

Estudos BRASINFRA

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Lei Federal nº 14.133 de 01 de abril de 2021



Tomo 11

**REEQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO**

03

O QUE MUDOU COM A NOVA LEI?

14



CONCEITOS DE REAJUSTE,
REACTUAÇÃO E REEQUILÍBRIO

14



REAJUSTE

18



REEQUILÍBRIO (REVISÃO)

19



COMO PROMOVER REAJUSTE

23



COMO PROMOVER
REEQUILÍBRIO OU REVISÃO

30



QUAIS OS CUIDADOS COM
OS TERMOS ADITIVOS

34

COMO SOLUCIONAR EVENTUAIS
IMPASSES SOBRE O TEMA

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Um dos pontos cruciais à sobrevivência e à sustentabilidade de um contrato é que sejam **preservadas as condições da proposta inicial**, em valores compatíveis com uma execução saudável do contrato.

Por isso, compreender de que forma se possa pleitear o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos é essencial a todos quanto buscam essa forma de relacionamento.

A Constituição Federal previu, como um dos elementos estruturadores devidos pela Administração Pública, que sejam “mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei” (Art. 37, inc. XXI).

Portanto, constitui-se em dever da Administração Pública e direito dos contratados que o equilíbrio econômico-financeiro seja preservado ao longo de sua fase executória.

Nem se diga que à Administração Pública interessa apenas contratos mais baratos, pois o conceito de **vantajosidade** é muito mais denso e significativo que isso. À Administração Pública interessam contratos executáveis, que possam, ao final, gerar os resultados pretendidos.

Os mecanismos para se alcançar o dito equilíbrio foram aprimorados na nova Lei de Licitação (Lei nº 14.133/21), razão por que merecem este Tomo Especial.

Dada a relevância do tema para o setor, neste Tomo abordaremos discussões importantes sobre reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados tanto à luz da NLLC quanto da legislação anterior, começando pelas principais alterações legislativas.

O QUE MUDOU COM A NOVA LEI?

O primeiro ponto é compreender que a relevância desse tema e as diversas discussões que surgiram ao tempo da lei anterior, nos Tribunais de Contas e no Poder Judiciário, assim como nos diversos normativos editados em todos os níveis de governo, levaram à redação da nova lei.

Nesse sentido, não só editais e contratos poderiam surgir mais bem estruturados e planejados para remediar os possíveis impasses ao longo da execução, como também poderiam ser antevistas as regras de solução que gerassem agilidade no processo de adequação dos valores.

Partamos, então, do que **mudou na NLLC, destacando de início que a nova lei está impulsionando o uso de matriz de risco, inclusive entendendo-a obrigatória em alguns casos.**

Diz o Art. 22, §3º que **“quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado”.**

A NLLC já destaca no §4º do Art. 22 que “nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos”.

Lembramos que obras e serviços de grande vulto são os que superam R\$ 216.081.640,00 (originalmente o valor era de R\$ 200 milhões, valor sujeito a atualizações anuais. A primeira delas foi feita pelo Decreto federal nº 10.922 de 30/12/2021¹. Por isso, atenção para as atualizações ano a ano desse e outros valores da NLLC).

Isso decorre da maior longevidade dos vínculos contratuais (sugerimos ler o Tomo 3) e da tentativa de antever possíveis riscos que podem atingir o contrato. [Acesse aqui.](#)

(<http://brasinfra.com.br/biblioteca/Tomo%2003%20-%20Da%20fase%20preparat%C3%B3ria%20na%20NLLC.pdf>)

Matriz de risco já é algo constante dos contratos de parcerias público-privadas (PPP) desde o início e infelizmente há a chance de se encontrar uma condição contratual assim mais ou menos escrita: “os riscos não alocados expressamente a uma ou às partes serão de responsabilidade da contratada”.

Essa cláusula não pode prosperar porque ela fere a ideia de repartição objetiva de risco. Sugerimos questionar na fase licitatória.

Quando houver cláusula de matriz de risco, por imposição legal ou por escolha da Administração Pública, dela se extrairá a solução para o pedido de reequilíbrio.

Já destacamos no Tomo 3 ser fundamental ter cuidado quando da participação em licitação para se analisar se há a cláusula e como ela está (ou deveria estar) redigida.

Sugerimos verificar se todos os riscos que se pode prever estão contemplados e qual a solução dada. Atenção a riscos de decisões judiciais, alterações legislativas ou regulamentares, aumento do custo, aspectos geológicos, greves, pandemias, endemias, mudanças contratuais.

1 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Decreto/D10922.htm. Acesso em 17/5/2022.

Necessário ver se a cláusula não está conflitante com o Art. 103 da NLLC. Isso porque **algumas situações já foram definidas na lei como risco da Administração Pública e o contrato não pode prever de forma distinta.**

Referimo-nos aos riscos ligados às alterações contratuais unilateralmente promovidas pela Administração Pública e ao aumento ou redução por legislação superveniente dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato (§5º do Art. 103).

A atenção precisa ser redobrada porque a NLLC não determina necessariamente a realização de audiência e consulta públicas e pode ocorrer de existir apenas a fase de impugnação para se questionar a redação da matriz ou o pedido de esclarecimento para aclarar algo.

Por isso, sugerimos atenção redobrada para eventualmente questionar a matriz de riscos na hora mais adequada, que é a fase de impugnação ou pedido de esclarecimento, ou seja, antes de apresentar a proposta ou enviar a documentação, a depender da ordem das fases de habilitação e julgamento de proposta.

Já comentamos sobre a distinção entre essas figuras do pedido de esclarecimento e da impugnação, bem como sobre prazos e cuidados, no Tomo 3. **[Acesse aqui.](#)**

(<http://brasinfra.com.br/biblioteca/Tomo%2003%20-%20Da%20fase%20preparat%C3%B3ria%20na%20NLLC.pdf>)

Atenção:

Deve-se ter todo o cuidado com minutas contratuais que prevejam matriz de risco.

Impugne ou peça esclarecimentos à época da licitação, sem embargo da possibilidade de denúncias ou representações junto ao Tribunal de Contas ou, mesmo, uma ação judicial.

Matrizes de risco mal construídas podem inviabilizar a execução do contrato ou comprometer pedidos de reequilíbrio.

Na sequência, veja o quadro comparativo das normas decorrentes de ambas as leis e o que a nova trouxe:

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
	<p>Art. 6º. Para os fins desta Lei, consideram-se:</p> <p>XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação (...).</p> <p>LVIII - reajustamento em sentido estrito: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais;</p> <p>LIX - repactuação: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.</p>

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
	<p>Art. 22.</p> <p>§2º. O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:</p> <p>I - às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento.</p>
	<p>Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:</p> <p>XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso.</p>
	<p>Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.</p> <p>§1º. A alocação de riscos de que trata o caput deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.</p>

LEI Nº 8.666/93**LEI Nº 14.133/21**

§2º. Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§3º. A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§4º. A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§5º. Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

§6º. Na alocação de que trata o caput deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
	<p>poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.</p>
	<p>Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:</p> <p>§2º. Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.</p>
<p>Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:</p> <p>II - por acordo das partes:</p> <p>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.</p>	<p>Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:</p> <p>II - por acordo entre as partes:</p> <p>d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.</p>

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
<p>§6º. Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.</p>	<p>Art. 130. Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.</p>
	<p>Art. 131. A extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório.</p> <p>Parágrafo único. O pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação nos termos do art. 107 desta Lei.</p>
	<p>Art. 133. Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:</p> <p>I - para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior.</p>
	<p>Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada.</p>

LEI Nº 8.666/93**LEI Nº 14.133/21**

Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

§2º. O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses:

- II - suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses;
- III - repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;
- IV - atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

§3º. As hipóteses de extinção a que se referem os incisos II, III e IV do §2º deste artigo observarão as seguintes disposições:

- II - assegurarão ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na forma da alínea "d" do inciso II do caput do art. 124 desta Lei.

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
	<p>Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.</p> <p>Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.</p>
<p>Art. 57.</p> <p>§1º. Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:</p> <ul style="list-style-type: none"> I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração; II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; 	

LEI Nº 8.666/93	LEI Nº 14.133/21
<p>IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;</p> <p>V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;</p> <p>VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.</p>	
<p>Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:</p> <p>§2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual</p>	

O quadro acima deixa bastante visível como o tratamento do tema mudou na perspectiva da NLLC.

CONCEITOS DE REAJUSTE, REPACTUAÇÃO E REEQUILÍBRIO

A lei trouxe conceitos, inclusive nacionalizando alguns que existiam em normativos federais.

É importante que se entendam os reais sentidos das expressões utilizadas no texto legal para não os confundir.

Por isso, sugerimos atenção quando da utilização desses conceitos, a fim de evitar que pedidos sejam indeferidos por impropriedade técnica.

Desses vamos dar destaque a alguns deles, a saber:

REAJUSTE

Começando pela expressão “reajuste”, que pode ser entendida em duplo sentido:

- a) pertencendo ao mesmo gênero de **reajuste em sentido amplo**, existem o **reajustamento em sentido estrito** e a repactuação, cujo objetivo comum é repor o poder aquisitivo da moeda e restabelecer o vigor da proposta inicial.

Em alguns contratos haverá repactuação. São os contratos de fornecimento de mão de obra.

Na maioria dos contratos, inclusive os de obra, fala-se em reajustamento em sentido estrito.

O reajustamento em sentido estrito é a *“aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais”* (Art. 6º, inc. LVIII) e a segunda hipótese consiste na *“análise da variação dos custos contratuais (...) para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra”* (Art. 6º, inc. LIX), essa última nos casos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância dessa.

Para esses casos o edital e o contrato deverão prever quais serão os índices e mecanismos que serão usados para se realizar o reajuste.

O objetivo é que realmente a previsão ocorra, por se tratar de um dever da Administração Pública.

Caso se esteja diante de um edital ou contrato que não tenha feito essa previsão, o caminho correto é questionar a Administração Pública na fase da disputa (ou da contratação direta), por impugnação ou pedido de esclarecimentos, para que os instrumentos referidos passem a conter a previsão.

Todos os contratos devem prever cláusula de reajuste, por ser imposição legal (vide Art. 89, §2º c/c Art. 92, inc. V).

No caso dos contratos de obra, que por natureza são contratos de escopo, sujeitos à prorrogação automática até que o escopo se ultime (Art. 111), independentemente de qual tenha sido o prazo inicialmente previsto de duração, é fundamental que a cláusula de reajuste já esteja prevista, a fim de que opere seus efeitos no momento adequado.

O mesmo raciocínio vale para os contratos de supervisão dessas obras, já que acompanham a temporalidade do contrato a que são acessórios.

Mais uma vez advertimos para que, caso não conste do edital ou minuta do contrato na fase do processo licitatório, seja a Administração Pública questionada a respeito (por impugnação ou pedido de esclarecimento, para que o conserto seja produzido).

A ausência de previsão do reajuste dificulta a dinâmica dos contratados, pois será necessário ainda discutir o tema, via termo aditivo, com riscos a teses contrárias ao seu deferimento (veja as advertências mais adiante).

Também importa lembrar que a NLLC previu prorrogação automática da vigência do contrato nos casos de:

(i) atraso no cumprimento, como se vê no Art. 115, §5º (“em caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, anotadas tais circunstâncias mediante simples apostila”); e

(ii) não conclusão no prazo para os contratos de escopo, como se vê no Art. 111 (“na contratação que previr a conclusão de escopo predefinido, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato”, embora a Administração Pública possa optar pela extinção se o atraso decorrer de culpa do contratado).

Operando-se os cálculos decorrentes da aplicação desses instrumentos, é possível que o valor reajustado do contrato seja admitido por mero apostilamento, sem a necessidade de as partes firmarem aditivo contratual para a sua plena vigência (Art. 136, inc. I).

Importa lembrar, ainda, que o reajustamento levará em conta a **data da orçamentação pela Administração Pública**, nos termos do Art. 25, §7º da NLLC, ou seja, *"independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos"*.

A regra está retratada, também, no Art. 92, §3º da mesma lei, ou seja, *"independentemente do prazo de duração, o contrato deverá conter cláusula que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado (...)"*.

Nos casos de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, a repactuação levará em conta a variação dos custos contratuais em duplo sentido: *"com data vinculada à da apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado"* (Art. 135, inc. I) e *"com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra"* (Art. 135, inc. II).

Por outro lado, cabe à Administração Pública utilizar orçamentos atualizados.

A Administração Pública deve abster-se de utilizar pesquisa de preços defasadas em suas licitações, de modo a que o orçamento estimativo reflita, de fato, os preços praticados no mercado à época do certame.

Para que um orçamento realmente cumpra a sua função de estimar uma média de valor de produto ou serviço, as fontes pesquisadas devem ser atuais, isto é, devem representar o valor vigente de mercado no momento da sua elaboração.

Nesse sentido, entende o TCU:

Com efeito, é oportuno determinar ao órgão que, doravante, abstenha-se de utilizar pesquisa de preços defasadas em suas licitações, de modo a que o orçamento estimativo reflita, de fato, os preços praticados no mercado à época do certame².

2 UNIÃO, Tribunal de Contas. Acórdão nº 1.462/2010. Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa.

O TCU orienta que:

Entre as principais causas para deficiências no processo de formação de preços, citam-se os projetos incompletos, defasados e/ou deficientes e o uso inadequado de referências de preços ou, ainda, a própria deficiência do sistema referencial utilizado. (...)

Os valores orçados tornam-se defasados ao longo do tempo. Tal fato ocorre tanto em função da perda do poder aquisitivo da moeda (inflação), quanto em função de flutuações de preços dos insumos, alterações tributárias, evolução dos métodos construtivos, bem como diferentes cenários financeiros e gerenciais, que limitam no tempo a validade e a precisão de um orçamento.

Em regra, quanto mais tempo transcorrer após a elaboração do orçamento, menor será a sua precisão na estimativa do custo efetivo da obra. Assim, o orçamento tem sua validade associada a uma determinada data-base. O decurso do tempo pode exigir a incorporação de novos parâmetros e a necessidade de realizar ajustes financeiros³.

Além disso, importa lembrar que a adoção de planilha orçamentária defasada é uma condição indevidamente limitadora da competitividade, uma vez que resulta na restrição à participação de empresas cujas propostas não se enquadram ao orçamento defasado e, além disso, a contratação por valores inexequíveis que iriam gerar aditivos contratuais ou até mesmo a inexecução da obra.

Nesse sentido, em caso análogo, entendeu o TCU por:

*9.4. determinar, nos termos do art. 45 da Lei n.º 8.443, de 1992, e do art. 250, II, do RITCU, que, no dispêndio de recursos federais, o **Município de Vilhena - RO abstenha-se de incorrer nas seguintes falhas: (...)***

9.4.3. deficiência nos preços indicados nos projetos básicos das Concorrências 1/2018/CPLMO e 2/2018/CPLMO, em face de os orçamentos estimativos nos aludidos projetos fazerem referência a dezembro de 2016, a despeito de os referidos certames terem sido lançados em março de 2018, com a defasagem de preço superior, assim, a quinze meses, em afronta ao art. 6º, IX, da Lei 8.666, de 1993;

9.4.4. utilização de orçamento estimativo com data de referência superior a doze meses, inviabilizando a correta avaliação do custo real das obras por parte da administração pública.⁴

³ UNÃO, Tribunal de Contas. Orientações para elaboração de planilhas orçamentárias de obras públicas / Tribunal de Contas da União, Coordenação-Geral de Controle. Externo da Área de Infraestrutura e da Região Sudeste. Brasília: TCU, 2014, p. 8 e 19.

⁴ UNIÃO, Tribunal de Contas. Acórdão nº 1398/2018. Plenário, Relator Ministro André de Carvalho.

Por último, convém destacar que, para os casos em que, por alguma razão, não houve previsão na minuta contratual do reajuste e seus índices respectivos, é possível demandar o ajuste via termo aditivo, o que se recomenda seja feito.

REEQUILÍBRIO (REVISÃO)

O reequilíbrio tem outra perspectiva e, por isso, merece um tratamento diferenciado.

Entenda-se:

b) embora não objeto de conceituação na lei no Art. 6º (dispositivo especialmente voltado às conceituações), mas também presente na NLLC (Art. 124, inc. II, alínea “d”, com semelhanças à previsão da lei anterior), está o **reequilíbrio econômico-financeiro** que não é alcançado pelo reajuste, mas interligado a circunstâncias outras, ou seja, *“força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato”*.

Dentre as causas de reequilíbrio econômico-financeiro estará, por exemplo, a insuficiência do reajuste para alcançar todas as alterações fáticas que impactaram o contrato.

Para esses casos será necessário proceder-se a uma **fase de apuração dos fatos geradores e sua repercussão sobre o contrato**, com a comprovação fática e técnica da ocorrência e do valor atribuível, fazendo constar os novos valores em aditivo contratual firmado entre as partes.

Embora a NLLC não pudesse tecer todos os detalhes de como se dá a procedimentalização dessa discussão (o que competirá aos normativos infralegais e nas diferentes esferas), o fato é que trouxe uma série de regras importantes que já conferem alguma padronagem a essas discussões.

O reequilíbrio exige uma fase procedimental administrativa e eventual alteração de valores a partir de termos aditivos ao contrato.

Têm aumentado as previsões normativas, expedidas por cada órgão, de como se realizam esses processos administrativos de reequilíbrio, pelo que é útil ao interessado conhecer, além do que previsto no próprio contrato, quais normativos se aplicariam no caso concreto.

Nem todos esses normativos têm sido editados sob bases jurídicas e técnicas válidas, sendo prudente cogitar de questioná-los.

Mais adiante este Tomo trará como se deve proceder para conseguir o reequilíbrio.

De antemão, importa destacar que o reequilíbrio pode ser proposto pela própria Administração ou ter, conforme edital e contrato, periodicidades de revisões chamadas de **ordinárias**. Ou, então, o pedido poderá ser feito **a qualquer tempo** pelo contratado, atentando-se para os requisitos necessários ao seu deferimento.

Em qualquer hipótese sugerimos especial atenção às condições de formulação do pedido, evitando-se que, por defeitos de forma, o pedido venha a ser indeferido ou retardado o seu deferimento.

COMO PROMOVER REAJUSTE

Para os casos em que o reajuste em sentido estrito está claramente definido em edital e contrato, ele poderá ser objeto de mera apostila (Art. 136, inc. I), como ocorria na lei anterior (Art. 65, §3º).

Ao contratado é lícito, portanto, já emitir as notas fiscais, a partir do 13º mês, sob a égide dos novos valores nos contratos firmados com base nessas duas leis.

Mas a empresa deve avaliar se a medida é, de fato, conveniente do ponto de vista relacional e, sobretudo, se o contrato não tem cláusula que bloquearia tal medida, exigindo que se realize um pedido expresso.

Destacamos que não se pode deixar de exigir o reajuste porque o entendimento dominante, ainda que não o mais adequado à luz do direito à manutenção das condições da proposta assegurada pela Constituição da República, é o de que não demandar o reajuste significa a ele renunciar.

Logo, **postular o reajuste/emitir as notas (ver acima o que já foi explicado) a tempo e a modo é crucial.** Por vezes as empresas não fazem os pedidos entendendo que podem apresentá-lo depois. Isso é um erro.

Atenção ainda, no que tange aos contratos celebrados à luz da lei anterior (nº 8.666/93), para os quais não há a previsão de índice específico, a casos em que se formulou pedido de reajuste e está a se celebrar termo aditivo para outra finalidade (exemplo: alteração contratual).

Não aconselhamos celebrar termo aditivo sem já resolver o reajuste.

Se houver resistência da Administração para já resolver o reajuste no mesmo termo aditivo, no mínimo há de se incluir cláusula dizendo que a empresa não está renunciando ao reajuste postulado.

Muitas vezes a Administração Pública é resistente a que essa ressalva esteja no corpo do termo aditivo (que é a solução ideal). Se, após as tratativas, essa inclusão ainda se mostrar inviável, é recomendável que, no mesmo momento da apresentação do termo aditivo assinado, a empresa seja categórica que a assinatura não comporta qualquer nível de renúncia, desistência ou aquiescência com o não fornecimento ou tratativa do reajuste (ou do reequilíbrio), mantendo-se a pretensão desse.

Essa manifestação contemporânea deve se dar de forma a que, se necessário for no futuro, a empresa tenha como comprovar sua manifestação, razão por que recomendamos que a empresa adote um desses comportamentos, ao menos:

- a) protocolo das vias assinadas do termo aditivo, através de autenticação mecânica, digital ou física, acompanhada de ofício informando que a entrega das minutas nesses termos não comporta renúncia, desistência ou preclusão do direito ao reajuste (ou reequilíbrio, conforme o caso), guardando a empresa referido comprovante de protocolo;
- b) e-mail narrando a discordância retrorreferida (preferencialmente no corpo do e-mail), contemporânea à entrega das referidas minutas;
- c) remessa das vias assinadas do termo aditivo, por carta com AR, acompanhada do ofício acima referido;
- d) notificação extrajudicial cartorária de similar conteúdo.

Sugerimos atentar-se para a contemporaneidade dessa objeção, ou seja, ela tem de se dar juntamente com a entrega das minutas.

Outras observações necessárias:

a) se o reajuste não for, de fato, realizado, a empresa deve considerar judicializar o tema, especialmente porque não o fazer também pode ser visto negativamente, como renúncia tácita, mesmo que se trate de entendimento equivocado;

b) essas ações judiciais devem ser propostas em, no máximo, cinco anos, sob pena de prescrição.

Importa destacar que a BRASINFRA não coaduna com os posicionamentos de que haveria renúncia tácita ou preclusão por parte dos contratados, quando eventual termo aditivo não resolve, de pronto, pedidos de reequilíbrio ou reajuste.

A uma, porque a legislação indica que a Administração Pública tem 5 anos para tomar as ações necessárias em situações como essa (a exemplo do Art. 54 da Lei federal nº 8.987/95 e Art. 1º do Decreto federal nº 20.910/32).

A duas, porque a preclusão não é aplicável no não reclamo de direitos aos próprios servidores públicos, nem mesmo com o advento de sua aposentadoria, não sendo o caso de se criar interpretações distintas quanto ao fluxo do tempo.

A três, porque há interesse público no real equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos, que vão propiciar que esses sejam efetivamente cumpridos e, assim, alcançados os bens jurídicos que por eles são tutelados.

Nesse sentido, é através da execução desses contratos que se viabilizam serviços públicos essenciais, se propicia à população em geral o acesso a direitos fundamentais e se viabilizam políticas públicas.

A quatro, porque isso importaria enriquecimento ilícito do Estado, o que é vedado possa ocorrer.

Nesses sentidos está, por exemplo, o posicionamento da AGU, como se vê no Parecer nº 00002/2018/CPLC/PGF/AGU :

“a) a assinatura de termo aditivo de prorrogação não implicará a preclusão da faculdade de requerer a revisão dos preços contratados com fundamento no art. 65, §5º, da lei nº 8.666/1992;

b) enquanto não prescritos os créditos contra a fazenda pública, a apreensão da empresa poderá ser reconhecida pela administração;

5 Disponível em <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN000022018CPLCDEPCONSUPGFAGU.pdf>. Consulta em 24/2/2022.

c) eventual renúncia ao direito à revisão deverá ser formalizada por comunicação do contratado ou, preferencialmente, por termo aditivo, no qual reste clara a expressa e específica manifestação de vontade da contratada;

d) ressalvadas razões de ordem técnica em contrário, não é recomendável a previsão de prazo para a contratada requerer a revisão dos preços do contrato administrativo fundada no art. 65, §5º, da lei nº 8.666/93”.

Apesar dessa discordância, é recomendável evitar o debate e já proceder à assinatura do termo aditivo que contenha todos os itens indispensáveis.

Para os casos de repactuação, deverá o contratado apresentar à Administração Pública os instrumentos com novos valores (acordos, convenções ou termos coletivos das categorias envolvidas), juntamente com os cálculos que apontem quais seriam os novos valores a praticar, cabendo à Administração Pública proceder à conferência e à aplicação dos novos valores por apostila ou termo aditivo (pelo primeiro, nos casos da NLLC, conforme previsão da parte final do inc. I do Art. 136; pelo segundo, nos casos da lei anterior).

Os Tribunais de Contas indicam a necessidade de que se avalie se na repactuação não ocorrerá bis in idem em relação ao reajuste em alguns casos específicos, o que a avaliação da Administração Pública poderá afastar. Chancelada que seja a repactuação, será objeto de mero apostilamento na NLLC.

Atenção: a NLLC determinou que a Administração Pública deve prever no contrato o prazo para responder a pleitos de reajuste, repactuação ou reequilíbrio (e deve o contratado cobrar que a resposta ocorra no prazo previsto).

Nesse sentido estão, por exemplo, os Arts. 92, incs. X e XI (6), §6º (7), sugerindo-se que, caso a minuta do edital não traga essa previsão, seja objeto de pedido de esclarecimentos na fase própria.

Sugerimos que esse cuidado seja tomado também em relação a contratos derivados de outras leis. Mais adiante voltamos a essa reflexão.

6 Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso; XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso.

7 §6º. Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento da documentação prevista no §6º do art. 135 desta Lei.

COMO PROMOVER REEQUILÍBRIO OU REVISÃO

Já o reequilíbrio econômico-financeiro terá sistemática distinta: seja por iniciativa da própria Administração Pública, seja por iniciativa do contratado, será necessária uma **fase procedimental administrativa de apuração** do fato gerador, da causalidade desse para o desequilíbrio e os valores respectivos.

Como já dissemos acima, cada órgão tende a possuir o seu próprio normativo de procedimentalização desse reequilíbrio, para além das regras que estiverem dispostas na NLLC, no edital e no contrato. Esses instrumentos deverão ser verificados no caso concreto.

Algumas sugestões são feitas nesse enfrentamento:

a) é possível que o normativo do órgão preveja a necessidade de alguma temporalidade, sistema de gatilhos ou condições para que os pedidos sejam feitos, o que deverá ser objeto de atenção do requerente (e, se necessário, a defesa da incongruência da exigência feita). Isso deve estar claro no contrato e, novamente, sugerimos atenção para, se necessário for, impugnar ou pedir esclarecimentos na fase licitatória;

b) aconselha-se que todos os pedidos sejam acompanhados de uma defesa técnica e de documentação comprobatória dos valores pretendidos, priorizando-se fontes confiáveis e/ou oficiais de preços e que melhor expressem a realidade de mercado;

c) aconselha-se que todos os pedidos sejam construídos com argumentações apropriadas, técnica e faticamente, evitando-se arguições genéricas e obscuras, se está utilizando a legislação de suporte adequada, que forcem a realização de diligências, postergação de análises ou indeferimentos;

d) na avaliação se está utilizando a legislação de suporte adequada, sugerimos atentar que, para os pedidos de reequilíbrio formulados **perante empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como suas subsidiárias**, a legislação aplicável é a Lei federal nº 13.303/16 , acompanhada dos regulamentos emitidos por essas mesmas entidades.

A fundamentação dos pedidos de reequilíbrio, nesses casos, com base na Lei nº 8.666/93 ou na NLLC, assim como em doutrina e jurisprudência construídos sob a égide e o império dessas, pode prejudicar ou inviabilizar o sucesso do pleito.

Da mesma forma, deve-se ter especial atenção quando o contrato foi firmado com matriz de riscos (**obrigatório no caso de contratos celebrados com estatais mas nem sempre obrigatório na Lei 14.133/21. Para saber sobre matriz de risco na Lei 14.133/21, consulte o Tomo 03. [Acesse aqui](#)**), devendo-se avaliar se nessa há algo que impeça ou afete o pleito pretendido;

<http://brasinfra.com.br/biblioteca/Tomo%2003%20-%20Da%20fase%20preparat%C3%B3ria%20na%20NLLC.pdf>

e) aconselha-se que todos os pedidos sejam documentados durante a execução do contrato e sejam mantidos reiterados, inclusive nos casos em que, por outras razões, se tenha de firmar termos aditivos (no caso da firmação desses, expressa ressalva que afaste posterior alegação de preclusão sobre o tema);

f) aconselha-se que todos os pedidos e comunicações com o órgão contratante sejam formais e realizados pelas vias próprias, inclusive nos casos em que o tema for objeto de reuniões (das quais deverá haver ata respectiva).

Importa lembrar, também, que alguns pontos cruciais à fase da execução contratual devem estar definidos desde o processo licitatório, não só em razão do que consta do edital, mas também do que resulta da fase de pedidos de esclarecimentos e impugnações.

Como dito em Tomos anteriores, a exemplo dos Tomos 4 e 5, naquilo em que o edital não contiver regras claras, convém atentar para a fase de esclarecimentos, já que as respostas dadas pela Administração Pública são vinculantes e imperativas. E, como temos ressaltado, serão importantes para evitar discussões e problemas futuros.

Portanto, sugerimos especial atenção ao ato de questionar pontos relevantes à fase executória, tais como:

a) qual o índice (ou os índices ou fórmula paramétrica) que será utilizado para fins de reajuste;

b) como se procederá à revisão da proposta comercial sobre as diferenças de preço havidas entre a data da orçamentação e a data da apresentação da proposta;

c) como se calculam os reajustes: se a partir da data da orçamentação ou outra;

d) se é possível o reajuste dos valores no ato da assinatura do contrato, considerando o interstício havido entre a orçamentação e a proposta, ou entre a proposta e a assinatura do contrato, ou entre a orçamentação e a assinatura do contrato, ou entre qualquer desses intervalos e o efetivo início da prestação do serviço ou execução do cronograma, se entre esses instantes tiver ocorrido espaço de tempo superior a 12 meses;

e) qual o prazo de resposta, pela Administração Pública, dos pedidos de reajuste, repactuação ou reequilíbrio, de forma que ela esteja “em mora” quando não realizar a solução nesse prazo e se, no silêncio, ocorre deferimento tácito;

f) quais os procedimentos, normativos e requisitos de necessário cumprimento pelo contratado ao requerer reajuste, repactuação ou reequilíbrio, evitando-se indeferimentos em razão do desatendimento desses; dentre outros questionamentos importantes.

Ainda, importa considerar que o orçamento proposto pela Administração Pública deve ser o mais atualizado possível, evitando-se que as propostas comerciais tenham de ser apresentadas em consideração a orçamentos já defasados, especialmente quando os processos de reajuste e revisão não estão garantidos de atualização a partir da data em que o orçamento foi feito.

Não raras vezes a Administração Pública tem ciência da defasagem do orçamento que utiliza, com algum beneplácito dos órgãos de controle, forçando a ocorrência da licitação mesmo assim.

Mas, se essa ocorrência imperar, é dever que proceda à atualização dos valores pelos mecanismos certos e respeitando todo o período desde a orçamentação originária na reforma do preço, porque:

a) não pode haver enriquecimento ilícito da Administração Pública, autorizando que essa contrate mais por menos, em desrespeito ao preço de mercado e ao direito dos contratados de serem remunerados com justiça pelo produto ou serviço que fornecem;

b) a atitude de gerar ao mercado um consciente ou claro prejuízo financeiro afeta a competitividade das propostas e a busca da contratação mais eficiente, ferindo-se princípios legais e constitucionais;

c) pode significar o esvaziamento do mercado de competidores sérios e aptos à prestação do bem ou do serviço, comprometendo o intento de bem adquirir, o que também atenta contra o princípio constitucional da eficiência.

Por isso, necessário que os orçamentos sejam construídos sobre bases sólidas, justas e atualizadas, sendo indispensável que os competidores a isso se atentem no curso do processo licitatório, insurgindo-se contra as situações em que isso se mostra sacrificado.

Integra o universo de preocupações que os licitantes devem possuir o de que o orçamento dado pela Administração Pública seja o mais atualizado possível e que sejam claras as regras para sua constante atualização, bem como de que forma o reequilíbrio será efetivado e garantido quando chegar a hora.

Quanto mais essas regras são antepostas e claramente definidas, menor será o espaço de litigiosidade entre contratante e contratado na relação futura, assim como menor os riscos de inexecução ou ineficiência que comprometam a obtenção do resultado pretendido.

A NLLC, ao estipular como busca razoável o aumento do espectro de matrizes de risco nos contratos públicos, visou exatamente a que se anteviesse o maior número possível de sequelas e mazelas contratuais, com soluções preestabelecidas que diminuam os espaços de conflito.

Importa destacar, ainda, que alguns itens contratados (sejam insumos de um serviço ou obra) costumam sofrer específicas e contínuas alterações de valor, a exigir que a Administração Pública tenha, sobre esses, um olhar especial.

Nesse sentido, é possível visualizar duas possibilidades concretas:

a) de um lado, a insatisfatoriedade de uma fórmula de reajuste, que deveria ser mais englobante para itens que possuem índices próprios e podem ser por essa incluídos;

b) de outro lado, a recorrência de itens que melhor se condicionam ao conceito de reequilíbrio, mas que podem possuir um sistema simplificado de concessão, como acontece, por exemplo, com os itens betuminosos, derivados de petróleo, aço e concreto, cujo dinamismo da alteração dos preços e recorrência dos aumentos pontuais (fora de uma temporalidade de 12 meses como o reajuste ou de imprevisibilidade pura como o reequilíbrio) permitem que sobre esses se debruce a Administração Pública de uma forma mais simplificada. Muitos desses, inclusive, possuem impacto significativo sobre o preço da proposta comercial, com influência expressiva sobre a sustentabilidade do próprio contrato.

Portanto, é possível criarem-se desenhos específicos (por alguns denominados de “realinhamento de preços”) para essas situações recorrentes do universo de serviços e obras de engenharia.

De igual forma, podem ser objeto de questionamento na fase própria do processo licitatório.

O objetivo, ao final, é fazer com que o reequilíbrio seja a retomada do preço “tal como pactuado”, como assim posto no Art. 124, inc. II, alínea “d” da NLLC.

Nesse ponto, algumas considerações especiais podem ser feitas, a saber:

a) a Lei do Plano Real, ainda vigente (Lei federal nº 9.069/95), estabelece em seu Art. 28 que os contratos celebrados com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados terão sua periodicidade de aplicação **como anual**. Ao mesmo tempo prevê, em seu §5º, que o Poder Executivo poderá **reduzir a periodicidade**.

Historicamente, no entanto, tem se mantido a periodicidade anual para os reajustes, mesmo que presentes e fundadas as discussões de que essa periodicidade, no caso concreto, pode significar (e muitas vezes significa) a impossibilidade de uma execução saudável, especialmente em tempos de inflação galopante e de aumentos repetidos e constantes de alguns insumos expressivos (inclusive para os setores da engenharia, como acontece, por exemplo, com combustível e outros derivados de petróleo, aço e cimento).

Para além das discussões de modificação do texto legal ou regulamentação do Executivo de temporalidades menores, o que não for possível abarcar em uma fórmula paramétrica mais equitativa de reajuste, restará ser levado às discussões de reequilíbrio.

b) Nessas, no entanto, sugere-se dividir as discussões em dois universos: de um lado, os insumos que corriqueiramente têm alteração de preços que afetam a saúde dos contratos (como é o caso dos exemplos trazidos acima, dos derivados de petróleo, cimento, aço e outros componentes que possuem índices oficiais ou estabelecidos por instituições renomadas). De outro lado, porque necessário sopesar as circunstâncias à luz da teoria da imprevisão, o procedimento ordinário de discussão dos itens.

Para o primeiro grupo, portanto, um procedimento de reequilíbrio simplificado é possível, haja vista que a afetação desses insumos sobre o valor original da proposta se dá de maneira bastante uniforme a distintos contratados, podendo a Administração Pública simplificar tanto os pedidos quanto as concessões.

Alguns exemplos de aplicação simplificada têm se espalhado pelo país, em parte denominados como “realinhamento de preços”, à falta de uma terminologia posta pela lei ou unificada pela doutrina especializada.

O sentido é, de fato, agilizar os procedimentos de concessão (ou ao menos não os represar, como tem acontecido) e evitar que o tempo de tramitação desses signifique um novo desequilíbrio contratual ou, até mesmo, a incapacidade de o contrato (ou o próprio contratado) se sustentar.

Não é de hoje que o setor de infraestrutura vem clamando em face das demoras reiteradas da Administração Pública em avaliar e conceder os pedidos de reequilíbrio.

O período pandêmico, por exemplo, serviu de exemplo da contínua e endêmica demora nessa análise: ao final de 2 anos do período, inúmeros pleitos de reequilíbrio ainda não foram solucionados. Essa demora, como se sabe, é perniciososa.

Afinal, o interesse da Administração Pública é viabilizar a efetiva ocorrência dos resultados pretendidos com os contratos e não simplesmente pagar menos por esses.

Como vimos dizendo em Tomos anteriores, o objetivo é ter propostas e contratos **vantajosos** e no conceito de vantajosidade está a própria ideia de eficiência (exigida da Administração Pública pela Constituição Federal).

Por isso, para esses insumos de aumento recorrente e impactante sobre a saúde dos contratos e a resiliência financeira dos contratados, é possível projetar-se um procedimento simplificado de concessão.

Essa simplificação procedimental se mostra absolutamente condizente com os ditames legais, a exemplo do que ocorre com a LINDB⁹.

Afinal, o objetivo da negociação a ser engendrada com a Administração Pública é trazer soluções proporcionais, equânimes, eficientes e compatíveis com os interesses gerais (Art. 26, §1º, inc. I).

Além disso, encontrar soluções que corretamente avaliem as consequências práticas do decidir (inclusive de sopesar a demora nas concessões de reequilíbrio e seu efeito prático, bem como as soluções alternativas possíveis) (Arts. 20 e 21).

Portanto, é perfeitamente possível que os órgãos criem procedimentos simplificados de reequilíbrio para componentes corriqueiramente impactantes do equilíbrio e que ocorrem em temporalidades inferiores aos 12 meses previstos para reajuste e que sacrificam os contratados e a viabilidade dos resultados pretendidos.

9 LINDB é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e que orienta todas as normas jurídicas brasileiras. Trata-se do Decreto-Lei nº 4.657 de 4/9/1942, recepcionado pela Constituição Federal de 1988. A norma sofreu uma importante alteração em 2018, pela Lei federal nº 13.655, que trouxe novos dispositivos (Arts. 20 a 30), que impactaram fortemente nas atividades administrativa, judicial e de controle, devendo ser acatadas as inclusões em toda e qualquer decisão proferida nessas esferas. O texto está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 17/5/2022.

Já não é de hoje que doutrina e jurisprudência acolhem, sem maiores traumas, a importância da **distribuição do ônus do tempo dos processos**, princípio que garantiu, ao longo dos anos, a criação de ferramentas e institutos jurídicos capazes de equalizar essa distribuição na realidade.

Isso, inclusive, como clamor de justiça. Afinal, a que tarda, falha.

Nesse sentido, por exemplo, a reforma realizada no Código de Processo Civil em 1994, instituindo o que hoje amplamente se conhece como “tutela antecipada” nos processos judiciais.

No mesmo sentido estão outros tipos de tutela enumerados no Código de Processo Civil atual (2005) e legislações extravagantes que reconheceram, claramente, que o compasso de espera por soluções é causa de novos traumas e impactos, devendo ser equalizado entre as partes, para que exista equilíbrio e desnecessidade de contínuas e repetidas compensações ou indenizações.

Tanto é assim que o tempo de duração razoável do processo foi erigido a princípio constitucional e direito fundamental, como se vê na Constituição Federal no Art. 5º, inc. LXXXVIII, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Em alguns casos históricos, a mera espera pode significar a morte dos direitos ou das possibilidades de sobrevivência das partes e dos objetos. Essa mesma consequência da espera infinita se dá nas obras e serviços de engenharia.

Por diversas vezes o TCU já relatou os prejuízos ao erário e à obtenção de eficiência causados pela paralisação de obras públicas, muitas delas tornadas irrecuperáveis ou desvantajosas faticamente, dado o grau de reestruturação que requerem quando da retomada de sua execução.

De igual modo, o encarecimento das obras e serviços de engenharia nos processos de retomada, muitos afetados por processos de invasão, desgaste dos materiais, ausência de atividades de manutenção e recuperação tempestivas, dentre outros fatores gravosos.

Com efeito, soluções tempestivas que visem a remediar os riscos reais e conhecidos da postergação sine die dos reequilíbrios convêm serem meditadas e estão previstas na legislação (sobretudo a LINDB) e acatadas pela experiência normativa e jurisprudencial de distribuição do ônus do tempo dos processos.

Por esse motivo, a implementação de procedimentos simplificados de reequilíbrio para esses casos se mostra condizente e bem-vinda.

Nesse viés está, inclusive, a redação da NLLC, como se vê nos Arts. 151 e 153, que prestigiam a utilização de meios alternativos de **prevenção e resolução de controvérsias**, onde a previsão desse procedimento simplificado se amolda.

QUAIS OS CUIDADOS COM OS TERMOS ADITIVOS

Para além dos cuidados listados no item anterior, é importante que com os termos aditivos se tenham os seguintes cuidados:

a) como o reequilíbrio será, necessariamente, objeto de termo aditivo contratual, e como é possível que as partes tenham outros temas a discutir também por esse meio ao mesmo tempo (por exemplo, prorrogação de prazo, modificação de cronograma, alteração qualitativa ou quantitativa, bem como alteração de outras regras contratuais), é necessário que, **ao assinar um termo aditivo por outras razões, não se corra o risco de prejudicar ou afetar a discussão do reequilíbrio, provocando a interpretação de ter havido preclusão e renúncia tácita aos respectivos valores.** Essa mesma observação foi realizada acima quando falamos de reajuste.

Vale lembrar que a BRASINFRA discorda do argumento de que poderia haver preclusão ou renúncia tácita na hipótese de termos aditivos **que não abordassem alteração de valores por meio de reajuste, realinhamento ou reequilíbrio.** Contudo, para evitar debates e atropelos, mantém-se a recomendação de que os termos aditivos já tratem desses assuntos sem postergação.

Se, contudo, isso se mostrar inviável por alguma razão, mantém-se a recomendação do **cuidado de que a celebração de aditivo contratual por outra temática receba a ressalva de que sua assinatura não impede o seguimento das discussões das partes sobre o reequilíbrio.**

Aconselha-se que a ressalva esteja literal no próprio termo aditivo (integrando seus “considerandos” ou suas cláusulas) ou, se isso se mostrar inviável junto ao órgão, seja concomitante a esse e sempre de forma expressa e escrita (e-mail, ofício etc, vide recomendações anteriores).

Convém registrar, no entanto, que **a recomendação principal nesses casos é que um mesmo termo aditivo já comporte todas as discussões necessárias, não se postergando a temática do reequilíbrio.**

Afinal de contas, foi essa a própria dicção da NLLC e que veio para evitar as postergações provocadas pela Administração Pública, como se vê na orientação do Art. 130.

b) A NLLC deixou o espaço à regulamentação pelo órgão contratante para situações como essa e, por isso, importa consultar as regras que serão aplicadas em cada caso concreto.

Em que pese seja questionável que o ente público crie regras inovadoras e restritivas após a publicação do processo licitatório, é indispensável que se acompanhe a produção normativa do órgão que, se necessário for, seja questionada antes de ter de se submeter aos seus termos.

c) considerando que o reequilíbrio exige uma fase administrativa de comprovação e negociação até que se efetive em termo aditivo, indispensável que a solicitação de sua concessão não seja retardada imotivadamente, otimizando-se o tempo.

d) embora o encerramento do contrato não inviabilize a ocorrência de discussões sobre o seu equilíbrio, o pedido respectivo sugere-se ocorra sempre no prazo de sua vigência.

No caso dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos, sujeitos a prorrogações sucessivas, a NLLC determinou que o pedido seja realizado antes dessas prorrogações, como se vê nos Arts. 131, parágrafo único c/c 107.

e) em que pese possam os pedidos de reequilíbrio ser feitos a qualquer tempo, não sendo obrigatório aguardar os prazos de revisão ordinária dos contratos, convém atentar para as previsões editalícias, contratuais e normativas das temporalidades apontadas, evitando-se que por razões formais ocorra indeferimentos;

f) caso o edital e o contrato (ou até mesmo os normativos do órgão) não prevejam quanto tempo tem a Administração Pública para responder aos pedidos de reequilíbrio, convém seja o fato objeto de pedido de esclarecimentos ao tempo da licitação e se já ultrapassada essa fase o questionamento formal e por escrito que trate dessa mora e suas eventuais consequências. É possível, inclusive, que esse prazo passe a constar do contrato no próximo termo aditivo confeccionado, o que se sugere buscar.

g) nos casos em que o edital previr uma matriz de riscos, é necessário ter muita atenção se a Administração Pública não alocou ao contratado os riscos de elevação dos insumos e custos envolvidos.

Assim ocorrendo, sugere-se questionar a previsão e produzir o equilíbrio das regras ainda na fase licitatória (ou da contratação direta).

Como dito, não é mais obrigatória a realização de audiência pública para contratos de grande vulto (nem mesmo de consultas públicas), o questionamento individualizado não deve faltar no momento da impugnação ou pedido de esclarecimentos.

h) qualquer termo aditivo que tiver de ser celebrado entre as partes é a oportunidade para que se regularize as cláusulas faltantes, como é o caso dos índices oficiais para reajustamento em sentido estrito ou as regras de reequilíbrio, inclusive em atenção ao disposto no Art. 26 da LINDB. Sugere-se, portanto, não perder tal oportunidade.

i) nos casos dos contratos de empreitada por preço unitário, qualquer aumento de quantitativos deve encontrar, por consequência, o aumento do valor contratado, com a respectiva menção em termo aditivo.

j) a orçamentação realizada pela Administração Pública, ao tempo da licitação, pode ter uma temporalidade um pouco distante do momento de apresentação das propostas, interstício no qual os preços de mercado podem sofrer alterações significativas. Sobre esse ponto, cabem as considerações abaixo.

Quando o reajuste ou a repactuação estão vinculados à data da apresentação da proposta, e não à data da orçamentação pela Administração Pública, e o licitante não pode apresentar proposta de preço em desacordo com o orçamento apresentado na licitação, sob pena de desclassificação, deve-se entender que o contratado tem direito à compensação das perdas decorrentes desse interstício, sob pena, mais uma vez, de enriquecimento ilícito da Administração Pública. Isso se mostra condizente, inclusive, com o disposto na Lei nº 8.666/93, Art. 3º, §1º, inc. I e 40, inc. XI (que prevê a possibilidade de o reajuste ser contado da data da "*apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir*").

No mesmo sentido também a Lei do Plano Real (Lei federal nº 10.192/01) em seu Art. 3º[11] e seu §1º[12]. Ainda, o Decreto federal nº 9.507/18, Arts. 12, inc. I[13] e 13[14].

No mesmo sentido também está a jurisprudência do TCU, como se vê no Acórdão 19/2017-P[15].

Afinal de contas, o objetivo é que o reajuste seja capaz de "refletir a variação **efetiva** dos custos dos serviços e insumos"¹⁶, como rotineiramente enfatiza o TCU.

Nesse mesmo sentido a NLLC, ao prever a definição de reajustamento em sentido estrito no Art. 6º, inc. LVIII, ou seja, *“forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que **deve retratar a variação efetiva do custo de produção**, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais”*. O objetivo é resguardar que **o preço seja capaz de refletir a variação adequada e efetiva sempre, garantindo um equilíbrio das relações** entre as partes contratantes.

Assim também caminha a jurisprudência, inclusive em decorrência dos impactos causados pelo período pandêmico.

10 Art. 3º. §1º. É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

11 Art. 3º. Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitam, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

12 §1º. A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

13 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.

14 Art. 13. O reajuste em sentido estrito, espécie de reajuste nos contratos de serviço continuado sem dedicação exclusiva de mão de obra, consiste na aplicação de índice de correção monetária estabelecido no contrato, que retratará a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

15 Essa a determinação: “9.5. Recomendar ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão que: 9.5.1. em futuras licitações de obras públicas, quando se demonstrar demasiadamente complexa e morosa a atualização da estimativa de custo da contratação, adote como marco inicial para efeito de reajustamento contratual a data-base de elaboração da planilha orçamentária, nos termos do art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 e do art. 3º, §1º, da Lei 10.192/2001”. Como dito pelo Em. Relator, acompanhado por seus pares: “24. Como se vê, o gestor público pode adotar discricionariamente dois marcos iniciais distintos para efeito de reajustamento dos contratos: (i) a data limite para apresentação da proposta; e (ii) a data do orçamento. Ocorre que o segundo critério se mostra mais robusto, pois reduz os problemas advindos de orçamentos desatualizados em virtude do transcurso de vários meses entre a data-base da estimativa de custos e a data de abertura das propostas. 25. Por esse motivo, entendo pertinente recomendar ao MPOG que, em futuras licitações de obras públicas, quando se demonstrar demasiadamente complexa a atualização da estimativa orçamentária da contratação, adote como marco inicial para efeito de reajustamento contratual a data-base de elaboração da planilha orçamentária” - UNIÃO, Tribunal de Contas. Acórdão nº 19/2017. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, j. 18/1/2017.

16 A título de exemplo veja-se o acórdão plenário nº 2.655/2009.

COMO SOLUCIONAR EVENTUAIS IMPASSES SOBRE O TEMA

Para além da sugestão final do tópico anterior, os impasses porventura existentes entre as partes sobre reajustes em sentido estrito, repactuações ou reequilíbrios, poderão ser solucionados de uma das seguintes formas:

a) acordo administrativo

O entendimento entre as partes, diretamente, é a forma ideal de solução de controvérsias, seja em razão da redução de custos que comporta, seja em razão da redução de tempo que pode significar, além da preservação do ambiente amistoso indispensável às relações contratuais e à boa-fé.

Ele é estimulado por uma série de normativos e orientações de órgãos de controle, tendo como uma de suas fontes principais o que hoje contido no Art. 26 da LINDB, dirigido a toda e qualquer relação bilateral em que é parte a Administração Pública. Portanto, em que pese essa seja uma cultura responsiva em evolução, todos os estímulos devem ser direcionados à sua ocorrência.

b) meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem (Art. 151, caput e parágrafo único), valendo observar o que estiver descrito no contrato.

A NLLC veio exatamente reforçar a importância da consensualidade e do estímulo à solução das controvérsias, inclusive em atenção ao custo expressivo das judicializações desses temas à própria Administração Pública.

c) não se descartam os meios judiciais para a solução dos conflitos não resolvidos na via administrativa.

Presidente

José Alberto Pereira Ribeiro - SICEPOT-PR - Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado do Paraná

1º Vice-Presidente

Luiz Albert Kamilos - SINICESP - Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado de São Paulo

Vice-Presidentes

Afonso Celso Legaspe Mamede - SOBRATEMA - Associação Brasileira de Tecnologia para a Construção e Mineração

Carlos Alberto Brizzi Benevides - AEERJ - Associação das Empresas de Engenharia do Rio de Janeiro

Claudio Medeiros Netto Ribeiro - SINICON - Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada

Daniel Zveiter - ANEOR - Associação Nacional das Empresas de Obras Rodoviárias

Dinalvo Carlos Diniz - SINCONPE-CE - Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Ceará

Eduardo Salgado Viegas - SINAENCO - Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva

Gustavo Peters Barbosa - SINDICOPES - Sindicato da Indústria da Construção Pesada no Estado do Espírito Santo

João Jacques Viana Vaz - SICEPOT-MG - Sindicato da Indústria da Construção Pesada no Estado de Minas Gerais

Rafael Sacchi - SICEPOT/RS - Sindicato da Indústria da Construção de Estradas, Pavimentação e Obras de Terraplenagem em Geral no Estado do Rio Grande do Sul

Wagner Sandoval Barbosa - ACEOP - Associação Catarinense dos Empresários de Obras Públicas

Diretor Administrativo e Financeiro

Carlos Alberto Laurito

Grupo de Trabalho sobre a nova Lei de Licitações

Bruno Baeta Ligório - Coordenador

Carlos Alberto Laurito

Carlos Eduardo Prado

Carlos Roberto Soares Mingione

Caroline Melloni M.N.Cliber

Cesar Augusto Del Sasso

Daniel Pinto Gontijo

Geraldo Rocha Lima

José Alberto Pereira Ribeiro

José Carlos Chamon

Julio Comparini

Marco Túllio Bottino

Mario Cezar Noia de Assis

Mayra Moriconi

Murilo Mori

Rafael Sacchi

Vinícius Augusto Pereira Benevides

Consultoria Jurídica: Cristiana Fortini e Juliana Picinin - Carvalho Pereira, Fortini Advogados - Tel: (31) 3299-5421

Editoração - SSCR comunicação - (11) 99230 5083



Brasinfra

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DOS SINDICATOS E
ASSOCIAÇÕES DE CLASSE
DE INFRAESTRUTURA

BRASINFRA - Associação Brasileira dos Sindicatos e Associações de Classe de Infraestrutura

SBN, Quadra 01, Bloco B, Edifício CNC sala 804,
Brasília - DF - CEP 70040-010

Telefone: (11) 3179 5829 ou (61) 3326-8897

www.brasinfra.org.br