parágrafo único do art. 1.º), permitindo, todavia, a estipulação de cláusulas de *correção monetária ou reajuste de preços* por índices de preços (gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados) nos contratos administrativos de duração igual ou superior a um ano (art. 2.º c/c art. 3.º).

Estabeleceu, ainda, em seu art. 2.º, § 2.º, que em caso de *revisão contratual*, "o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão", seria a data em que a anterior *revisão* tiver ocorrido, ou seja, a data de aniversário do contrato deixaria de ser a data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir passando a ser a data em que a *revisão* houvesse ocorrida.

Por óbvio, e em coerência com o que as Leis anteriores haviam previsto, essa *revisão contratual* a que se referiu a Medida Provisória n.º 1.053, de 30 de junho de 1995, seria aquela *revisão contratual* que antecedeu a *repactuação* procedida nos termos do § 7.º, do art. 15, da Lei n.º 8.880, de 1994, e no art. 23, da Lei n.º 9.069, de 1995, e não a *recomposição de preços* de que trata o art. 65, inciso II, letra *d*, e § 6.º, da Lei n.º 8.666, de 1993, que em harmonia com seus fundamentos não admite a estipulação de qualquer periodicidade para o seu incremento.

No entanto, a despeito das abalizadas vozes doutrinárias que edificaram a exata compreensão da *teoria da imprevisão*, preponderou à época o equivocado entendimento de que a *revisão contratual* prevista no art. 2.º, § 2.º da Medida Provisória n.º 1.053, de 1995, seria aquela decorrente de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis ou, melhor explicitando, a *revisão* exigível em decorrência do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, com base no reajuste salarial da mão-de-obra empregada na prestação dos serviços, consoante se viu, inclusive, da Decisão TCU n.º 457/95 – Plenário, publicada no Diário Oficial de 29 de setembro de 1995, p. 14893), proferida pelo egrégio Tribunal de Contas da União em que propalou a seguinte orientação de duvidosa legalidade, **verbis**:

"2. poderá ser aceita a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, com base no reajuste salarial dos trabalhadores ocorrido durante a vigência do instrumento contratual, desde que a revisão pleiteada somente aconteça

após decorrido um ano da última ocorrência verificada (a assinatura, a repactuação, a revisão ou o reajuste do contrato), contado na forma da legislação vigente.”

Assim, partindo-se da equivocada premissa de que o reajuste salarial da mão-de-obra empregada no contrato de prestação de serviços seria um “fato previsível de conseqüências incalculáveis” constituindo álea econômica extraordinária, preponderou o entendimento de que os preços contratados poderiam sofrer *reajuste, repactuação* ou *revisão*, sempre que houvesse o incremento dos custos de mão-de-obra decorrentes da data base da categoria, ou de qualquer outra razão, desde que respeitada a anualidade prevista pelas Leis do Plano Real.

Esse entendimento desdobrou-se por toda a Administração Pública que ainda hoje, por meio de normativos infralegais, sustenta que a periodicidade anual dos contratos de prestação de serviços, também chamada de “data de aniversário do contrato”, deve coincidir com a data dos dissídios das categorias empregadas no mesmo, a que tenham seus preços corrigidos sempre que houver reajuste salarial da mão-de-obra correspondente.

Bem de ver, entretanto, que tal entendimento vem sendo dissipado pelo Poder Judiciário em iterativas decisões emitidas a respeito da matéria, das quais se colhem, por oportuno, os seguintes julgados:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

a) RESP n.º 411101/PR - 2.ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 08/09/2003, p. 00279:

“ADMINISTRATIVO – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – DISSÍDIO COLETIVO – AUMENTO DE SALÁRIO - EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – ART. 65 DA LEI 8.666/93.

1. O aumento salarial a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo não é fato imprevisível capaz de autorizar a revisão contratual de que trata o art. 65 da Lei 8.666/93.
2. Precedente da Segunda Turma desta Corte no RESP 134.797/DF.
3. Recurso especial improvido.”

b) RESP n.º 471544/SP - 1.ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 16/06/2003, p. 00266:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. PREPARO. OFENSA AO ART. 511, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO DTF. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DISSÍDIO COLETIVO. AUMENTO DE SALÁRIO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. ART. 65, II, ‘D’, DA LEI 8.666/93. TEORIA DA IMPREVISÃO. EXAME DA MATÉRIA FÁTICA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 05 E 07, DO STJ.

1. A ausência de prequestionamento obsta a admissibilidade do recurso especial, incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.
2. Ao STJ é vedado a análise de matéria fático-probatória, consoante a ***ratio essendi*** das Súmulas 05 e 07/STJ.
3. A aferição quantitativa do aumento salarial a que a empresa contratada está obrigada, por força de dissídio coletivo, mercê não ser fato imprevisível capaz de autorizar a revisão contratual de que trata o art. 65 da Lei 8.666/93, impõe ao STJ a verificação de matéria fática insindicável pela via especial. Precedentes STJ.
4. Recurso especial não conhecido.”

c) RESP n.º 382.260/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 19.12.2002:

“ADMINISTRATIVO – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – DISSÍDIO COLETIVO – AUMENTO DE SALÁRIO – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – ART. 65 DA LEI 8.666/93.

1. O aumento salarial a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo não pe fato imprevisível capaz de autorizar a revisão contratual do que trata o art. 65 da Lei 8.666/93.
2. Precedente da Segunda Turma desta Corte no Resp 134.797/DF.
3. Recursos especial provido.”

d) RESP n.º 134.797/DF - 2.ª Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 01.08.2000:

“REVISÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO COLETIVO. AUMENTO DE SALÁRIO. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

O aumento do piso salarial da categoria não se constitui fato imprevisível capaz de autorizar a revisão do contrato.

Recurso não conhecido.”

Diante disso, não há como negar a ilegalidade da orientação expendida pelo egrégio Tribunal de Contas da União e suas repercussões, as quais acabaram por contaminar a exata compreensão que se deve dar à inovação posteriormente prevista com a nova redação dada ao inciso II, do art. 57, da Lei n.º 8.666, de 1993, pela Medida Provisória n.º 1.500, de 7 de julho de 1996 (convertida na Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998), é o que se verá a seguir.

A DURAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E A PRORROGAÇÃO DO PRAZO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONTINUADO

Nos termos do art. 57, ***caput***, da Lei n.º 8.666, de 1993, a duração dos contratos administrativos deve ficar adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, ressalvadas as hipóteses especificadas em seus incisos I, II e IV, que admitem a prorrogação.

Essa é a regra – duração adstrita à vigência do crédito orçamentário, consoante o *princípio da anualidade das despesas públicas* inserto no inciso II,

do art. 167, da Constituição Federal, que veda a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais previstos nas leis orçamentárias. Segundo a própria lei, as exceções previstas admitem a *prorrogação* do prazo inicial, nos limites e nas condições estabelecidas para cada caso.

Segundo a doutrina, a prorrogação do contrato "é o prolongamento de sua vigência além do prazo inicial, com o mesmo contratado e nas mesmas condições anteriores"ⁱⁱⁱ, ou a "ampliação do prazo inicialmente estabelecido para o ajuste, mantido o mesmo contratado e respeitadas as condições anteriormente ajustadas"^{iv}. Ao contrário disso, a nova redação dada ao inciso II do art. 57, da Lei n.º 8.666, de 1993, pela então Medida Provisória n.º 1.500, de 7 de julho de 1996, inovou o mundo jurídico ao condicionar a prorrogação da duração do contrato de prestação de serviços continuados à obtenção de condições e vantagens para a administração, renunciando a possibilidade da modificação unilateral das condições inicialmente pactuadas, no estrito atendimento do interesse público, visando, em princípio, a supressão de serviços que possam reduzir o preço contratado.

É o que se depreende, inclusive, da Exposição de Motivos n.º 99, de 3 de junho de 1996, que acompanhou a Medida Provisória n.º 1.500, quando revela que a nova redação "visa exatamente dotar a Administração, de instrumento legal para acompanhar os avanços tecnológicos e organizacionais dos mercados, da Estrutura Pública e o próprio dinamismo das relações Estado X Sociedade, de maneira a permitir ao Gestor suprir as necessidades da Administração observando os momentos econômicos, objetivando sempre extrair o melhor do binômio Preço X Qualidade, que resultará sem sombra de dúvida em contratações/repactuações cada vez mais vantajosas para o Poder Público".

Nesse sentido, bem de ver que a prorrogação do contrato de prestação de serviços continuados prevista pelo inciso II, do art. 57, da Lei n.º 8.666, de 1993, confunde-se com a renovação do contrato, instituto jurídico definido pela doutrina como a "inovação, no todo ou parte do ajuste, mantido porém o seu objeto inicial, para continuidade de sua execução, com o mesmo contratado ou com outrem", que até então não havia sido recepcionado pela Lei de Licitações e Contratos, que limitava-se a permitir, por dispensa de licitação, renovação de parte do contrato remanescente de obra, serviço ou fornecimento, com o licitante a seguir classificado, no caso de rescisão contratual e desde que aceitas as mesmas condições e o mesmo preço oferecido pelo licitante vencedor.

Aqui, do mesmo modo formulado pela doutrina, a renovação do contrato pode significar a inserção de alterações qualitativas decorrentes da modificação do projeto ou de especificações, para melhor adequação técnica aos objetivos da Administração (art. 65, I, a), que pode ser o domínio de tecnologias mais avançadas ou a disponibilidade de equipamentos tecnicamente mais aperfeiçoados que possam desonerar o objeto contratado, admitindo-se, inclusive, que a Administração ultrapasse o limite para supressão. Pretendeu a Lei que a Administração pudesse absorver da dinâmica do mercado, reformulando as condições contratuais a cada novo período de vigência em

busca do melhor negócio ou do negócio mais vantajoso, mais lucrativo ou econômico, cujo objetivo é a satisfação do interesse público.

Mas nem sempre haverá necessidade de introduzir modificações no contrato, ficando sua renovação ou prorrogação sujeita, apenas, à comprovação de que os preços e as condições praticadas estão em consonância com o mercado, sob pena da invalidade do aditamento contratual.

Presente, portanto, a revisão contratual decorrente do poder de alteração unilateral da Administração de modificar o projeto e as especificações do contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado, cuja repercussão nos preços contratados implicarão na revisão das cláusulas econômicas-financeiras, visando, em princípio, sua redução.

Não há que se confundir, pois, essa revisão contratual decorrente das modificações introduzidas no contrato, com o reajuste de preços ou com a recomposição de preços que, como se viu, decorrem de circunstâncias diversas das circunstâncias preconizadas no dispositivo em comento.

Repise-se, então, que a regra é a improrrogabilidade dos contratos administrativos, cuja duração deve ser adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, decorrente do princípio maior que obriga a Administração a licitar. A prorrogação da vigência do contrato de prestação de serviços continuados na forma no inciso II, do art. 57, da Lei n.º 8.666, de 1993, é a exceção que só poderá ocorrer se o interesse público assim o exigir, ou, em outras palavras, se o princípio da indisponibilidade do interesse público, associado aos princípios da continuidade do serviço e da economicidade, assim o permitir. Caso contrário, há que prevalecer, sempre, o princípio da licitação.

DA ILEGALIDADE DA REPACTUAÇÃO DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS NA FORMA PREVISTA PELO DECRETO N.º 2.271, DE 1996.

O Decreto n.º 2.271, de 7 de julho de 1997, foi editado para regulamentar o § 7.º do art. 10, do Decreto-lei n.º 200, de 1967^v, que já na década de sessenta previa a possibilidade de a Administração Pública Federal desobrigar-se da execução de tarefas acessórias à atividade-fim dos seus órgãos e entidades, mediante contratação de terceiros.

Inicialmente, tais tarefas cingiam-se às atividades de vigilância, conservação e limpeza e outras assemelhadas, o Decreto n.º 2.271, de 1997, ampliou o rol dessas atividades administrativas passíveis de execução indireta, autorizado pela extinção de cargos públicos reservados à execução de atividades auxiliares e apoio da Administração Pública, permitindo a execução de atividades até então desempenhadas exclusivamente por servidores públicos sujeitos ao regime jurídico único, passassem a ser executadas de forma indireta.

Frise-se, portanto, que a finalidade precípua do Decreto em comento foi a de regulamentar a execução indireta de serviços administrativos,

autorizando a *terceirização* atividades de vigilância, conservação e limpeza, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, as quais deverão ser efetivadas com empresas de prestação de serviços devidamente aparelhadas, sob o regime da Lei n.º 8.666, de 1993, vedada a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento exclusivo de mão-de-obra e a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante.

Trata-se, portanto, da *terceirização* de serviços ligados à atividade-meio dos órgãos da Administração Pública, cuja justificativa assenta-se na redução de custos que esta puder proporcionar. Nesse sentido, referido Decreto estabeleceu, em seu art. 2.º e seguintes, regras para aferir a eficiência econômica dessa *terceirização*, propugnando na mesma linha anteriormente estabelecida pelo Decreto n.º 2.031, de 11 de outubro de 1996, então revogado, a elaboração de demonstrativos dos resultados a serem alcançados em termos de economicidade, bem assim a fixação do preço máximo a que a Administração se dispõe a pagar pela realização dos serviços, adotando como parâmetro os preços praticados no mercado.

Ainda, repetindo disposições do Decreto n.º 2.031, de 1996, vedou a *indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam variação de custos* e preservou o controvertido instituto da *repactuação* criado para ser aplicado nos contratos de prestação de serviços *terceirizados* que tivessem duração superior a um ano ou cláusula de prorrogação.

No entanto, a despeito da vedação da *indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam variação de custos*, está em vigor desde aquela época a Lei n.º 10.192, de 14 de fevereiro de 2001 (Medida Provisória n.º 1.053, de 30 de junho de 1995), que permite expressamente a estipulação de reajuste de preços por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos dos insumos utilizados, nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

De outra parte, o instituto da *repactuação* que tem sua essência na nova redação então dada ao inciso II, do art. 57, da Lei n.º 8.666, de 1993, pela Medida Provisória n.º 1.500, de 7 de junho de 1996 (convertida na Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998), significando, portanto, a *renovação do contrato* por meio da prorrogação de sua duração, acabou sendo tratado como um novo instituto revisional de preços, assemelhado à *recomposição de preços* previsto no art. 65, letra d, da Lei n.º 8.666, de 1993, onde o fato superveniente seria o aumento salarial da mão-de-obra empregada, decidido por dissídio coletivo ou equivalente, denotando completa ilegalidade pelo frontal ultraje à lei e aos melhores ensinamentos doutrinários.

Consoante se viu, linhas atrás, a aplicação da *teoria da imprevisão* provinda da cláusula *rebus sic stantibus*, nos seus desdobramentos de *força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração* e *interferência imprevistas*, incorporada pela Lei n.º 8.666, de 1993, só se justifica nos contratos administrativos quando sobrevêm fatos imprevistos e imprevisíveis, ou, se previsíveis, incalculáveis nas suas conseqüências, que desequilibrem totalmente a equação encargo-remuneração estabelecida originalmente pelas

partes. Não é, pois, o sistemático reajuste de salários da mão-de-obra empregada nos contratos de prestação de serviços em proporção previsível, álea própria do contrato, que autoriza a *recomposição de preços*, importando destacar, portanto, que as normas decretais em comento buscaram tornar corriqueiro o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato ao fazer com que a *repactuação* se tornasse providência obrigatória sempre que houvesse o aumento salarial da mão-de-obra empregada, ocorrida anualmente em dissídios coletivos ou equivalentes.

O aumento do piso salarial da categoria, assim como o aumento dos demais insumos que compõem o preço contratado, deve ser repassado contrato mediante o *reajuste por índices de preços*, na forma e periodicidade prevista pelo art. 2.º c/c o art. 3.º da Lei n.º 10.192, de 2001.

Restasse, ainda, alguma dúvida a respeito do equivocado entendimento proposto pelas mencionadas normas, pelos intérpretes da lei, poderia este ser logo desfeito em razão das mais recentes decisões do Poder Judiciário, emitidas a respeito do tema, conforme elencado linhas atrás, diante das quais não há como negar a ilegalidade proposta nas normas infralegais em comento, que buscaram institucionalizar a *repactuação* como um instrumento de *manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato* acionado sempre que houvesse o reajuste salarial da mão-de-obra envolvida na prestação de serviços contratada, não se coadunando com o espírito da Lei que buscou, tão somente, oferecer à Administração a prerrogativa ou o dever-poder de *alteração das condições contratuais* para a realização do negócio mais vantajoso que justifique a *renovação* do mesmo contrato, tendo em vista o *princípio da indisponibilidade do interesse público*.

Não bastasse isso, a um exame mais acurado que se fizer no disciplinamento das normas contidas na segunda parte do Decreto n.º 2.271, de 1997, feito pela Instrução Normativa MARE n.º 18, de 1997, poderá ser observado que esta acabou resgatando o regime de execução "administração contratada", então previsto no inciso VIII, alínea c, do art. 6.º da Lei n.º 8.666, de 1993, mas vetado, por duas vezes, consoante as *razões do veto* manifestadas por esta Advocacia-Geral da União, nos seguintes termos, **verbis**:

"A experiência tem demonstrado que a execução indiretas, sob o regime de administração contratada, envolve a assunção de elevadíssimos riscos pela Administração, que é obrigada a adotar cuidados extremos de fiscalização, sob pena de incorrer em elevados prejuízos em face do encarecimento final da obra ou serviço.

Como é sabido, neste regime de execução interessa ao contratado, que se remunera à base de um percentual incidente sobre os custos do que é empregado na obra ou serviço, tornar esses custos os mais elevados possíveis, já que, assim, também seus ganhos serão maximizados.

Por outro lado, parece-me indubitoso que, diante da sistemática de planejamento e orçamentos públicos instituída pela Constituição de 1988, não mais é legítimo admitir-se a execução

de obra ou serviço cujo custo total não esteja prévia e criteriosamente fixado, com sua inclusão tanto no orçamento anual, quanto no plano plurianual."

Nesse sentido, forçoso concluir que o regime de execução previsto pelas normas infralegais em comento, em que o contratado executa a prestação de serviço com o dever de fornecer os materiais e a mão-de-obra necessária, mediante reembolso das despesas previstas ou previsíveis, obtendo, ainda, remuneração certa fixada em percentual sobre o montante dessas despesas, não tem o amparo na Lei n.º 8.666, de 1993, devendo sua aplicação ser banida dos contratos de prestação de serviços continuados de que trata o Decreto n.º 2.271, de 1997, por ilegal e antieconômica.

Impõe-se, portanto, a reformulação dos artigos 4.º, inciso I, e 5.º do mencionado Decreto, a fim de sanear os vícios apontados, bem assim a declaração da nulidade total da IN/MARE n.º 18, de 1997, em razão da evidente ilegalidade do regime de execução proposto para os contratos de prestação de serviços, em frontal desacordo com a Lei n.º 8.666, de 1993.

DAS CONCLUSÕES

A renovação ou repactuação do contrato de prestação de serviços continuados feita mediante prorrogação da duração do prazo inicial do contrato, por sucessivos e iguais períodos, encontra suas linhas mestras no art. 57, inciso II, da Lei n.º 8.666, de 1993, que buscou prestigiar o princípio da indisponibilidade do interesse público em buscar o melhor negócio para a Administração, cabendo ao Poder Executivo regulamentar sua aplicação, sem que esta repactuação se confunda com o reajustamento de preços anual estabelecido pelo art. 2.º c/c o art. 3.º da Lei n.º 10.192, de 2001, ou e da eventual recomposição dos preços decorrente da teoria da imprevisão, nos seus desdobramentos fato do príncipe, fato da Administração, força maior e caso fortuito, previsto no art. 65, letra d, da mesma Lei n.º 8.666, de 1993.

ⁱ Moraes, Renato José de, Cláusula Rebus Sic Standibus, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 29/30

ⁱⁱ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, Editora Atlas, 13.^a edição, 2001, p.p. 254/256

ⁱⁱⁱ Lopes Meirelles, Hely, 225

^{iv} Gasparine, Diógenes, 399

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