

Título : REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SEGUNDO A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Autor : Dayana Andrade da Silva

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SEGUNDO A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

DAYANA ANDRADE DA SILVA

Advogada, formada pela Universidade Católica de Brasília (2013), pós-graduanda em Licitações e Contratações Públicas (2022). Atuou nos últimos 4 anos na área de licitações e contratos do Governo do Distrito Federal. Atualmente é advogada da empresa Dataeasy, que presta serviços na área de tecnologia da informação a diversos órgãos públicos.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é garantia assegurada constitucionalmente (art. 37, inciso XXI, CF/88) com o fim de manter durante toda a execução do ajuste as condições efetivas da proposta comercial que o subsidiou.

Nesse sentido, os mecanismos de recomposição destinados a materializar essa garantia são: (i) o reajuste em sentido estrito; (ii) a repactuação; e (iii) a revisão. Cada instituto possui uma disciplina jurídica diversa, o que será tratado no bojo do presente informativo, destacando-se as inovações trazidas pela recente Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que revogará expressamente a tão conhecida Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, **a contar de 1º de abril de 2023**.

I – REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO

Define-se como a possibilidade de o contratado ter o preço originário de seu contrato corrigido por índice de correção monetária, previamente estabelecido, visando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro para continuidade da execução dos serviços ou entrega de produtos, frente às **previsíveis variações inflacionárias** do mercado. A nova Lei de Licitações assim conceitua o instituto:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

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;” (Destacamos.)

Com efeito, o reajuste em sentido estrito destina-se a atualizar o valor do contrato, de forma a minguar o desequilíbrio decorrente da diminuição da moeda face a` inflação.

Por refletir um fato previsível, a própria norma determina que tanto o edital como o contrato estabeleçam expressamente os critérios de reajuste que serão adotados:

“Art. 25. (...).

§ 7º 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”.

“Art. 92. **São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:**

(...)

V - o preço e as condições de pagamento, **os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços** e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

(...)

§ 3º 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, e poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.” (Destacamos.)

Sobre o tema, merece destaque a inovação trazida pela nova Lei de Licitações quanto à **data-base** para concessão do reajuste em sentido estrito.

Enquanto art. 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993 determinava a adoção de critério de reajuste, tendo como data-base a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa se referia, a nova Lei determina que a data-base para concessão do reajuste esteja vinculada à data do orçamento estimado (vide arts. 25, § 7º e art. 92, § 3º acima transcritos).

Isso quer dizer que a partir de agora, a própria Administração Pública deverá informar e consignar em seus contratos, a data que será considerada para incidência da correção monetária.

Nesse sentido, compete ao particular antes da assinatura do contrato ratificar a indicação de referida data-base, sobretudo pela relevância da matéria frente a execução contratual.

Destaca-se ainda que, a rigor do disposto na norma, o regramento aplica-se inclusive aos contratos que sejam firmados por prazo igual ou inferior a 12 (doze) meses.

II – REPACTUAÇÃO

O instituto da repactuação, por sua vez, constitui uma espécie de reajuste, aplicável aos contratos de serviços contínuos que pressupõe a dedicação exclusiva de mão-de-obra alocada na prestação dos serviços.

Com efeito, ao contrário do reajuste em sentido estrito que reflete apenas a variação de custo ocasionada pela inflação, na repactuação a recomposição do preço originário do contrato efetiva-se pela demonstração analítica da majoração dos custos com mão-de-obra, decorrente dos reajustes previstos nos acordos, convenções e dissídios coletivos da categoria de profissionais alocados para prestação dos serviços.

A nova Lei de Licitações inovou ao incorporar essa modalidade em seu texto, que anteriormente só estava regulamentada pela Instrução Normativa nº 05/2017-SLTI/MPOG, assim contextualizando-a:

“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, 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”. (Destacamos.)

Isso quer dizer que um contrato de prestação de serviços contínuos pode ter seu preço originário atualizado tanto pelo reajuste em sentido estrito e como pela repactuação.

Nesse cenário, importante observar o **marco temporal (data-base)**, tendo em vista que enquanto o reajuste em sentido estrito incide a partir da anualidade da data do orçamento estimado, na repactuação considera-se a anualidade (i) a partir da data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, quando se referir à variação de custos

decorrente da mão-de-obra; e (ii) à data de apresentação da proposta quando se referir à variação de custo decorrente da aquisição de materiais e equipamentos necessários à execução dos serviços. Assim, na repactuação o reajuste do preço originariamente contratado pode ocorrer antes de completados os 12 (doze) meses da data de assinatura do contrato (art. 25, §8º e art. 92, §4º da nova Lei de Licitações).

O art. 92, inciso X e §6º, da nova Lei de Licitações ainda preceitua como requisito para elaboração de qualquer contrato administrativo a previsão de cláusula que assegure o prazo, preferencialmente de 1 (um) mês), contado da data do fornecimento da documentação, para resposta da Administração ao pedido de repactuação formulado pelo contratado.

Sobre o tema, recentemente foi aprovado no 1º Simpósio de Licitações e Contratos da Justiça Federal, realizado nos dias 16 e 17 de agosto de 2022, o Enunciado 25 para dispor:

“ENUNCIADO 25: O prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços determinado no contrato administrativo (art. 92, inciso X, e § 6º da Lei n. 14.133/2021) **começa a fluir somente a partir do momento em que o pedido da contratada se encontra correto e completamente instruído.**”
(Destacamos.)

Com efeito, a formalização do reajuste em sentido estrito e da repactuação pode-se dar por mero apostilamento, ato realizado unilateralmente pela Administração, sendo facultativa a celebração de termo aditivo, a teor do contido no art. 136, inciso I, da nova Lei de Licitações:

“Art. 136. 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;” (Destacamos.)

Nessas situações, o apostilamento é instrumento favorável às Partes, na medida que torna a instrução processual mais célere, dispensando, inclusive, parecer jurídico do órgão contratante.

III – REVISÃO

A revisão, por sua vez, constitui mecanismo de recomposição do preço originário do contrato, decorrente de fatos novos e imprevisíveis, de contingenciamento incontrolável, supervenientes e externos à relação contratual, mas que interferem no equilíbrio econômico-financeiro do contrato para além da curva do reajuste, que nesses casos não é suficiente para recompor o dispêndio do contratado.

Registra-se que a nova Lei de Licitações também inovou ao estabelecer que **o pedido de revisão não contempla o risco comum do negócio** que todo empresário assume no ato da contratação.

O instituto encontra-se previsto no art. 124 da nova Lei de Licitações:

“Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - **por acordo entre as partes:**

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.**”

Destaca-se que há entendimento consolidado no âmbito dos Tribunais de Contas no sentido que a majoração do preço para fins de revisão pressupõe a demonstração efetiva de que o desequilíbrio já tenha ocorrido, ou seja, é necessário demonstrar que o “prejuízo” já foi efetivamente suportado pelo contratado.

Assim, o pedido de revisão deve ser subsidiado por conjunto probatório robusto que justifique a sua razoabilidade e proporcionalidade frente ao efetivo desequilíbrio suportado pelo contratado.

Nesse sentido, pode-se apresentar notas fiscais, contratos de trabalho no caso de atualização da política de salários da empresa, indicadores (demonstração do quantitativo de SLA's cumpridos e níveis de complexidade, por exemplo), atualização do parque tecnológico da empresa, normas e recortes de jornais e sites de notícias que veiculem eventual fato superveniente e de notório impacto à execução dos serviços, como ocorreu com a recente COVID-19, dentre outros.

Igualmente, o art. 92, inciso XI da nova Lei de Licitações preceitua como requisito para elaboração de qualquer contrato administrativo a previsão de cláusula que estabeleça o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro (revisão) formulado pelo contratado.

IV – PRECLUSÃO

Outra inovação trazida pela Lei nº 14.133/2021 refere-se à possibilidade de reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, após o término do prazo de vigência do contrato. Nessas situações, deferindo-se o pedido, **o pagamento será realizado a título indenizatório.**

Ressalta-se, entretanto, que o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro deve ser formalizado ainda na vigência do instrumento contratual e antes de materializada a sua eventual prorrogação, sob pena de preclusão do direito, a teor do contido do art. 131, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021:

“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.

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.”

Com efeito, para os casos de reajuste em sentido estrito, a nova norma desconstituiu o entendimento até então existente, quanto ao dever de a Administração Pública promover o reajuste de ofício.

A matéria foi consolidada recentemente no 1º Simpósio de Licitações e Contratos da Justiça Federal ¹:

“ENUNCIADO 1: Constitui **boa prática** da Administração, no momento da instrução da prorrogação, **emitir alerta à contratada a respeito dos efeitos da formalização do termo aditivo sem a ressalva do direito aos reajustes** nos termos da lei e do contrato. (art. 92 da Lei n. 14.133/2021)”.

“ENUNCIADO 6: Embora não haja preclusão lógica do direito ao reajuste em sentido estrito, **competete à contratada a apresentação do pedido**, não cabendo, portanto, ao contratante processar, de ofício, o reajuste”.

Nesses termos, quanto à aplicabilidade da nova norma, está pacificado o entendimento de que a Administração Pública **poderá** informar ao contratado, previamente ao ato de prorrogação do contrato, a incidência da preclusão, caso o aditivo seja assinado sem o prévio e formal pedido de incidência do reajuste, que constitui dever e obrigação do contratado.

V – CONCLUSÃO

Diante do exposto, denota-se que a nova Lei de Licitações, no âmbito da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, trouxe mecanismos para viabilizar e consolidar os institutos, estabelecendo diretrizes e responsabilidades aplicáveis às partes para assegurar a manutenção das condições iniciais da contratação. Em resumo destaca-se:

- A data-base para concessão do reajuste em sentido estrito deixa de ser a data da proposta e passa a ser a data do orçamento estimado, cuja informação deverá ser formalmente disponibilizada pela Administração Pública, previamente à instrumentalização do ajuste;

- A concessão do reajuste em sentido estrito precede prévio e formal pedido do contratado, a ser apresentado antes do término do prazo de vigência do contrato, sob pena de preclusão do direito;

- Para os casos em que sejam devidos reajustes retroativos, desde que o pedido tenha sido formalizado antes do término da vigência do contrato, o pagamento dar-se-á a título indenizatório;

- Regulamentação do instituto da repactuação, estabelecendo as diretrizes para sua incidência, e trazendo a responsabilidade do contratado quanto à demonstração analítica da majoração dos custos; e

- Acerca do instituto da revisão trouxe a ponderação quanto ao risco da contratação assumido pelo particular quando da formalização da formalização do ajuste.

¹ Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/licita-contat-jf>>.

Como citar este texto:

SILVA, Dayana Andrade da. Reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos segundo a nova Lei de Licitações. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 25 out. 2022. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.