

Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos – a perspectiva da Lei nº 14.133/21

Rebuilding the economic-financial balance of administrative contracts – the perspective of law No. 14.133/21

José Anacleto Abduch Santos¹

RESUMO: A preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, além de dever jurídico-constitucional, é de interesse público. A Lei nº 14.133/21 contém formulações substancialmente relevantes para regular a recomposição da equação econômico-financeira dos contratos, quando violada. São as hipóteses de revisão, reajuste em sentido estrito e de repactuação dos contratos. O manejo correto de tais institutos é fundamental para a concretização adequada dos objetivos contratuais.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato administrativo; Equilíbrio econômico-financeiro; Reajuste; Revisão; Repactuação.

ABSTRACT: The preservation of the economic-financial balance of administrative contracts, in addition to a legal-constitutional duty, is in the public interest. Law No. 14.133/21 contains substantially relevant formulations to regulate the recomposition of the economic-financial equation of contracts, when violated. These are the hypotheses of review, readjustment

¹ Advogado, Procurador do Estado do Paraná, Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela UFPR, Professor do UNICURITIBA.

in the strict sense and renegotiation of contracts. The correct management of such institutes is fundamental for the adequate achievement of the contractual objectives.

KEYWORDS: Administrative contract; Economic/financial balance; Readjustment; Revision; Renegotiation.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal preceitua no art. 37, XXI, que é assegurada aos contratantes a manutenção das condições efetivas das propostas apresentadas no processo licitatório. Este preceito constitucional contém o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

Quando da aceitação de uma proposta no processo da licitação, forma-se a equação econômico-financeira do contrato futuro, que é, em síntese, a relação original entre o conjunto de obrigações e de direitos do contratado e o conjunto de obrigações e de direitos do contratante. Desta feita, no processo licitatório ou no processo da contratação direta, cada uma das partes – o Poder Público e o particular – assume encargos destinados à efetivação do objeto do contrato, sempre uma causa de interesse público.

Esta relação entre o conjunto de obrigações e de direitos do Poder Público e o conjunto de obrigações do particular contratado – em um sentido mais estrito, a relação entre os encargos e a remuneração para dar conta deles – deve se manter equilibrada ao longo de toda a execução contratual.

Contudo, toda execução contratual está sujeita a risco de ocorrência de fatos que podem produzir desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato. A inflação, as alterações contratuais, fato do príncipe, fato da administração ou eventos da economia (superinflação, supervalorização cambial, caso fortuito, força maior) podem desequilibrar a equação econômico financeira do contrato, afetando esta relação original entre direitos e obrigações das partes contratantes – noutros termos

mais estritos, aumentando ou diminuindo encargos, ou, aumentando ou diminuindo a remuneração do contratado. O desequilíbrio pode ocorrer, nesta linha, em favor ou desfavor da própria Administração Pública.

Sempre que a equação econômico-financeira do contrato for desequilibrada de modo significativo, deve haver sua recomposição, por força do imperativo constitucional – e de regras legais – que assim determinam. Esta recomposição se dará pela via do reajuste ou da revisão.

A Lei nº 14.133/21 – Nova Lei de Licitações – contém uma tratativa específica relacionada às formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. O texto objetiva analisar os aspectos elementares e fundamentais destas ditas formas de recomposição da relação econômico-financeira original previstas na Lei.

2. AS CAUSAS DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS

2.1 Os riscos a que está sujeita a execução contratual

A norma ABNT NBR ISO 31000:2009 especifica que

organizações de todos os tipos e tamanhos enfrentam influências e fatores internos e externos que tornam incerto se e quando elas atingirão seus objetivos. O efeito que essa incerteza tem sobre os objetivos da organização é chamado risco. Todas as atividades de uma organização envolvem risco. As organizações gerenciam o risco, identificando-o, analisando-o e, em seguida, avaliando se o risco deve ser modificado pelo tratamento a fim de atender seus critérios de risco...²

No plano dos contratos, risco é, pois, o efeito da incerteza na execução contratual. Implica, assim, dentre outras consequências, a possibilidade

2 Texto contido na introdução da norma.

de ocorrência de um evento que venha a ter impacto na equação econômico-financeira do contrato.

Toda execução contratual está sujeita a riscos de diversas ordens e naturezas. Há os riscos de natureza administrativa, quais sejam, aqueles decorrentes da possibilidade de alterações contratuais; os decorrentes de fato da administração ou aqueles decorrentes do denominado fato do príncipe.

Há também riscos de natureza econômica, como a flutuação inflacionária, o aumento dos custos de produtos, de insumos ou de mão de obra, a variação cambial, dentre outros.

Há, ainda, riscos decorrentes de fatos imprevisíveis, ou ainda que previsíveis, tenham consequências incalculáveis, produzidos por conduta de terceiros, caso fortuito ou força maior.

2.2 Desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência de evento da álea administrativa – as alterações contratuais

O desequilíbrio da equação econômico-financeira, na perspectiva do risco, pode se dar em virtude de eventos causados por uma conduta, comissiva ou omissiva, da Administração. Os eventos integrantes da denominada álea administrativa são de três ordens: alteração contratual, consensual ou unilateral, fato da administração e fato do príncipe.

No curso da execução contratual pode haver a necessidade de promoção de adequações ou adaptações na execução do contrato (art. 124). Estas alterações contratuais podem ser unilaterais ou consensuais. Podem ainda ser de natureza quantitativa – acréscimos ou supressões de quantidades contratadas. Podem também ser de natureza qualitativa – como ocorre quando de modificação de projeto, de especificações técnicas ou de disposições originais do contrato.

Estas alterações contratuais podem implicar impacto na equação econômico-financeira do contrato, modificando a relação original entre

direitos e obrigações recíprocos. Evidente que podem haver alterações contratuais que não produzam impacto objetivo na equação econômico-financeira do contrato – tais alterações, conquanto possam ser relevantes sob outro prisma jurídico, não o são para o fim desta análise.

2.3 Desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência de fato da administração

Fato da administração³ “compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico”.⁴ Para Hely Lopes Meirelles, considera-se “fato da administração toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede sua execução”.⁵

O fato da administração constitui infração aos deveres impostos contratualmente ao contratante público. São hipóteses de ação ou de omissão que provocam violação do equilíbrio do contrato administrativo, como, por exemplo, não disponibilizar ao contratado o local da obra ou do serviço, não realizar desapropriações necessárias à execução, não expedir as competentes ordens de serviço, praticar qualquer ato impeditivo dos trabalhos a cargo do contratado, deixar de realizar os pagamentos devidos ao contratado, o retardo na entrega de documentos necessários ao cumprimento do contrato; a entrega tardia ou insuficiente, pela Administração, de materiais previstos contratualmente; entrega tardia dos terrenos necessários para a execução de uma obra, entre outras. Para ser invocado

3 Diogenes Gasparini conceitua fato da administração como sendo “todo o ato ou fato, comissivo ou omissivo, do contratante que dificulta ou impede a execução do contrato” (GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 265).

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 280.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 225.

como justificativa para a recomposição do equilíbrio contratual, o fato da administração deve ter relação direta e estreita com a relação contratual e constituir causa absoluta impeditiva do contratado cumprir suas obrigações contratuais nos prazos e nas condições originalmente fixados.

O fato da administração tem por agente o próprio contratante público, com repercussão direta e imediata no contrato. Algumas hipóteses de condutas tipificadas como fato da administração foram elencadas no art. 124, § 2º da Lei nº 14.133/21, que dispõe que

será aplicado o disposto na alínea 'd' do inciso II do caput deste artigo às contratações de obras e serviços de engenharia, quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado.

2.4 Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de fato do príncipe

Enquanto o fato da administração tem como características fundamentais (i) a repercussão de forma direta e imediata na relação contratual e (ii) ter como agente o ente contratante, o fato do príncipe apresenta como característica fundamental ter repercussão direta no contrato, porém, motivada pela ação genérica do Poder Público, na qualidade de contratante ou não, que, embora sem pretender atingir a relação contratual, provoca nela modificações que desequilibram a equação financeira pactuada na origem.

Para Diogenes Gasparini é “toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral e imprevisível, que onera extraordinariamente ou que impede a execução do contrato e obriga a Administração Pública a compensar integralmente os prejuízos suportados pelo contratante particular”.⁶ Em sua

6 GASPARINI, 2008, p. 265. José Cretella Jr. observa que “é toda e qualquer providência da iniciativa dos poderes (sic) públicos que torna mais onerosa a situação das partes que contratam com o Estado” (**Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.3, p. 58).

definição clássica, Hely Lopes Meirelles define-o como sendo

toda determinação estatal, geral, imprevista e imprevisível, positiva ou negativa, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo[...] o que caracteriza o fato do príncipe é a generalidade e a coercitividade da medida prejudicial ao contrato, além de sua surpresa e imprevisibilidade, com agravo efetivo para o contratado.⁷

A oneração decorrente de fato do príncipe tem origem, pois, na atuação ordinária e regulamentar do Poder Público, no exercício de suas prerrogativas e competências legal e constitucionalmente previstas em relação aos diversos âmbitos da coletividade que lhe cabe administrar ou gerir. À medida que gera agravo contratual pode, nesta linha, ter origem inclusive no exercício das funções legislativa e jurisdicional. Basta que derive de atuação regular e genérica do Estado que produza reflexos de ordem econômica suficientes para desestabilizar a relação contratual. Gaspar Ariño Ortiz elenca quatro pressupostos para que tenha aplicação a teoria:

*debe tratar-se de una medida general de índole económica; debe tratar-se de un acto de autoridad con eficacia bastante para ser impuesto en la ejecución del contrato; debe ser imprevisto y posterior a la adjudicación; el daño causado por el acto de autoridad debe tratarse de un daño cierto y especial.*⁸

O fato do príncipe, quando produzido por outra pessoa pública, diversa do contratante, ou mesmo quando produzido pelo mesmo ente contratante, porém em qualidade diversa da de contratante, portanto, exterior

7 MEIRELLES, 1999, p. 224.

8 ORTIZ, Gaspar Ariño. **Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos**. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1968, p. 500. Tradução livre: “deve tratar-se de uma medida geral de índole econômica: deve tratar-se de um ato de autoridade com eficácia bastante para ser imposto na execução do contrato; deve ser imprevisto e posterior à adjudicação; o dano causado pelo ato de autoridade deve ser um dano certo e especial”.

às partes contratantes – como suspensão de certas importações, regulamentação de preços, restrição ao emprego de certos produtos, aumento de impostos etc. – gera direito ao restabelecimento do equilíbrio financeiro do contrato exatamente porque o

fundamento da teoria está em que a Administração não pode causar dano ou prejuízo aos administrados, e muito menos aos seus contratados [...] a indenização resulta de uma responsabilidade objetiva da Administração – responsabilidade sem culpa – de natureza extracontratual, com base na repartição dos encargos públicos, pois seria incivil que apenas um ou alguns cidadãos suportassem dano em seu patrimônio, resultante de medida adotada em benefício da coletividade.⁹

Fatos que podem ser inseridos na categoria de fato do príncipe estão exemplificados no art. 134 da Lei:

os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados.

2.5 Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de evento da álea econômica, caso fortuito ou força maior

Além de eventos decorrentes e inerentes à própria atividade empresarial e de situações jurídicas provocadas por conduta administrativa, comissiva ou omissiva, poderão ocorrer, no curso da relação contratual administrativa, eventos externos ao contrato e alheios à vontade das partes, decorrentes de fatos da natureza ou de ordem econômica, e passíveis de causarem transtorno à equação econômico-financeira. São os denominados eventos da álea econômica, fundamentalmente albergados pela teoria da imprevisão.

9 MEIRELLES, 1999, p. 224.

A teoria da imprevisão tem origem na denominada cláusula “*rebus sic stantibus*”. Segundo Renato José de Moraes, a gênese da noção “*rebus sic stantibus*” remonta a Aristóteles e à noção de sinalagma e da igualdade de distribuição de cargas por ele difundida em sua obra.¹⁰ Embora não haja referência expressa à cláusula “*rebus sic stantibus*” em textos da época, foi no Direito Romano que se originou, de forma sistematizada, a noção de que os pactos ou contratos poderiam estar sujeitos a interferências provocadas por eventos alheios à vontade dos contratantes, de modo que obrigações originalmente assumidas poderiam ter o adimplemento prejudicado ou impedido por alterações verificadas no seio da estrutura social. Foi, de fato, no período da Idade Média, pelo trabalho atribuível aos pós-glosadores, que surge aprimorada, além da noção “*rebus sic stantibus*”, a utilização desta expressão nos trabalhos jurídicos que se dedicaram à análise do cumprimento das obrigações. Entretanto, a modificação do eixo do direito contratual da vontade para o sinalagma ocorre a partir das concepções voluntaristas do século XVII e seguintes. É na noção de sinalagma funcional que se encaixa a cláusula “*rebus*”, que tem por função “manter a igualdade entre as prestações no decorrer do tempo, especialmente naqueles casos em que fatos supervenientes modificaram as circunstâncias sobre as quais se fundamentou a manifestação ou declaração de vontade”. A noção restrita atualmente difundida da cláusula “*rebus sic stantibus*” dispõe que “os contratos de execução periódica, continuada ou simplesmente diferida, podem ser ou revisados, com o reajustamento das prestações, ou simplesmente resolvidos, devido à ocorrência de um fato superveniente, imprevisível para as partes, que desequilibrou a relação contratual de maneira grave”.¹¹

No curso da execução contratual, pois, poderão advir eventos oriundos de causas independentes da vontade dos contratantes, anormais e imprevisíveis, que, mesmo sem tornar impossível a execução, aumentam as cargas obrigacionais do contratante particular, alterando profundamente a

10 MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 270.

11 MORAES, 2001, p. 29.

economia do contrato. Esta situação extraordinária não exime o contratado de honrar a execução contratual, mas, em compensação, a Administração deverá ajudá-lo a suportar esta carga adicional.¹²

São três os requisitos materiais necessários para que possa ter aplicação a teoria da imprevisão. Por primeiro, o evento danoso deverá ser absolutamente independente da vontade das partes, especialmente da Administração (se houver conduta da Administração fica patente o fato do príncipe). Em segundo lugar, o evento deve ser de natureza tal que sua ocorrência não poderia em hipótese alguma ser prevista pelos contratantes.¹³ Por fim, o dano ao equilíbrio financeiro do contrato deve ser de tal monta que supere todas as expectativas de perda previstas quando da celebração. Pode-se citar como inserida no âmbito da imprevisão a alta de preços de matéria-prima

12 LAUBADÈRE, André de. **Traité théorique et pratique des contrats administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 699.

13 Em relação à previsibilidade do evento, constata-se que a ascendente inflação já foi descartada como justificativa para recomposição de preços contratuais, como assim decidiu o Tribunal Regional da 5.^a Região na AC nº 502.257, da 2.^a Turma, Rel. Juiz José Delgado (embora, ressalte-se que a doutrina e mesmo outros tribunais admitem a existência de mecanismos para a recomposição da equação financeira violada por força da inflação, porém não sob o manto da teoria da imprevisão):

“Direito Administrativo. Teoria da Imprevisão. Não ocorrência dos seus pressupostos.

1 - Não se aplica a teoria da imprevisão em contrato administrativo de empreitada de obra pública sem que se demonstre a existência do fato ou acontecimento extraordinário ou imprevisível, com capacidade de alterar o equilíbrio financeiro do ajuste celebrado entre as partes.

2 - A simples alteração de preço de material, acontecimento normal no Brasil, em face do processo inflacionário sempre ascendente que está implantado no seu sistema econômico e financeiro, não constitui motivo ensejador para se aplicar a teoria da imprevisão ou os efeitos da cláusula ‘rebus sic stantibus’.

3 - De acordo com a doutrina de Messineo, a teoria da imprevisão requer o concurso a extraordinariedade e da imprevisibilidade. E o acontecimento extraordinário e imprevisível há de resultar na onerosidade da prestação e dificultar extremamente o cumprimento da obrigação, sacrificando o devedor com sua execução, o que lhe facultaria promover a resolução do contrato.

4 - Não pode se abrigar no seio da teoria da imprevisão a empresa que não demonstra ter enfrentado nenhuma dificuldade na execução do contrato, por se pressupor que o preço fixado no negócio jurídico cobriu todos os aspectos financeiros do ajuste, inclusive o lucro a ser obtido”.

ou a variação cambial em patamar extraordinário.¹⁴

A teoria da imprevisão tem aplicação nos contratos administrativos nos casos de ocorrência de evento excepcional, que não poderia integrar as previsões das partes, e que venha a provocar oneração excessiva na execução do contrato, uma perda ou déficit real. A modificação deve ser de monta elevada, pois as modificações de mínima importância integram a álea ordinária empresarial, devendo ser suportadas pelo contratado.

As teorias relativas ao desequilíbrio financeiro do contrato administrativo por conta de força maior, caso fortuito e sujeições imprevistas orbitam a noção de impossibilidade econômica ou material com repercussão econômica, absoluta e definitiva de adimplemento da obrigação contratual consoante originalmente pactuada, ou de impossibilidade temporária ou parcial, econômica ou material com repercussão econômica, decorrente de gravame na execução do contrato alheio à vontade das partes.

Para Marcelo Caetano, força maior é o “facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes que impossibilita absolutamente de cumprir as obrigações contratuais”,¹⁵ exonerando de responsabilidade o contraente que por causa dele torne-se inadimplente. Este autor inclui no conceito de força maior todos os eventos imprevisíveis e estranhos à vontade das partes que impossibilitem a execução contratual, inseridos nele os eventos da natureza, como tremores de terra, inundações, ciclones etc. e eventos humanos, como greves, guerra, rebeliões etc. Já Hely Lopes Meirelles faz a distinção entre

14 Pela doutrina do Conselho de Estado Francês, para que se possa invocar a teoria da imprevisão, deverão estar presentes na relação contratual os seguintes requisitos: deve tratar-se de uma relação contratual administrativa em curso de execução; deve haver a ocorrência de um acontecimento excepcional, absolutamente imprevisível e alheio à vontade das partes e que provoque alteração na economia do contrato; o acontecimento excepcional deve impor carga excessivamente onerosa para a execução do contrato, que exceda, pois, a álea ordinária e previsível; o concessionário não deve ter suspenso a execução do contrato; deve tratar-se de situação anormal, temporária e não definitiva. (BERÇAITS, Miguel Angel. **Teoria General del Contrato Administrativo**. 2ª edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, p. 452).

15 CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1991, p. 623.

força maior e caso fortuito, para dizer que ambos, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, criam para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato, sendo, porém, que a primeira decorreria de evento humano e, o segundo, de evento da natureza.¹⁶ José Roberto Dromi engloba na sua definição de força maior todos os eventos, com origem na natureza (inundações, secas, tempestades, ventos etc.) ou em fato humano (revolução, guerra, greves etc.), que sejam imprevisíveis, inevitáveis, atuais e inimputáveis a qualquer dos contratantes, com alcance geral ou particular, que gerem impossibilidade de execução do contrato, operando, portanto, como eximentes ou liberadores de responsabilidade.¹⁷

Além da força maior ou caso fortuito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro registra que fatos ou sujeições imprevistas podem impactar a economia do contrato. Tais seriam os

fatos de ordem material, que podiam já existir no momento da celebração do contrato, mas que eram desconhecidos pelos contratantes, é o caso de empreiteiro de obra pública que no curso da execução do contrato esbarra em terreno de natureza imprevista que onera ou torna impossível a execução do contrato.¹⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello, por seu turno, conceitua sujeição imprevistas como sendo “dificuldades naturais insuspeitadas que se antepõem à realização da obra ou serviço”.¹⁹ As sujeições imprevistas, em que pese poderem justificar a modificação do contrato se forem deter-

16 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 226.

17 DROMI, José Roberto. **La imprevisión en los contratos de la administración**. Contratos Administrativos – Regimes de Pago y Actualización. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1988, p. 195.

18 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 285.

19 BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 451.

minantes de agravamento insuperável para sua execução, não constituem evento ou acontecimento. É a mera constatação de uma realidade natural desconhecida pelas partes quando da contratação, ou, “dificuldades de ordem material com caráter absolutamente anormal e imprevisível”.²⁰ Tais circunstâncias que produzem desequilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo também se resolvem pela aplicação da teoria da imprevisão.

A norma contida no art. 124, II, d, da Lei, a este respeito, preceitua que pode haver recomposição

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.

2.6 O desequilíbrio da equação econômico financeira do contrato em razão de evento relativo à álea econômica ordinária

A variação de preços e de custos de insumos ou de mão de obra é natural em uma economia de mercado. A variação normal, gradual e rotineira dos preços é denominada de inflação. Embora em situação de normalidade a variação inflacionária não produza aumento muito significativo de preços no curto prazo, a médio e longo prazo este aumento gradual pode impactar na economia interna dos contratos em geral e dos contratos administrativos em especial.

3. A RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS PARA COMPENSAR A VARIAÇÃO INFLACIONÁRIA

20 LAUBADÈRE, 1956, p. 693.

3.1 Do reajuste em sentido estrito

Como dito, a equação econômico-financeira dos contratos pode ser desequilibrada pela inflação. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, neste caso, se dá por intermédio do reajuste em sentido estrito.

Na dicção da Lei, o reajustamento em sentido estrito é a 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 (art. 6º, LVIII).

São exemplos de índices gerais representativos da variação inflacionária: IGP-M, IPC-A, INPC, dentre outros. Índices específicos ou setoriais são aqueles representativos da variação inflacionária ligada a um determinado segmento ou setor econômico: CUB do SINDUSCON (custo unitário básico da construção civil), INCC (índice nacional da construção civil), por exemplo.

3.2 A periodicidade mínima para a aplicação do reajuste em sentido estrito

Há definição legal acerca da periodicidade mínima para a concessão do reajuste contratual. O reajuste somente pode ocorrer com periodicidade mínima de doze meses, de acordo com o disposto na Lei nº 10.192/01.²¹ O

21 “Art. 2º - É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.
§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.
§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.
§ 3º Ressalvado o disposto no § 7º do art. 28 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.”

termo inicial da contagem do prazo de doze meses, nos termos desta Lei, é a data limite para a apresentação da proposta no processo licitatório ou no processo de contratação direta ou do orçamento a que essa se referir.²² Atente-se para que o termo inicial da contagem do prazo de doze meses estipulado por lei não é o início da vigência do contrato.

A Lei nº 14.133/21, por seu turno, fixa que o termo inicial da contagem da periodicidade mínima para o reajuste é a data do orçamento estimado, podendo ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, “em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos” (art. 92, § 3º).

Note-se que a Lei nº 10.192/01 e a Lei nº 14.133/21 fixam termo inicial diferente para a contagem da periodicidade mínima de doze meses para o reajuste. Enquanto nos termos da Lei nº 10.192/01 este termo inicial é “a data limite para a apresentação da proposta no processo licitatório ou no processo de contratação direta ou do orçamento a que essa se referir”; a Lei nº 14.133/21 fixa termo inicial diverso, qual seja, “a data do orçamento estimado” elaborado pela Administração Pública.

Este conflito aparente de normas se resolve por intermédio do princípio geral de direito, segundo o qual uma lei especial tem prevalência sobre uma disposição de lei geral. A Lei nº 14.133/21, no tema em exame, é especial em relação à Lei nº 10.192/01. Deve, para o fim de fixação do termo inicial da contagem da periodicidade mínima para o reajuste, ser considerada a norma contida na Lei nº 14.133/21.

Questão relevante diz respeito à data efetiva que pode ser considerada para fim de encontrar aquela que seja a “data do orçamento estimado” de que trata a Lei. Para tal desiderato (i) deve ser considerada esta data, aquela de conclusão da elaboração do orçamento estimativo definitivo; mas, (ii)

22 “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 conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 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.”

como ainda assim pode haver divergência de interpretação sobre qual seria a “data do orçamento estimativo”, é fundamental que o instrumento convocatório consigne expressamente a data a ser considerada como o termo inicial da contagem da periodicidade mínima para o reajuste de preços contratados.

3.3 A obrigatoriedade de previsão de cláusula de reajuste

Como antes dito, o reajuste contratual somente pode ocorrer após decorrido o prazo de 12 meses de que tratam as leis. Não é incomum que sejam celebrados contratos por prazo de vigência inferior a 12 meses, sem previsão de cláusula de reajustamento. Tal se dá, muitas vezes, na premissa de que haverá a execução contratual em prazo inferior a 12 meses, restando desnecessário tratar de reajuste. Contudo, tais contratos (i) podem ter a execução alongada – mediante prorrogação dos prazos de execução – ultrapassando os 12 meses; ou (ii) pode haver o transcurso de 12 meses, contados da data do orçamento estimado, antes do final da execução do contrato.

Há, para evitar contratempos decorrentes desta omissão, previsão legal dispondo ser obrigatória a previsão de cláusula contratual estabelecendo o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado da contratação (art. 92, § 3º).

Trata-se de um dever jurídico de cumprimento obrigatório. O descumprimento deste dever jurídico caracteriza erro grosseiro, passível de responsabilização pessoal, nos termos do disposto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4657/42.

Sob outro enfoque, a falta de previsão expressa de cláusula de reajuste no contrato impede a sua concessão. A este propósito, já se sustentou antes que:

Quer parecer que, em que pese a disposição constitucional que assegura a manutenção das condições originais das propostas (art. 37, XXI), se não houver previsão no instrumento convocatório o reajuste contratual não pode ser concedido sem violação da livre concorrência. Numa disputa licitatória

na qual o instrumento convocatório não fez previsão da possibilidade de reajuste o universo concorrencial (os licitantes particulares que atendem à convocação para disputar o contrato administrativo) foi delineado e determinado a partir desta premissa: a de que não haverá reajuste futuro dos valores contratados. Este parece ser o aspecto relevante para o deslinde da questão. Claro que há um direito constitucional abstrato e em tese à recomposição da equação econômico-financeira do contrato. Porém, tal direito é de natureza disponível, e, pois, renunciável. Sob o prisma da formação e delimitação do universo concorrencial (universo de competidores), quando o instrumento convocatório não faz referência expressa à possibilidade de reajuste (e seus índices), deve-se supor que os licitantes que acorrerem à disputa o farão sob esta premissa e, ou incorporarão sobrepreço à sua proposta, para cobrir eventuais defasagens inflacionárias; assimilarão a possibilidade de arcar com o desequilíbrio econômico-financeiro oriundo da inflação; ou, em terceiro, deixarão de participar do certame.²³

4. A RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS PARA COMPENSAR A VARIAÇÃO INFLACIONÁRIA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA

Os contratos de prestação de serviços podem ser celebrados com ou sem dedicação exclusiva de mão de obra. Nos termos da Resolução nº 169/13 do Conselho Nacional de Justiça:

considera-se dedicação exclusiva de mão de obra aquela em que o Edital de Licitação e anexos (Termo de Referência ou Projeto Básico e minuta de contrato) por via de regra estabelecem que a contratada deve alocar profissionais para trabalhar continuamente nas dependências do órgão, independentemente de o edital indicar perfil, requisitos técnicos e quantitativo de profissionais para a execução do contrato,

23 SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos Administrativos** – Formação e Controle Interno da Execução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 223.

sendo que a atuação simultânea devidamente comprovada de um mesmo empregado da contratada em diversos órgãos e/ou empresas descaracteriza a dedicação exclusiva de mão de obra.²⁴

Por seu turno, a Instrução Normativa nº 05/2017²⁵ preceitua que:

os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que: I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços; II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.²⁶

A Lei nº 14.133/21 aponta que os contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra são:

aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que: a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços; b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos (art. 6º, XVI).

Quando pactuados com dedicação exclusiva de mão de obra, o reajuste dos contratos deve ocorrer por intermédio da repactuação, consoante já deliberou o Tribunal de Contas da União:

24 Art. 1º, § 1º.

25 Editada pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

26 Art. 17.

O instituto da repactuação de preços aplica-se apenas a contratos de serviços continuados prestados com dedicação exclusiva da mão de obra.²⁷

A repactuação de preços aplica-se apenas às contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra e ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto 2.271/97, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços.²⁸

Neste mesmo sentido determina a Lei nº 14.133/21, ao dispor no art. 25, § 8º que:

nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por: I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais; II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

A repactuação envolve a recomposição de custos de duas naturezas diversas: custo dos insumos necessários à execução contratual e custo da mão de obra que será alocada para a prestação dos serviços.

4.1 A periodicidade da repactuação

A repactuação é espécie de reajuste que somente pode ocorrer com periodicidade mínima de um ano, nos termos da antes citada Lei nº 10.192/01.

27 Acórdão 1488/2016 Plenário, Monitoramento, Relator Ministro Vital do Rêgo.

28 Acórdão 1574/2015-Plenário, TC 033.286/2014-0, Relator Ministro Benjamin Zymler, 24.6.2015.

Também a Lei nº 14.133/21 fixa que a repactuação deverá observar o interregno mínimo de 1 (um) ano. O termo inicial da contagem deste prazo de um ano é (i) para o reajuste dos preços de insumos e materiais, a data da apresentação da proposta no processo da licitação – ou a data da última repactuação; e (ii) para o reajuste dos custos de mão de obra, a data do acordo, convenção coletiva ou dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada (art. 135).

Perceba-se que a Lei, em razão das particularidades dos contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, estabelece que a repactuação deve ocorrer em relação ao custo dos insumos, e em relação ao custo da mão de obra, de modo autônomo e independente.

Atente-se que a contratação de serviços poder envolver diversas categorias profissionais, com datas base de convenção ou acordo coletivo de trabalho diversas. Assim, a repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias, em respeito ao princípio da anualidade do reajuste dos preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, tais como os custos decorrentes da mão de obra e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço. Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, com datas-bases diferenciadas, a repactuação deverá ser dividida em tantos quanto forem os Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho das categorias envolvidas na contratação.

Registre-se que a Lei tem regra literal no sentido de que a repactuação será realizada mediante “demonstração analítica da variação dos custos contratuais” (art. 135). Tal significa uma aparente opção legislativa pela exclusão da possibilidade de repactuação do preço de insumos com base em índices de variação inflacionária (reajuste em sentido estrito).

Pela dicção literal da norma, portanto, não se poderia estabelecer a possibilidade de repactuação de preços de insumos e de materiais, em contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, com base em índices gerais ou setoriais.

A interpretação sistemática da norma leva a outra solução possível. À luz dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, é de sustentar a inviabilidade material de repactuação de preços de insumos e materiais com base em prova de variação efetiva de custos, com base em demonstrações analíticas, preço a preço.

Desta feita, no que diz respeito à variação de custos dos insumos necessários à execução do contrato, é possível defender que a repactuação pode operar pela aplicação de índice específico ou setorial de medição da variação inflacionária pré-estabelecido no contrato ou no instrumento convocatório.

Este critério híbrido tem sido adotado pela Administração Pública.²⁹

Por este modo híbrido tem-se que (i) os componentes de custos envolvendo mão de obra serão repactuados com base na variação analítica desses componentes determinada pelo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho superveniente; e (ii) os componentes de custos envolvendo insumos e materiais serão reajustados com base em índices oficiais, previamente definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Efetivada a primeira repactuação, os novos valores contratuais dela decorrente terão suas vigências iniciadas (i) a partir da ocorrência do fato gerador que deu causa à repactuação, como regra geral; (ii) em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade e para concessão das próximas repactuações futuras; ou (iii) em data anterior à ocorrência do fato gerador, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão de obra em que o próprio fato gerador, na forma de Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, contemplar data de vigência retroativa, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras. Os efeitos financeiros da repactuação

29 À guisa de exemplo, tome-se a tratativa do tema prevista na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5, DE 26 DE MAIO DE 2017, expedida pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

deverão ocorrer exclusivamente para os itens que a motivaram e apenas em relação à diferença porventura existente.

4.2 A formalização do reajuste

A Lei nº 14.133/21 consigna que:

registros que não caracterizam 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 [...] (art. 136).

O reajuste, em sentido estrito, ou por repactuação, não demanda formalização pela via do termo aditivo. Formaliza-se por mera apostila ou registro formal no processo da contratação.

5. A RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS EM RAZÃO DE EVENTO INSERIDO NA ÁLEA ADMINISTRATIVA OU ECONÔMICA EXTRAORDINÁRIA – A REVISÃO DOS CONTRATOS

Em caso de desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato produzida por qualquer outra causa, além da variação inflacionária, a recomposição se dará por intermédio da revisão. Assim, tem-se que revisão é o instituto pelo qual se dá a recomposição da equação econômico-financeira do contrato violada por evento inerente à álea econômica extraordinária, fato da administração, fato do príncipe, caso fortuito, força maior ou sujeições imprevistas.

A revisão, para ser concedida, depende apenas de fato gerador, não estando adstrita a qualquer periodicidade ou prazo.

A revisão é condicionada a requerimento do contratado e prova do efetivo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Identificado o de-

sequilíbrio contratual, caberá ao contratado formular requerimento solicitando a revisão. A Lei prevê que o contrato deverá conter cláusula específica estipulando o prazo de resposta para pedido de revisão (art. 92, XI).

5.1 Distribuição de riscos contratuais e revisão contratual

A Lei nº 14.133/21 contém tratativa substancialmente suficiente acerca do gerenciamento dos riscos envolvidos no processo da contratação. Preceitua a Lei que é dever jurídico da Administração analisar os riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual (art. 18, X). Para tanto, a alta administração deverá implementar processos e estruturas de gestão de riscos (art. 11, parágrafo único).

O Gerenciamento de Riscos é um processo que consiste nas seguintes atividades: I - identificação dos principais riscos que possam comprometer a efetividade do Planejamento da Contratação, da Seleção do Fornecedor e da Gestão Contratual ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação; II - avaliação dos riscos identificados, consistindo da mensuração da probabilidade de ocorrência e do impacto de cada risco; III - tratamento dos riscos considerados inaceitáveis por meio da definição das ações para reduzir a probabilidade de ocorrência dos eventos ou suas consequências; IV - para os riscos que persistirem inaceitáveis após o tratamento, definição das ações de contingência para o caso de os eventos correspondentes aos riscos se concretizarem; e V - definição dos responsáveis pelas ações de tratamento dos riscos e das ações de contingência.

O documento que materializa o processo de gerenciamento de riscos é o mapa de riscos. Identificados os riscos que podem impactar a execução do contrato, a Administração poderá operar a sua alocação por intermédio de matriz de riscos.

Matriz de riscos é instrumento de distribuição objetiva dos riscos contratuais. Na dicção legal, é

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.³⁰

O edital poderá contemplar a distribuição de riscos entre o contratante e o contratado, promovendo a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecendo a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual (art. 22).

Desta feita, 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 (art. 103).

A matriz de riscos, se prevista no contrato, definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes (art. 103,

30 Art. 6º, XXVII.

§ 4º). Atendidas as condições do contrato e da matriz de riscos, diz a Lei,

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: às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124; e ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato (art. 103, § 5º).

A distribuição dos riscos delimita o direito de revisão contratual, vez que é vedada a revisão de preços relacionados a riscos alocados na conta do contratado. Também, por óbvio, é vedada a revisão em relação a risco objetivamente atribuído ao contratado, mesmo que o contrato não preveja expressamente uma matriz de riscos. É o que se deduz também regra expressa contida no art. 124, II, d, que determina a observação da repartição objetiva dos riscos estabelecida no contrato antes de se realizar a revisão contratual.

5.2 Alterações contratuais e revisão

Como antes referido, a mutabilidade é uma das características do contrato administrativo. Seja unilateral, seja consensual, a modificação dos termos contratados pode gerar impactos na equação econômico-financeira original, que deverá ser recomposta.

Há previsão legal expressa no sentido de que em caso de “alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro original” (art. 130). Com efeito, as alterações contratuais são formalizadas por termo aditivo. A inovação consiste na determinação expressa para que, simultaneamente à formalização da alteração contratual seja produzida a revisão do contrato, para mais ou para menos.

Neste particular, a Lei faz referência apenas às hipóteses de alteração unilateral do contrato. Contudo, por óbvio, as alterações contratuais con-

sensuais que produzam impacto econômico-financeiro também dão azo à revisão, que será realizada por intermédio do mesmo termo aditivo, tal qual exigido no caso de alterações unilaterais.

5.3. Revisão por força de fatores decorrentes de fato do príncipe, fato da administração ou inerentes à álea econômica extraordinária, caso fortuito ou força maior

A Lei expressamente consigna autorização para revisão dos contratos por força de múltiplos fatores decorrentes de fato do príncipe, fato da administração ou inerentes à álea econômica extraordinária, caso fortuito ou força maior.

Atente-se para a disposição no sentido de que pode haver a revisão 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 (art. 124, II, d).

A norma preceitua que a revisão pode ocorrer quando o impacto econômico-financeiro produzido pelas causas apontadas tornarem inviável a execução do contrato tal como pactuado. Ao aludir à inviabilidade da execução do contrato como justificativa para a revisão, a Lei por certo indica que não é qualquer variação de preço, ou impacto decorrente de fatores alheios a qualquer atuação das partes contratantes que justifica a revisão dos termos contratuais.

Com efeito, parece claro que a Lei não assegura a idêntica margem de lucratividade originalmente fixada no contrato. O que é assegurado é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Pequenas variações de lucratividade são inerentes à álea empresarial ordinária, ou, ínsitas ao risco do negócio, presente no exercício de qualquer atividade econômica sob regras

de mercado.

Assim, é de se reputar que, ainda que determinado fator ou evento produza impacto econômico-financeiro, flutuações naturais e ordinárias de mercado, ainda que possam produzir pequena redução da lucratividade, não dão ensejo à revisão contratual.

Neste sentido já decidiu o Tribunal de Contas da União:

A mera variação de preços de mercado, decorrente, por exemplo, de variações cambiais, não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993. Diferença entre os preços contratuais reajustados e os de mercado é situação previsível, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a evolução do mercado. (Acórdão 18379/2021-TCU-Segunda Câmara)

A variação cambial, em regime de câmbio flutuante, não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, embasar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com fulcro no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993. Para que a variação do câmbio possa justificar o pagamento de valores à contratada a título de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, faz-se necessário que ela seja imprevisível ou de consequências incalculáveis. (Acórdão 4125/2019-TCU-Primeira Câmara)

5.4 Revisão contratual e os regimes de contratação integrada e semi-integrada

A Lei nº 14.133/21 prevê dois regimes de execução, para aplicação em contratos de obras e de serviços de engenharia, que restringem substancialmente a possibilidade de revisão contratual. São as hipóteses de contratação integrada e de contratação semi-integrada.

Nestes regimes de execução, a previsão de matriz de riscos é obrigatória. A Lei expressamente prevê que 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; (iii) por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, nos termos do § 5º do art. 46; ou (iv) por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração (art. 133).

6. A PRECLUSÃO LÓGICA DO DIREITO DE REPACTUAÇÃO E DE REVISÃO

O Tribunal de Contas da União concebeu uma tese no sentido de que, se o contratado formaliza a prorrogação de um contrato de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, sem requerer a sua repactuação, opera a preclusão e com ela desaparece a possibilidade de repactuar:

A partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou deter o direito à repactuação de preços. Todavia, ao firmar o termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados, a contratada deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita, dando azo à ocorrência de preclusão lógica.³¹

Ocorre preclusão lógica do direito à repactuação de preços decorrente de majorações salariais da categoria profissional quando a contratada firma termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados.³²

31 Acórdãos 1827/2008 e 1828/2008.

32 Acórdão 1601/2014-Plenário, TC 020.970/2010-2, Relator Ministro Benjamin Zymler, 18.6.2014.

Percebe-se, que, no entender do Tribunal de Contas da União, a repactuação é espécie de direito disponível, que se não exercido em determinado prazo, implica forma de renúncia tácita por parte de seu titular.

A Lei nº 14.133/21 consagrou tal instituto. Estabelece que a extinção do contrato não é óbice para reconhecer o desequilíbrio econômico-financeiro (art. 130). Com efeito, não é incomum que o fato gerador da revisão ou da repactuação ocorram no curso da vigência do contrato e a relação contratual seja extinta (seja por força de causa normal – decurso do prazo ou cumprimento do objeto –, seja por força de extinção antecipada) sem que tenha havido a devida compensação econômico-financeira.

Há autorização legal expressa para o reconhecimento do direito de revisão, reajuste em sentido estrito, ou repactuação do contrato. Contudo, tendo em vista ter expirado a relação contratual, o pagamento do devido se dará a título de indenização, após a instauração e conclusão do devido processo legal.

Entretanto, o reconhecimento deste direito e o pagamento da indenização correspondente somente poderão se dar se tiver havido pedido expresso de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro durante a vigência do contrato. Inexistindo tal pedido expresso, operará a preclusão lógica e será vedado o pagamento de qualquer indenização ao contratado.

7. CONCLUSÕES A PARTIR DAS NORMAS CONTIDAS NA LEI Nº 14.133/21

1. Os contratos administrativos têm uma equação econômico-financeira – relação entre o conjunto de direitos e obrigações do Poder Público contratante e o conjunto de direitos e obrigações originalmente fixados para o contratado particular;
2. Esta relação original, estabelecida quando da aceitação da proposta no processo licitatório, deve se manter equilibrada durante a execução do contrato;

3. Todo contrato é submetido a riscos de diversas ordens e a fatores aleatórios que podem impactar a equação econômico financeira do contrato;
4. A equação econômico-financeira do contrato violada pela variação inflacionária deve ser recomposta por intermédio do reajuste em sentido estrito, baseado em índices específicos ou setoriais, de medição oficial;
5. O reajuste de preços em contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra se dá por repactuação;
6. A periodicidade mínima para a concessão de reajuste é de um ano. O termo inicial deste prazo, para fins de reajuste em sentido estrito – com base em índice específico ou setorial – é a data do orçamento estimativo realizado pela Administração Pública. Para fins de repactuação, o termo inicial para o computo da periodicidade mínima de reajuste é (i) a data de aceitação da proposta no processo licitatório, em relação a insumos e materiais; e (ii) a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho;
7. A repactuação demanda requerimento por parte do interessado. O instrumento convocatório deve prever o prazo máximo para resposta a pedido de repactuação;
8. A equação econômico-financeira pode ser violada também por fatores como: alterações contratuais, fato da administração, fato do príncipe, eventos inseridos na denominada álea econômica extraordinária (supervalorização cambial, aumento expressivo de preços acima da variação inflacionária, entre outros), caso fortuito ou força maior. Neste caso, a recomposição econômico-financeira se dará por revisão;
9. A revisão demanda requerimento expreso por parte do interessado, com demonstração analítica da variação de preços e da causa geradora do desequilíbrio contratual;

10. Não há garantia contratual de lucratividade originalmente prevista, em absoluto. A garantia é de equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Flutuações ordinárias de preços inerentes às relações normais e naturais de mercado não dão azo à revisão;
11. Há determinação legal para que se promova o gerenciamento de riscos da contratação pública, em todas as suas etapas: planejamento, seleção do fornecedor e execução contratual;
12. O processo de gerenciamento dos riscos ensejará a identificação dos principais riscos a que está sujeita a execução do contrato e propiciará a elaboração de mapa de riscos e da repartição objetiva deles entre contratante e contratado. Esta repartição de riscos, ou alocação de riscos, pode ser realizada por intermédio de matriz de riscos;
13. Não podem ser objeto de revisão os preços relativos a parcelas de riscos objetivamente atribuídos ao contratado;
14. A extinção do contrato não é óbice para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro violado. Contudo, o pedido de reajuste, de repactuação ou de revisão deve ser realizado na vigência do contrato, sob pena de preclusão lógica.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BERÇAITZ, Miguel Angel. **Teoria General del Contrato Administrativo**. 2^a edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.
- CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1991.
- CRETELLA JR. Jose. **Tratado de Direito Administrativo**. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

DROMI, José Roberto. **La imprevisión en los contratos de la administración**. Contratos Administrativos – Regimes de Pago y Actualización. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1988, p. 195.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LAUBADÈRE, André de. **Traité théorique et pratique des contrats administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos**. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1968.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos Administrativos – Formação e Controle Interno da Execução**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2015.