
REEQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: CAUTELAS A SEREM ADOTADAS



SICEPOT MG

Texto elaborado pelo escritório
CARVALHO PEREIRA FORTINI ADVOGADOS

A Constituição da República (Art. 37, inc. XXI) assegura o direito à manutenção das condições efetivas da proposta.

O processo inflacionário, ou aumento de custos, a ocorrência de circunstância desconhecida ou de efeitos incalculáveis à época da licitação e as alterações contratuais afetam ou podem afetar a estrutura econômico-financeira, fazendo com que o contratado seja mais ou menos onerado do que se calculava quando julgada sua proposta.

Garantir o equilíbrio econômico-financeiro é antes de tudo garantir o interesse público na execução do contrato. Sem o reequilíbrio, a execução contratual e o atendimento à demanda administrativa ficam comprometidos.

No entanto, é preciso conhecer o entendimento dos Tribunais de Contas, em especial do TCU, para que se evitem problemas.

CONCEITOS E IMPACTOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Reajuste é a atualização monetária do contrato. Trata-se de item obrigatório dos editais e dos contratos, segundo os Arts. 40, inciso XI e 55, inciso III da Lei nº 8.666/93 e Arts. 25, §7º e 92, inciso V da Lei nº 14.133/21.

Caso seu contrato possa ultrapassar o prazo de um exercício, aplicável aos contratos de escopo e aos de prestação continuada, é crucial estar atento à efetiva previsão editalícia e contratual sobre o reajuste porque o entendimento prevalecente, ainda que mereça críticas, é o de que se não houver previsão, não é devido o pagamento[1].

Importante destacar que a Lei nº 14.133/21 está nacionalizando o conceito

de repactuação, já amplamente utilizado na esfera federal, aplicável aos contratos de prestação de serviços contínuos com predominância ou dedicação exclusiva de mão de obra.

Repactuação é espécie de reajuste em que se verificam analiticamente os custos da mão de obra. Assim, contratos de prestação de serviços contínuos com predominância ou dedicação exclusiva de mão de obra serão reajustados (estrito senso) aplicando-se o índice para os insumos e repactuados, no que toca aos gastos com mão de obra.

Os dois modelos de reajuste ocorrem com o intervalo de um ano.

Nos moldes do inciso LIX do Art. 6º da Lei 14.133/21[2], na repactuação o marco temporal será a data para a apresentação

[1] O esforço é para que prevaleça o entendimento exemplificado aqui, acórdão nº7.184/2018 da 2ª Câmara do TCU: "o estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quando no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses. Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste não constitui impedimento ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de ofensa à garantia inserta no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como de enriquecimento ilícito do erário e consequente violação ao princípio da boa-fé objetiva". Inobstante isso, o desgaste para determinação do melhor índice e a categorização como mero reajuste, além da necessidade de isso se dar por termo aditivo, sugere que se tenha o cuidado de discutir isso à época do enfrentamento do próprio edital. Para os contratos realizados na esfera federal, sugere-se conhecer o parecer da AGU anexo e, em sendo necessário, solicitar sua aplicação: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN000042019CPLCPGFAGU.pdf>.

das propostas para os custos decorrentes do mercado e a data do acordo, convenção coletiva ou dissídio ao qual o orçamento estiver ligado, para os custos decorrentes de mão de obra.

Cabe ao contratado solicitar o reajuste/repactuação. Fiquem atentos aos prazos para se evitar a alegação de preclusão ou renúncia tácita.

Não que esse entendimento seja o mais correto, porque reajuste/repactuação são direitos do contratado e o próprio contratante deveria agir de boa-fé e já realizá-los, mas o órgão pode assim interpretar[3].

Se você está celebrando um contrato que tem a possibilidade de ultrapassar 12 meses de vigência[4], seja em razão de reprogramação de cronograma[5], não atingimento do escopo no prazo[6] ou da

ATENÇÃO À POSSÍVEL ARGUIÇÃO DE PRECLUSÃO SOBRE DIREITO AO REAJUSTE DE PREÇOS SE O ADITIVO CONTRATUAL É ASSINADO SEM REFERÊNCIA OU RESSALVA QUANTO A ESSE.

natureza contínua dos serviços, é importante já prever a forma como vai ser procedido o reajuste dos valores a partir do 13º mês de vigência.

Havendo índice pré-definido, é possível a modificação do valor por mero apostilamento[7] ou, se isso não for possível por previsão no edital/contrato, será uma discussão mais fácil para o aditivo contratual respectivo. Se o edital não indicar essas possibilidades, sugerimos que você apresente pedido de esclarecimentos na licitação. Caso essa fase já tenha sido ultrapassada no seu caso concreto, procure acrescer o índice no próximo aditivo contratual.

[2] Este é o conceito posto na nova lei: "Art. 6º. Para os fins desta Lei, consideram-se: 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, em 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".

[3] Conforme Parecer da AGU, nº 02/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AG, "o direito ao reajuste de preços é de natureza patrimonial e disponível, admitindo a renúncia pelo contratado, desde que realizada de forma expressa e inequívoca, preferencialmente por meio de disposição específica no termo aditivo de prorrogação contratual a ser firmado entre as partes". Conforme entendimento do TCU, já operante há vários anos, aqui exemplificado em julgado de 2008 do Plenário, acórdão nº 1.827, ao tratar da repactuação de preços: "podendo essa ser solicitada a partir da data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo que, se não o fizer, de forma tempestiva e, por via de consequência, prorrogar o contrato sem pleitear a respectiva repactuação, ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar". No mesmo sentido, já em 2010 (2ª Câmara, acórdão nº 2.094): "se o contratado não pleitear de forma tempestiva a repactuação e, por via de consequência, prorrogar o contrato sem realizá-la ou, ao menos, prevê-la expressamente, entendo que ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar", onde citado, inclusive, o texto do Art. 40, §7º da IN nº 3/2008 que dispunha sobre a contratação de serviços, continuados ou não, sujeitos ao SISG: "as repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato".

[4] Em princípio, os contratos que ultrapassam 12 meses de execução permitem a incidência do reajustamento, por força de lei, exceto se tiver havido previsão no edital e no contrato de situação distinta, congelando o valor durante um período maior. Atenção para isso, pois a participação em edital onde essa regra está disposta, sem que tenha havido impugnação ou qualquer tipo de divergência, poderá significar a perda da pretensão de reajustamento.

[5] Atenção para a nova Lei de Licitações, pois ela previu a prorrogação automática do contrato em situações como essa. Veja, a propósito, o que está descrito no Art. 115, §5º, ou seja, "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".

[6] Atenção para a nova Lei de Licitações e a previsão que tem a respeito disso, ou seja, "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" (Art. 111), mas poderá a Administração optar pela extinção do contrato se a não conclusão decorrer de culpa do contratado (parágrafo único do mesmo artigo). A prorrogação automática não importará em reajustamento automático de valores, questão ainda a depender do apostilamento referido para os casos de índices pré-definidos.

[7] A nova Lei de Licitações manteve previsão expressa dessa hipótese por apostila, como se vê no Art. 136, inc. I: "registros que não caracterizem alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações: I – variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato".

CUIDADOS COM OS TERMOS ADITIVOS

Se você está em vias de assinar algum aditivo contratual, de qualquer natureza que seja (prorrogação de prazo, modificação de cronograma, mudança de qualquer outra regra), lembre-se de que assinar um termo aditivo e deixar de nele ressaltar eventual discussão que estejam travando com o órgão público sobre reajuste ou reequilíbrio pode gerar alegação de preclusão dessa discussão financeira e importar em renúncia tácita aos respectivos valores[8].

Assim, se de alguma forma for impossível já celebrar o termo aditivo prevendo todas as modificações, inclusive as decorrentes de reajuste e reequilíbrio, sugerimos que faça incluir no termo que as discussões a esse respeito serão objeto de aditivo futuro e específico, em razão da permanência do debate entre as partes a respeito.

A sugestão maior é que você procure vincular a celebração do aditivo à solução a respeito do reequilíbrio ou do reajuste. Isso aponta, inclusive, para a melhor medição de com que antecedência deve realizar o pleito, de forma a viabilizar a sincronia. Mas, em não sendo possível decidir tudo no mesmo termo aditivo, atente-se para a sugestão acima apontada.

ATENÇÃO:

AO CELEBRAR TERMO ADITIVO
ABORDE O REAJUSTE/REEQUILÍBRIO
OU RESSALVE QUE NÃO ESTÁ
RENUNCIADO A ELES

Se você pretende a apresentação de um pedido de reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato, o primeiro passo é verificar a existência de normativos do órgão contratante (ou da Instituição a que ele esteja interligado) a respeito do assunto e procure já realizar o pleito cumprindo as regras desse, evitando um indeferimento desnecessário[9].

Considerando a divergência de normativos e mesmo de cláusulas contratuais diversas, veja se há momentos já definidos para se solicitar o reequilíbrio (revisão ordinária). Reequilíbrio não tem momento certo, para ocorrer, mas alguns contratos sinalizam uma hora para que as partes parem e se dediquem ao tema.

Para além dessa verificação, importante buscar que todo pedido de reequilíbrio já seja apresentado de forma fundamentada, acompanhado dos documentos que comprovam a necessidade de reequilíbrio em relação a cada item apresentado.

Para os órgãos públicos que oportunizam o ajuste do pedido com a complementação de documentos, importará, de todo modo, em mais consumo de tempo até o efetivo deferimento do pleito.

Em verdade, não pode prosperar a negativa de complementação de documentos, porque hoje vigora a ideia.

[8] Atenção ao que está estipulado na nova Lei de Licitações (nº 14.133/21), em seu Art. 131, ou seja, "a extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro", mas estabeleceu de forma categórica em seu parágrafo único que "o pedido de restabelecimento deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação".

[9] A nova Lei de Licitações deixou o mesmo espaço à regulamentação por órgão para situações como essa e, por isso, é importante consultar as regras que serão aplicadas pelos órgãos. Em que pese seja questionável que o ente público crie regras inovadoras e restritivas após a publicação do processo licitatório, é indispensável que acompanhe a produção normativa do órgão para que, se necessário for, questione essa antes de ter de se submeter aos seus termos.

de formalismo moderado. Fique atento, todo modo, a como o edital e o contrato tratam o tema e questione desde logo se houver regra vedando a complementação.

Importante considerar que na Lei nº 14.133/21, os contratos devem prever o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços e de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso. Se não constar da minuta do contrato, é preciso impugnar, nos moldes dos incisos X e XI do Art. 92[10].

Conforme Lei nº 8.666/93, o prazo para esclarecimentos ou impugnação (Art. 41, §§1º e 2º) era de 5 dias úteis para qualquer cidadão e de 2 dias úteis para licitantes (da data da abertura dos envelopes), ressalvada a possibilidade de que outro prazo estivesse descrito no próprio edital ou decorrente de normativo local.

Conforme Lei nº 14.133/21, o prazo para esclarecimentos ou impugnação (Art. 164), é de 3 dias úteis antes da abertura do certame em qualquer caso.

Nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, essa cláusula não é obrigatória por lei, mas sugerimos demandar sua inclusão quando do momento reservado para esclarecimentos e/ou impugnação.

Se o termo aditivo for necessário diante de alteração unilateral que altere os encargos da sua empresa, exija que nele se trate do equilíbrio econômico-financeiro. Isso serve para os casos atingidos pela Lei nova (art. 130), mas nada obsta que se faça o mesmo pedido em contratos "velhos". Lembre-se: se isso não for possível, ressalve que o assunto do reequilíbrio será tratado posteriormente. Assim se evita alegação de renúncia ou preclusão[11].

Conforme o parágrafo único do art. 131 da nova Lei, os pedidos de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro devem ser formulados na vigência do contrato e antes de eventual prorrogação. Ou seja, a extinção do contrato não é o problema, mas o pedido fora do momento certo sim [12].

[10] Conforme está no novo texto: "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". Para evitar incidentes e discussões superáveis, sempre que o edital (e a minuta do contrato trazida como seu anexo) não fizerem referência expressa a esses prazos, utilize o pedido de esclarecimento para que o texto seja completado adequadamente nessa fase.

[11] 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.

[12] Art. 133 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. 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.

Importante considerar que a nova Lei prevê a possibilidade de que o contrato tenha matriz de risco e estabeleça o que compete a cada parte[13]. Em alguns casos, a Lei determina que essa cláusula esteja presente. São os casos descritos no §3º do art. 22: obras e serviços de grande vulto- acima de R\$200.000.000,00 (duzentos milhões) e quando forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada. Nas hipóteses de contratação integrada e semi-integrada, é vedada a alteração de valores, salvo para os casos arrolados nos incisos do art. 133, entre os quais a ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração[14].

É preciso ter muita atenção quando se está participando de licitações cujo edital prevê matriz de risco porque apenas nos casos em que o risco for atribuído ao Poder Público garante-se o reequilíbrio ao contratado, segundo o § 4º do art.103.

A Lei 14.133/21 se inspira na Lei das Estatais transportando o mesmo conceito e composição da cláusula que aborda a matriz de risco[15].

Na hipótese de contratos que contenham matriz de risco, é vital questionarem caso de dúvida ou apresentar discordância, nos moldes do art. 164 da nova lei.

Atenção: a exigência de audiência pública é diferente na Lei 14.133/21. Não há mais o dever de convocar audiência pública em face do valor estimado da contratação, segundo o art. 21.

**ATENÇÃO:
NEM SEMPRE HAVERÁ AUDIÊNCIA
E CONSULTA PÚBLICA. QUESTIONE A
MATRIZ DE RISCO NA IMPUGNAÇÃO.**

13 Revisão (também chamada de reequilíbrio estrito senso) não se liga ao decurso do tempo. Não importa se o contrato foi celebrado ontem, não importa a data da proposta. A revisão se relaciona ao que se chama de “área extraordinária”. Conforme disposto na Lei nº 14.133/21, Art. 124, inc. II, alínea “d”, “os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: 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”. Para facilitar a compreensão, resumem os conceitos as seguintes definições: a) área extraordinária = diferentemente da área ordinária, atinente aos riscos inerentes à própria atividade econômica, a extraordinária diz respeito a onerações imprevisíveis e supervenientes que inviabilizam ou perturbam a continuidade do contrato. Ela pode ser de natureza administrativa (como acontece com o fato do príncipe) ou econômica; b) força maior e caso fortuito = seus conceitos foram resumidos no Código Civil, onde dito que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (Art. 393, parágrafo único), valendo-se a primeira expressão de situações decorrentes da ação humana e a segunda de fenômenos naturais; c) fato do príncipe = “na sua essência (mantida no Brasil, a Teoria do Fato do Príncipe consagra o direito de indenização a um particular em vista da prática de ato lícito e regular imputável ao Estado. O ponto nuclear da Teoria do Fato do Príncipe reside em que a lesão patrimonial derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito é objeto de indenização. Essa solução decorre de uma valoração produzida pela ordem jurídica, no sentido de que seria injusto e desaconselhável impor ao particular que que contrata com o Estado arcar com os efeitos da disciplina estatal sobre o exercício da atividade necessária à execução da prestação” - JUSTEN FILHO, Marçal. [Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos apud Revista do Advogado, fls. 122/131. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2848534/mod_resource/content/1/mar%C3%A7al%20justen%20filho%20-%20a%20inda%20a%20quest%C3%A3o%20da%20intangibilidade%20da%20equa%C3%A7%C3%A3o%20econ%C3%B4mico-financeira%20dos%20contratos%20administrativos.pdf.

14 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: I - para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites estabelecidos no art. 125 desta Lei; III - por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, nos termos do § 5º do art. 46 desta Lei ; IV - por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração.

15 Art. 6 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, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
- b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
- c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.

Expediente

DIRETORIA DO SICEPOT-MG | GESTÃO 2021 - 2024

- **João Jacques Viana Vaz** | Presidente
- **Bruno Baeta Ligório** | 1º Vice Presidente
- **Juliane de Aquino Mendes Leite** | Vice Pres. de Planej. e Desenvolvimento
- **Bruno Otávio Bouissou** | Vice Pres. de Obras de Arte Especias
- **José Soares Diniz Neto** | Vice Pres. de Obras de Edif. Públicas
- **Carlos Eduardo Staico de Andrade Santos** | Vice Pres. de Obras Rodoviárias
- **José Ilídio Rosi Cruvinel** | Vice Pres. de Obras Rodoviárias
- **Danilo Felício Pereira** | Vice Pres. de Obras Urbanas
- **Wesley Bambirra Rodrigues** | Vice Pres. de Saneamento
- **Alexandre Bergamini Lopes** | Diretor de Planej. e Desenvolvimento
- **Bruno Sérgio Dornas Ferreira** | Diretor de Obras de Arte Especias
- **Alexandre Humberto Caramatti Manata** | Diretor de Obras de Edif. Públicas
- **Lucas Alves de Brito Baeta** | Diretor de Obras Rodoviárias
- **Wilson Tavares Ribeiro Neto** | Diretor de Obras Rodoviárias
- **Luísa Gontijo Salum** | Diretor de Obras Urbanas
- **Ricardo Menin F. da Fonseca** | Diretor de Saneamento

ELABORAÇÃO

CARVALHO PEREIRA FORTINI ADVOGADOS

CRIAÇÃO E DIAGRAMAÇÃO

Sandra Meirelles
Ricardo Sodré
SICEPOT-MG

