

Título : SOLUÇÕES PARA A AUSÊNCIA DE ÍNDICE DE REAJUSTE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COM A CONTRIBUIÇÃO DA DOCTRINA CHRISTIAN

Autor : Caio Felipe Caminha de Albuquerque

SOLUÇÕES PARA A AUSÊNCIA DE ÍNDICE DE REAJUSTE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COM A CONTRIBUIÇÃO DA DOCTRINA CHRISTIAN

CAIO FELIPE CAMINHA DE ALBUQUERQUE

Mestre em Direito, Certificado em PPPs e concessões pela APMG (CP3P-F), Procurador do Estado de Mato Grosso e advogado com atuação em Direito Administrativo

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O REAJUSTAMENTO

O reajuste ou reajustamento em sentido estrito é um dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo aplicável para manter o equilíbrio diante da variação ordinária dos preços dos insumos abrangidos pelo objeto contratual. Assim, a utilização do reajuste decorre da verificação de álea ordinária¹, já esperada.

A inflação, tão comum no Brasil, é um risco ordinário assumido pelo contratado, mas que apenas permite a atualização do contrato após o decurso de determinado prazo para a manutenção do equilíbrio. Logo, a utilização do reajuste serve para recompor a perda do poder aquisitivo da moeda e restabelecer o lucro esperado pelo contratado diante dos custos dos insumos.

Assim, o próprio edital e o contrato já estabelecem quais critérios serão adotados para reequilibrar o contrato diante da já esperada elevação dos custos dos insumos vinculados ao seu objeto. Nesse sentido, qualquer que seja a duração do contrato, será obrigatória a previsão do índice de reajustamento de preços no edital e em cláusula contratual (arts. 25, §7º, e 92, §3º, da Lei nº 14.133/2021).

Além do índice utilizado para o reajuste, será necessário prever sua periodicidade, que deverá obedecer ao interregno mínimo de um ano (art. 25, §8º, da Lei nº 14.133/2021 e art. 2º, §1º, da Lei nº 10.192/2001). Esse prazo será necessariamente contado da data do orçamento estimado da licitação, que será a data-base do reajustamento.

Estabelecidos os critérios de reajuste, ele será devido automaticamente cada vez que for completado o período necessário, independentemente de requerimento do contratado², diferentemente do que ocorre com a repactuação. Logo, o reajustamento pode ser concedido de ofício pela Administração Pública, o que não impede, por outro lado, que o contrato contenha cláusula expressa no sentido de que o contratado deverá apresentar requerimento para o reajuste. Uma vez realizado, o reajuste será registrado no contrato por simples apostila, não sendo necessária a celebração de termo aditivo (art. 136, I, da Lei nº 14.133/2021).

2. A OMISSÃO DE CLÁUSULAS OBRIGATÓRIAS

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 92, estabelece diversas cláusulas essenciais aos contratos administrativos. Sendo essas cláusulas necessárias por expressa disposição legal, pode surgir o questionamento acerca da manutenção da validade do contrato no caso de omissão de alguma delas. É certo que o ideal é um adequado planejamento que contemple todos os requisitos legais para a contratação. No entanto, a eventual ausência de cláusulas ainda é uma possibilidade e a solução para a questão dependerá da natureza daquela que for omitida.

Algumas cláusulas já decorrerão do edital e da documentação que instruiu o processo administrativo de licitação, como termos de referência, anteprojetos, projetos básicos e projetos

executivos. É o que ocorre, a título de exemplo, com a descrição do objeto, o regime de execução, as condições de pagamentos e medições, bem como os prazos de execução. Nessas hipóteses, a ausência de previsão expressa no contrato desses elementos, apesar de não se tratar do cenário ideal, será possível a integração por meio da análise do procedimento licitatório.

Além disso, certas obrigações do contratado, como aquelas previstas nos incisos XVI e XVII do art. 92 da Lei nº 14.133/2021, já decorrem diretamente da lei e a ausência de previsão expressa no contrato não gerará, por si só, nulidade ou desoneração do contratado. Isso vale também para as penalidades aplicáveis por inexecução e para os casos de extinção do contrato (art. 92, XIV e XIX, da Lei nº 14.133/2021).

Por outro lado, no caso de ausência de fixação de prazo para resposta acerca dos pedidos de repactuação ou de reequilíbrio, é possível aplicar, de maneira subsidiária, o prazo de 1 (um) mês para decisão acerca de requerimentos do contratado previsto no art. 123, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021. Inclusive, para o caso específico de repactuação, o art. 92, §5º, da Lei nº 14.133/2021 já estabelece a preferência do prazo de um mês para a resposta acerca do pedido.

A nulidade em si poderá ser verificada em situações envolvendo cláusulas mais essenciais ao contrato, que tenham o condão de afetar a idoneidade do próprio procedimento licitatório, em especial se restar prejudicada a competitividade e a busca pela seleção da proposta mais vantajosa. É o caso da ausência de devida caracterização do objeto e de seus elementos ³.

3. A DOCTRINA CHRISTIAN COMO FUNDAMENTAÇÃO ADICIONAL PARA SOLUCIONAR A OMISSÃO DE CLÁUSULAS OBRIGATÓRIAS

É interessante notar que, a omissão de cláusulas obrigatórias em contratos governamentais tem uma solução própria no direito norte americano que já abordamos em nosso livro ⁴. Trata-se da Doutrina Christian (*Christian Doctrine*), que surgiu do julgamento do caso *G. L. Christian and Associates v. the United States* ⁵, de 1963.

Em suma, a Doutrina Christian considera que as cláusulas contratuais obrigatórias por lei ou por regulamento com força de lei em relação devem ser consideradas como inseridas no contrato ainda que (intencionalmente ou não) tenham sido omitidas.

A problemática que deu origem à teoria surgiu quando a empresa *G.L. Christian and Associates* foi contratada pelo exército dos Estados Unidos para a construção de duas mil casas para soldados em Louisiana. Durante a execução contratual, o forte onde as casas ficariam localizadas foi desativado, levando o exército a extinguir o contrato alegando a cláusula de extinção por conveniência do governo, que está prevista no regulamento de aquisições das forças armadas. Entretanto, a cláusula não estava expressamente prevista no contrato assinado e, por isso, o contratado cobrou o pagamento de um montante diverso a título de rescisão contratual daquele derivado da aplicação da cláusula em questão.

No julgamento do caso, restou decidido que as cláusulas contendo uma “vertente profundamente arraigada da política de contratação pública” ⁶ devem ser consideradas como incluídas no contrato, ainda que omitidas. Dessa forma, não é qualquer cláusula que pode ser automaticamente incorporada ao contrato, mas apenas aquelas **i)** obrigatórias; e **ii)** capazes de expressar relevantes princípios governamentais ⁷.

Nesse sentido, a Doutrina Christian traz relevantes argumentos e dois requisitos importantes para a avaliação da omissão de cláusulas obrigatórias. A vantagem dessa linha de argumentação é que ela traz parâmetros específicos que podem ser aplicados ao ordenamento jurídico brasileiro para resguardar contratos contra nulidades decorrentes de erros que podem ser solucionados, especialmente quando há uma relevante opção legislativa e governamental acerca de determinada forma de gestão contratual.

4. O REAJUSTAMENTO COMO OPÇÃO LEGISLATIVA E PRINCÍPIO GOVERNAMENTAL DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

É relevante compreender o reajustamento contratual como um importante princípio governamental que, nos moldes do que prevê a Doutrina Christian, pode ser considerada como parte integrante do contrato.

Na legislação anterior (Lei nº 8.666/1993) talvez fosse possível discutir sobre o caráter de política de contratação pública, tendo em vista que nem todo contrato deveria conter a cláusula. No entanto, a partir da vigência da Lei nº 14.133/2021, a questão parece ter mudado. Isso porque há uma previsão expressa de que todo contrato, independentemente do prazo, deve conter cláusula e índice de reajuste, o que reforça o argumento de que o reajustamento contratual foi elevado a um princípio governamental de contratação pública por opção legislativa, ainda que continue sendo um direito do contratado de natureza patrimonial e disponível⁸.

É importante notar que a opção legislativa está intimamente relacionada ao direito à manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, da Constituição Federal). Prova disso é o fato de que o resultado do impedimento ao reajuste será, necessariamente, o desequilíbrio do contrato, o que é vedado. Inclusive, o Tribunal de Contas da União já decidiu, com base na Lei nº 8.666/93, que a ausência de cláusula de reajuste, apesar de impedir o reajuste em si, não impede a adoção do mecanismo do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato⁹. Com isso, restará respeitada a garantia do equilíbrio prevista no art. 37, XXI, da Constituição Federal e não haverá enriquecimento ilícito da Administração Pública ou violação da boa-fé objetiva.

Logo, se o equilíbrio contratual pode ser restabelecido sem que haja situação imprevista, não há motivos para vedar a adoção do reajuste. O equilíbrio contratual deverá ser mantido de qualquer forma e essa compreensão é importante dentro de uma política governamental de contratação pública se considerado o conjunto de contratos que a Administração Pública firma e a necessidade de que eles sejam dotados de segurança jurídica também sob a ótica do contratado.

5. PARÂMETROS OBJETIVOS PARA A ESCOLHA DE ÍNDICES

Sendo juridicamente viável suprir a omissão da cláusula contratual relativa ao reajuste, é necessário verificar se há parâmetros objetivos e técnicos que impeçam que o resultado seja injusto.

Com efeito, a lei não estabelece qual índice deve ser utilizado em cada caso, mas isso não significa que há uma margem de completa discricionariedade na escolha¹⁰. O principal ponto que deve nortear a opção é a capacidade que o índice tem de refletir a efetiva variação de custos. A adoção de índices específicos ou setoriais não constitui uma exceção, mas um reforço da necessidade de que a variação dos custos seja realmente abarcada pelo reajuste.

Nesse sentido, não há propriamente uma completa liberdade na definição do índice. O principal limite à discricionariedade nessa escolha é a capacidade de o índice refletir a real elevação dos custos daqueles insumos vinculados ao objeto contratual.

Diversos e variados índices existem. No âmbito dos índices gerais, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) é elaborado pelo IBGE e estabelecido por meio de pesquisas de preços pagos no varejo pelo consumidor final, refletindo o custo de vida médio das famílias com renda mensal entre 1 e 40 salários-mínimos. Ao lado dele, existe o Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M), elaborado pela FGV, que também acompanha a variação de preços praticados no mercado.

Já no caso da construção civil, o Índice Nacional de Construção Civil (INCC), que coleta os preços de materiais, equipamentos, mão de obra e ferramentas do setor, é o índice que tem maior capacidade de refletir a efetiva variação do custo de produção. Para obras rodoviárias, existe um índice específico levantado e publicado pelo DNIT em parceria com a FGV no âmbito do SICRO, levando em conta as especificidades dessas obras e de seus insumos.

Existirá certa margem de discricionariedade na escolha do índice aplicável ao caso quando mais de um puder ser utilizado. A título de exemplo, para contratos de locação de imóveis, tanto o IPCA quanto o IGP-M podem ser utilizados, uma vez que não há índice específico no caso. Existe discricionariedade na opção, desde que se busque o índice que reflita da melhor forma possível a variação. Porém, o mesmo não pode ser dito acerca da construção civil e das obras rodoviárias.

Nestes casos, a existência de índices específicos ou setoriais, cuja metodologia permite uma melhor avaliação da variação dos preços, acaba por limitar a margem de discricionariedade administrativa.

É exatamente por esse motivo que o Tribunal de Contas da União já afirmou ser preferível, sempre que possível, a aplicação de índices setoriais específicos¹¹. Por conta disso, não haverá margem de discricionariedade para o administrador estabelecer o critério de reajuste. O índice deve obrigatoriamente retratar a variação efetiva do custo de produção¹².

Por conseguinte, a margem de discricionariedade na escolha do índice de reajuste de um contrato administrativo somente existe na medida em que o índice escolhido seja o mais capaz de refletir a efetiva variação dos custos dos insumos relacionados ao objeto contratual. Havendo índice setorial ou específico, ele deve ser aplicado para que o contrato seja atualizado corretamente.

Nessa busca pela variação efetiva dos custos, o art. 25, §7º, da Lei nº 14.133/2021 prevê até mesmo a possibilidade de utilização de mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado. Assim, podem ser previstos, por exemplo, índices específicos para insumos diferentes do contrato.

6. CONCLUSÕES

A Lei nº 14.133/2021, ao prever a obrigatoriedade de previsão em todos os contratos de cláusula e índice de reajustamento, estabeleceu, por opção legislativa, um relevante princípio governamental de contratação pública. Dessa forma, é viável solucionar eventual omissão de índice de reajuste, inclusive com o reforço argumentativo da Doutrina Christian.

Nesse contexto, considerando a ausência de completa discricionariedade na escolha do índice de reajustamento, ainda que não haja previsão expressa no contrato, é possível inferir que a escolha daquele que será aplicado depende especificamente da sua capacidade de refletir a variação dos custos. Assim, tratando-se de objeto sobre o qual não há índice setorial ou específico, é viável a adoção de índice geral. É importante, contudo, que haja, assim que possível, aditivo contratual para prever expressamente a aplicação do índice de reajuste.

¹ STJ. REsp n. 744.446/DF, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/4/2008, DJe de 5/5/2008.

² TCU. Acórdão 1105/2008-Plenário, Relator: Benjamin Zymler, j. 11/06/2008, p. 13/06/2008.

³ Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União já possui a Súmula 177: “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão”.

⁴ ALBUQUERQUE, Caio Felipe Caminha de. Contratos administrativos: teoria e prática na nova lei de licitações. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023, p. 49.

⁵ Cf. <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/312/418/53812/> Acesso em: 06 nov. 2022.

⁶ Tradução livre de “*deeply ingrained strand of public procurement policy*”, conforme trecho da decisão G. L. Christian and Associates v. the United States, 312 F.2d 418 (Ct. Cl. 1963).

⁷ A doutrina, contudo, não é aplicável a subcontratados. Como afirmado no caso Energy Labs, Inc. v. Edwards Engineering, Inc., a doutrina Christian foi formulada para ser aplicada na relação jurídica formada diretamente entre o governo e o contratado, tendo este pleno conhecimento da relação. Logo, é razoável cobrar que o contratado tenha conhecimento das normas aplicáveis ao contrato. Por outro lado, no caso da subcontratação, a relação jurídica é formada entre particulares, não entre o subcontratado e o governo, de modo que a aplicação da doutrina para obrigar o subcontratado a ter

conhecimento de normas aplicáveis a outro vínculo jurídico seria injusta.

⁸ Também reforça o argumento um dos itens do entendimento firmado pela Advocacia-Geral da União no Parecer nº 00003/2023/DECOR/CGU/AGU acerca da preclusão lógica envolvendo o reajustamento contratual, que demonstra uma compreensão mais adequada da disponibilidade do direito ao reajuste: IV) Por caracterizar-se o reajuste em sentido estrito como direito de ordem patrimonial e disponível, não há óbice jurídico para que, em tese, seja consumada a renúncia tácita ou a preclusão lógica do seu exercício nos contratos continuados e nos contratos de escopo, desde que cumulativamente: (a) o edital ou contrato preveja expressamente que a concessão do reajuste resta condicionada à solicitação do contratado; (b) que não haja solicitação do reajuste antes da celebração de aditamento de vigência; (c) seja celebrado aditamento para a prorrogação do prazo de vigência do contrato sem qualquer ressalva quanto à ulterior análise pela Administração do reajuste e (d) o edital expressamente preveja que a formalização do aditamento sem a concessão do reajuste, ou ressalva de sua superveniente análise, será considerada como renúncia ou preclusão lógica do direito.

⁹ TCU. Acórdão 7184/2018-Segunda Câmara, Relator: Augusto Nardes, j. 07/08/2018, p. 15/08/2018.

¹⁰ Para maiores explicações, cf.: ALBUQUERQUE, Caio Felipe Caminha de. Contratos administrativos: teoria e prática na nova lei de licitações. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023, p. 138.

¹¹ TCU, Acórdão 2474/2012 – Plenário, Min Rel. Marcos Bemquerer Costa, j. 11/09/2012.

¹² TCU, Acórdão 36/2008 – Plenário, Min. Rel. Raimundo Carneiro, j. 23/01/2008.

Como citar este texto:

ALBUQUERQUE, Caio Felipe Caminha de. Soluções para a ausência de índice de reajuste nos contratos administrativos com a contribuição da Doutrina Christian. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 14 set. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.