

Anna Moroni
ASSESSORIA EM LICITAÇÕES



MITOS E VERDADES:

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO
DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



13



A garantia do equilíbrio econômico-financeiro depende de previsão expressa no edital e no contrato.

19



Em um mesmo contrato, poderá ocorrer reajustes de alguns itens e repactuação de outros.

21



Somente os contratos que tenham por objeto a prestação de serviço de natureza continuada podem ser repactuados.

As alterações contratuais previstas na Lei 8.666/93 podem ser formalizadas por meio de termo aditivo ou por apostila, ficando a critério do gestor público.

17



A ocorrência de fato imprevisível ou previsível, porém de consequências incalculáveis, por si só, não justifica a revisão do contrato seja para mais ou para menos.

20



24



O reajuste em sentido estrito não pode ser concedido de ofício pela Administração Pública.

26



Ao firmar o termo aditivo de prorrogação sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados, a empresa contratada deixa de exercer o seu direito à repactuação pretérita, dando motivo à concorrência de preclusão lógica de tal possibilidade.

Quando for o caso de utilização de apostila, não haverá obrigação legal que imponha submeter o processo para análise e aprovação da assessoria jurídica, ressalvado a autoridade, solicitar o assessoramento jurídico, devendo se limitar a apontar quais as dúvidas para análise jurídica.

22



Um dos requisitos fundamentais do reajuste é a anualidade. Essa periodicidade anual será contada a partir da data limite para a apresentação da proposta.

25



A revisão nos contratos diante de um estado de crise pode ser aplicada de forma irrestrita e extensiva, dada a excepcionalidade das circunstâncias.

27



Conceituações

Conceitos Iniciais



Reequilíbrio Econômico-Financeiro



Previsão Legal



Art. 37, CF:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

REAJUSTE *em sentido estrito*



Art. 40, XI e 55, III da Lei 8.666/93

REACTUAÇÃO

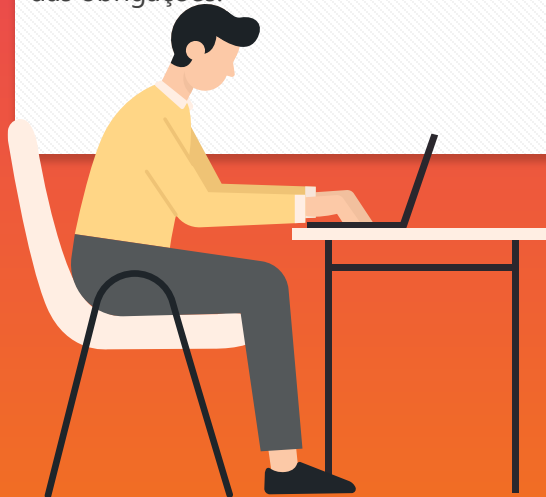


Art. 40, XI e 55, III, da Lei 8.666/93

REVISÃO



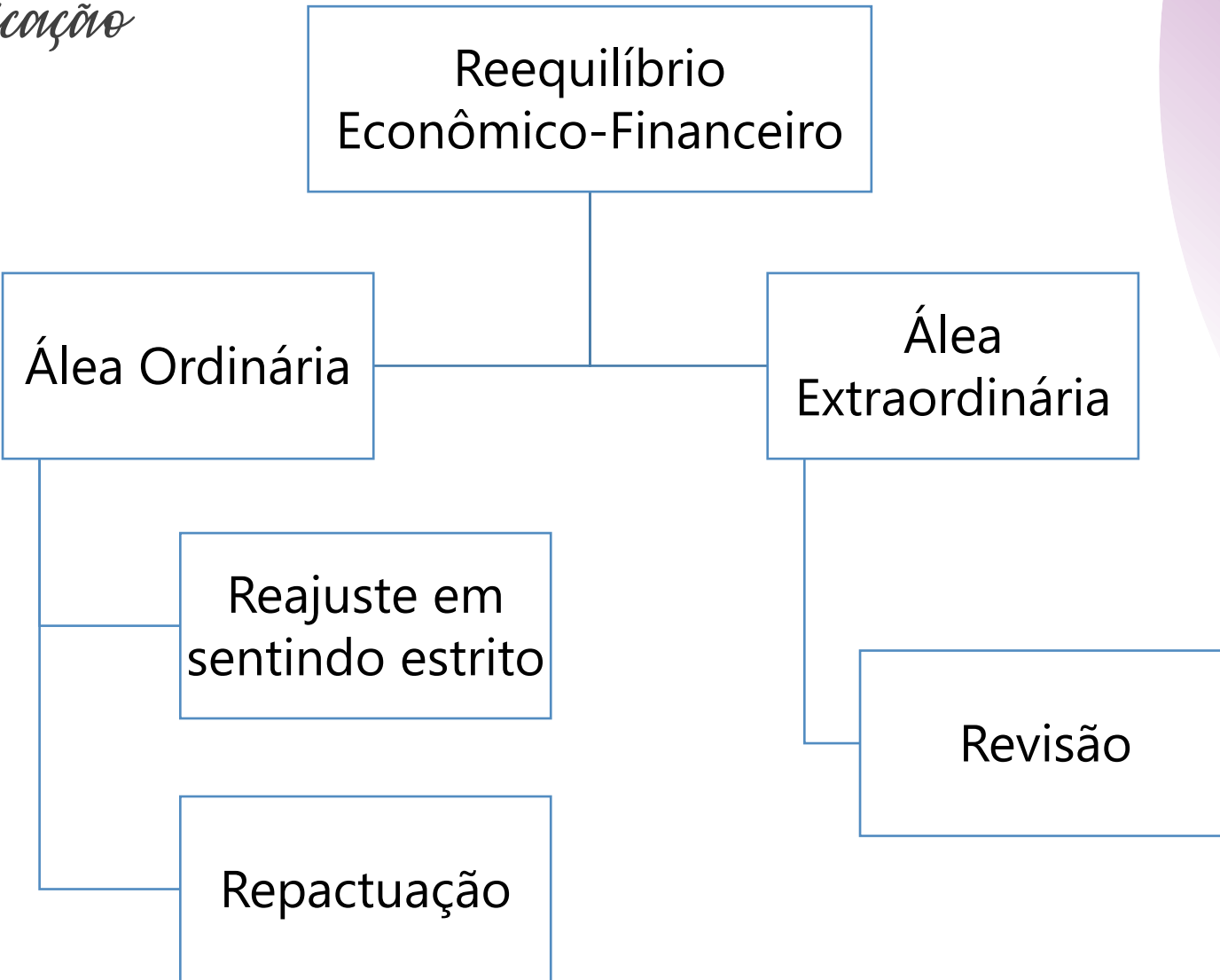
Art. 65, II, "d", da Lei 8.666/93



Esquemmatizando



Ramificação



Álea Ordinária



Conceituação

São os riscos inerentes à atividade econômica. Pouco importam ao Estado, pois são suportados pela empresa contratada.

Álea Extraordinária



Conceituação

São as onerações imprevisíveis e supervenientes que impedem a continuidade do contrato.

Esta álea se subdivide em:

ÁLEA ADMINISTRATIVA E ÁLEA ECONÔMICA.

Álea Extraordinária



Conceituação

A **ÁLEA ADMINISTRATIVA** decorre de atos oriundos do Poder Público que refletem diretamente na relação contratual.

Isso significa que é a Administração Pública que pratica atos, objetivando alcançar ao interesse público, porém suas determinações interferem na execução do contrato.

A **ÁLEA ADMINISTRATIVA** abrange os seguintes institutos: a) alteração unilateral do contrato; b) fato do príncipe; e c) fato da Administração.

Álea Extraordinária



Conceituação

A **ÁLEA ECONÔMICA** é decorrente de atos imprevisíveis, externos ou inevitáveis que provocam efeitos sobre o contrato.

Como exemplo, a doutrina cita as crises econômicas. Em casos como estes, aplica-se a **Teoria da Imprevisão** para resguardar a manutenção e o equilíbrio contratual.

A **Teoria da Imprevisão** abrange o caso fortuito, força maior e as variações cambiais.

Álea Extraordinária: Administrativa e Econômica

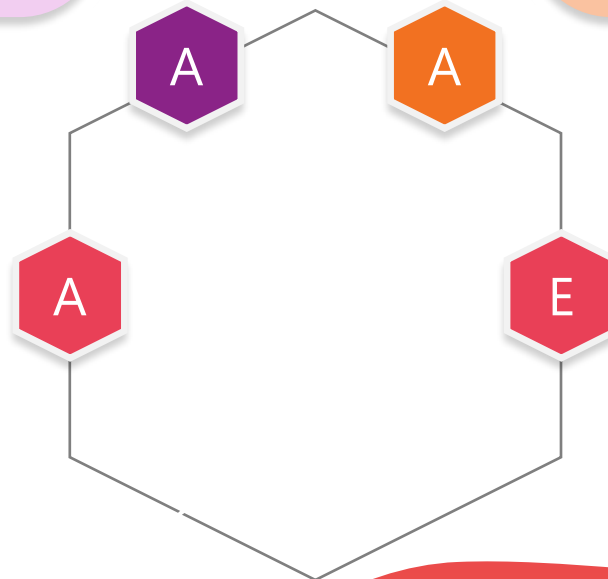


Alteração Contratual Unilateral

Fato da Administração
(Mudanças nas condições impostas pelo Poder Público)



Fato do Príncipe (Alteração em legislações)



Teoria da Imprevisão (Caso Fortuito, Força Maior, Variações Cambiais)





Mito ou Verdade?

10 questões importantes





A garantia do equilíbrio econômico-financeiro depende de previsão expressa no edital e no contrato.

1º Ponto

Antes de respondermos se é mito ou verdade, vamos lá. Sabemos que o reequilíbrio econômico-financeiro previsto da Lei 8.666/93 é a regulamentação do ***direito constitucional*** previsto lá no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual prevê que as condições estabelecidas inicialmente na proposta devem ser mantidas na relação contratual.

Partindo desse princípio, temos o entendimento de que, apesar da exigência do art. 40, XI e 55, III, da Lei 8.666/93 sobre a necessidade de previsão em edital e no contrato das condições e parâmetros para concessão de reajuste e repactuação dos valores, questiona-se quando pode ocorrer a ausência dessa previsão.

Aqui optamos por dividir os institutos da revisão, reajuste em sentido estrito e repactuação, para analisar cada caso.

Primeiramente, a **revisão** é decorrente de fatores imprevisíveis mesmo que não haja previsão no contrato. Entende-se que o direito ao equilíbrio econômico penderá pela concessão, haja vista que os fatores extraordinários não foram acarretados por culpa do contratado ou da Administração.



A garantia do equilíbrio econômico-financeiro depende de previsão expressa no edital e no contrato.

1º Ponto

Já com relação ao **reajuste em sentido estrito**, as opiniões se dividem: há quem defenda que a ausência de previsão do índice a ser utilizado para fins do realinhamento e reajustamento dos preços do contrato corrobora para a ausência do direito. Entretanto, permita-me defender o meu entendimento, e também de algumas decisões judiciais no mesmo sentido, que considera a ausência editalícia e contratual como falha da Administração Pública, portanto não prejudica o direito constitucional do contratado.

Dessa maneira, não havendo índice pré-estabelecido, a Administração Pública deverá indicar o índice utilizado em mesmas finalidades contratuais do caso em questão, por exemplo, Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) para bens ou insumos; e/ou, Índice Nacional de Custos da Construção (INCC) para obras e serviços de engenharia, ou ainda, a Administração Pública poderá eleger o indicador inflacionário de menor impacto financeiro para a gestão pública e aplicá-lo aos valores de modo a garantir o direito do contratado.





A garantia do equilíbrio econômico-financeiro depende de previsão expressa no edital e no contrato.

1º Ponto

Ainda sobre a possibilidade de concessão de **reajuste em sentido estrito**, mesmo sem previsão editalícia, veja uma decisão no mesmo sentido:

"(...) conquanto o mencionado Contrato tenha sido estipulado para vigor durante 360 dias, houve a celebração de Termo Aditivo prorrogando esse prazo por mais quatro meses. Restando atendido, pois, o interregno estabelecido na legislação (vigência por mais de um ano), há de se reconhecer o direito ao reajuste, mesmo considerando não haver previsão editalícia ou contratual fixando os critérios a serem observados para tanto. É que a ausência de previsão nesse sentido deve-se ao prazo inicialmente estipulado para o término do contrato, qual seja, 360 dias, lapso este inferior aquele constante do mencionado art. 2º, §1º, da Lei 10.192/01, dispositivo legal que não tem aplicação à hipótese em tela." (TRF 5, Processo nº 08041620420134058300, AC/PE, Desem. Federal Paulo Machado Cordeiro, 3ª Turma, Julgado: 22/09/2015).





A garantia do equilíbrio econômico-financeiro depende de previsão expressa no edital e no contrato.

1º Ponto

Já com relação a **repactuação**, que consiste na atualização anual dos dissídios coletivos, exige-se previsão no edital para a formação de planilhamento, no qual deverá o licitante demonstrar detalhadamente os seus custos com mão-de-obra, dessa forma, poderá ficar claro o impacto do acordo ou convenção coletiva diretamente naqueles custos. Comumente, na prática, é praticamente impossível a concessão de repactuação de valores sem que haja, inicialmente, à época da proposta, a formulação da planilha de custos do serviço terceirizado.

Assim, concluímos que, em nosso entendimento, nos casos de revisão e reajuste em sentido estrito, ainda que, não haja previsão editalícia ou contratual, incorrendo os requisitos necessários, estes deverão ser concedidos. Excetuamos os casos de repactuação, já que necessariamente dependerão de previsão contratual e editalícia de planilha, data-base e outros requisitos para a concessão.





Para as alterações contratuais previstas na Lei 8.666/93, podem ser formalizadas por meio de termo aditivo ou por apostila, ficando a critério do gestor público.

2º Ponto

Mito ou verdade?! **Desde que dentro das possibilidades prevista em lei**, caberá ao gestor público decidir quando utilizar o termo aditivo ou apostilamento. A própria lei confere o direcionamento no que se refere aos reajustes, colocando o termo aditivo como dispensável, conforme o art. 65:

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

Nesse sentido, concluímos que a utilização do **termo aditivo** destina-se aos casos de alterações de cláusulas contratuais, sendo portanto, a utilização do termo aditivo a regra prevista na Lei n. 8.666/93, e a confecção da **apostila** reservada para situações excepcionais permitidas por lei.





Para as alterações contratuais previstas na Lei 8.666/93, podem ser formalizadas por meio de termo aditivo ou por apostila, ficando a critério do gestor público.

2º Ponto

A diferença entre a apostila e o termo aditivo é que aquela consiste em simples anotações anexa ao contrato ou simples registro administrativo; já o termo aditivo é a peça confeccionada nos termos do contrato, assinado por ambas as partes e com as modificações contratuais.

Em se tratando de reequilíbrio econômico-financeiro, a doutrina afirma que o reajuste e a repactuação podem ser formalizados por apostilamento e a revisão do contrato será estipulada por meio de termo aditivo.

Sobre os institutos:

"Veja que a apostila é procedimento simplificado utilizado nos casos em que as alterações do valor pactuado decorrem de reajuste, atualizações, compensações ou penalizações previstas no próprio contrato. Não se aplicam as hipóteses de alterações nas bases contratuais. De ressaltar que o art. 65, § 8º, dispõe que o apostilamento é opcional, já que usa a frase 'podendo ser registrados por simples apostila'." (Acórdão 474/2005 Plenário, Relatório do Ministro Relator)





Em um mesmo contrato, poderá ocorrer reajustes de alguns itens e repactuação de outros.

3º Ponto

Verdade! Se pensarmos que o reajuste e a repactuação objetivam alcançar itens e pontos distintos do mesmo contrato, será possível a aplicabilidade de ambos, sendo cada qual limitado à sua cobertura legal e ao fato gerador.

Em algumas hipóteses, a prestação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra terá também em sua composição de custos, os insumos (materiais de limpeza, por exemplo). Nestes casos, embora a normatização federal faça referência somente ao instrumento repactuação, terá, na verdade, dois institutos - o da repactuação e o do reajuste na mesma planilha de composição dos custos.

Como sabemos, a repactuação é instituto aplicável somente aos contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra¹. No entanto, a própria Instrução Normativa 5/17-SEGES/MP trata como possível a possibilidade de repactuação dos itens atinentes à mão de obra e o reajuste por indicador inflacionário para os outros itens como os insumos.



¹TCU: Acórdão 1488/2016 – Plenário.



A ocorrência de fato imprevisível ou previsível, porém de consequências incalculáveis, por si só, não justifica a revisão do contrato seja para mais ou para menos.

4º Ponto

Verdade! Quando analisamos a ocorrência da situação que poderá ensejar a revisão ou o reequilíbrio do contrato, buscamos a concretização de um dos itens, quais sejam, a elevação ou redução da carga tributária; a modificação superveniente do projeto por parte da Administração; a situação de fato preexistente ou não, de impossível conhecimento ou previsão, que onera a contratação; ou ainda, o fato imprevisível da natureza que atrasa ou torna mais difícil a prestação contratual que estão presentes no art. 65 da Lei nº 8.666/93.

No entanto, a ocorrência de fatos jurídicos extraordinários, imprevisíveis ou previsíveis com consequências incalculáveis que afetem a equação contratual, pura e simples, não necessariamente geram o direito ao reequilíbrio.

Assim, cabe ao contratado levar a repercussão fática e/ou econômica para a equação inicialmente elaborada no contrato administrativo. A ausência de comprovação de situação extraordinária e extracontratual que incide diretamente no equilíbrio daquele contrato poderá afastar o direito do caso. Aqui, requer-se a comprovação por diversos meios, dentre eles, uma nova planilha de custos e investimentos atualizadas e comparada com a planilha inicialmente proposta pela empresa na época da licitação.



Somente os contratos que tenham por objeto a prestação de serviço de natureza continuada podem ser repactuados.

5º Ponto

Verdade! O instituto da repactuação que está ligado às áleas ordinárias, segundo a doutrina e julgados, não ocorrerá de forma automática, caberá ao contratado realizar a sua solicitação por meio de requerimento e apresentando as novas normas de dissídios coletivos.

A prestação de mão de obra com dedicação de mão de obra exclusiva ocorrerá quando o colaborador prestar serviços diretamente para a Administração Pública, como é o caso de Auxiliar de Limpeza, Vigilantes, e outros, que estão à disposição da Administração.

Dessa forma, o TCU se manifestou no sentido de que: *"O instituto da repactuação de preços aplica-se apenas a contratos de serviços continuados prestados com dedicação exclusiva da mão de obra."* Acórdão 1488/2016 – Plenário.





Quando for o caso de utilização de apostila, não haverá obrigação legal que imponha submeter o processo para análise e aprovação da assessoria jurídica, ressalvando a autoridade, solicitar o assessoramento jurídico, devendo se limitar a apontar quais as dúvidas para análise jurídica.

6º Ponto

Verdade! O termo aditivo por prever alterações contratuais deverá ser objeto do controle de legalidade por parte do parecerista/assessoria jurídica do órgão em obediência ao previsto no art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, quando determina que, *"minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração"*. Isso ocorre porque há limites e requisitos legais que precisam ser observados para que ocorra a alteração contratual, cabendo à assessoria jurídica resguardar essa obediência.

Por outro lado, o apostilamento tem sido afastado do entendimento dos pareceristas. Essa opinião encontra apoio no entendimento firmado pela Advocacia-Geral da União / Procuradoria-Geral Federal / Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos que, no Parecer Nº 004/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, posicionou-se da seguinte forma, vejamos:





Quando for o caso de utilização de apostila, não haverá obrigação legal que imponha submeter o processo para análise e aprovação da assessoria jurídica, ressalvando a autoridade, solicitar o assessoramento jurídico, devendo se limitar a apontar quais as dúvidas para análise jurídica.

6º Ponto

EMENTA: REPACTUAÇÃO. ASPECTOS GERAIS. DISTINÇÃO ENTRE REPACTUAÇÃO E REAJUSTE. FORMALIZAÇÃO. ADOÇÃO DE ÍNDICES PARA REAJUSTAMENTO DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS. REPACTUAÇÃO POR APOSTILAMENTO. OBJETOS CONTRATUAIS COM SERVIÇOS DISTINTOS.

(...) IV. *A repactuação promovida por apostilamento não exige manifestação obrigatória da Procuradoria, pois não se está diante da alteração de cláusulas contratuais (arts. 38, parágrafo único, e 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93 e art. 40, § 4º, da IN SLTI/MPOG Nº 02/2008). Dúvidas jurídicas porventura existentes deverão ser apreciadas pela Procuradoria.*

(...)14. *Em síntese, a Administração Pública deverá prever cláusula contratual definindo o critério de reajustamento (reajuste em sentido amplo). Os cálculos decorrentes da aplicação da cláusula, portanto, não representam a alteração das condições da contratação, mas mera efetivação de algo que já está previsto no contrato desde a origem. É justamente essa a razão pela qual os novos valores contratuais não precisarão ser registrados no processo administrativo por meio de termo aditivo. Se não há alteração contratual, não há que se aditar nada por termo: basta realizar o apostilamento dos novos valores (art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666/1993). Parecer Nº 004/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU.*





O reajuste em sentido estrito não pode ser concedido de ofício pela Administração Pública.

7º Ponto

Mito! O reajuste em sentido estrito pode ser concedido de ofício, sim. Tendo como requisitos a anualidade e índice inflacionário inicialmente estabelecidos em edital ou contrato, há quem oriente pela automaticidade do reajustamento dos preços.

"O inciso XI, do art. 40 da Lei n.º 8.666/1993, combinado com o §1º do art. 3. da Lei n. 10.192/01, é categórico ao prescrever que o edital de licitação deve dispor de critério de reajuste, que deve retratar a variação do custo de produção e que deve ser aplicado depois de doze meses da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se refere. [...]"

*Pois bem, por força dos supracitados dispositivos legais, o reajuste deve ser disciplinado no edital. Então, a Administração deve determinar. No edital, o critério para o reajuste, que é devido depois de doze meses da data da proposta ou do orçamento a que a proposta se refere. Em vista disso, vencidos os doze meses, a Administração deve dar cumprimento de ofício ao edital e, em última instância, à legalidade, **independentemente de requerimento do contratado**. Se de fato ocorrem as condições que autorizam o reajuste, na forma do edital e do contrato, **ele deve ser concedido quase que de forma automática. ainda que o contratado não tenha se manifestado**. O cumprimento do edital e da legalidade em todos os seus aspectos e inclusive no que tange ao reajuste não é condicionado ao pleito do contratado. Para que o reajuste não seja concedido, é necessário que haja renúncia expressa do contratado. Somente assim a Administração pode escusar-se de aplicar o critério de reajuste enfeixado no edital da licitação¹."*

● ● ● ¹NIEBUHR. Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 4ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 1.030.



Um dos requisitos fundamentais do reajuste é a anualidade. Essa periodicidade anual será contada a partir da data limite para a apresentação da proposta.

8º Ponto

Verdade! O reajuste em sentido estrito prevê a submissão a anualidade sendo que o marco para contagem anual é a **data da proposta e não da assinatura do contrato**. Por outro lado, o gestor público poderá elencar também, como marco inicial, a data do orçamento estimativo da licitação, além da data limite para apresentação das propostas. Veja este julgado:

“Embora o gestor público possa adotar, discricionariamente, dois marcos iniciais distintos para efeito de reajustamento dos contratos, (i) a data limite para apresentação das propostas ou (ii) a data do orçamento estimativo da licitação, o segundo critério é o mais adequado, pois reduz os problemas advindos de orçamentos desatualizados em virtude do transcurso de vários meses entre a data-base da estimativa de custos e a data de abertura das propostas.” (Acórdão 19/2017 – Plenário).





Ao firmar o termo aditivo de prorrogação sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados, a empresa contratada deixa de exercer o seu direito à repactuação pretérita, dando motivo à concorrência de preclusão lógica de tal possibilidade.

9º Ponto

Verdade! É o posicionamento do TCU em diversos julgados, diferentemente do reajuste, em que a incidência deverá se dar de forma automática, na repactuação deverá haver requerimento.

“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.” (Acórdão 1601/2014 – Plenário)

Entendemos que, se o contratado aceita a prorrogação do contrato, nas mesmas condições, sem antes requerer a repactuação, ocorrerá a preclusão lógica. Acontecer que, na prática, mesmo que a Administração Pública não analise o pedido antes da concretização da assinatura da prorrogação, a solicitação já garante a apreciação e discussão desse direito. Sendo este reconhecido, seus efeitos devem incidir desde o momento do fato gerador.





A revisão nos contratos diante de um estado de crise pode ser aplicada de forma irrestrita e extensiva, dada a excepcionalidade das circunstâncias.

10º Ponto

Mito! Apesar do estado a ser considerado é de crise, não significa dizer que a revisão dos valores será aplicada de forma irrestrita e extensiva, muito pelo contrário, as condições e o objeto do reequilíbrio devem ser consoantes ao previsto em lei, sem permissão para inovações além das previsões legais.

O objeto da revisão envolve diversos fatos jurídicos extraordinários, imprevisíveis com consequências incalculáveis, que afetam a equação contratual. Além do mais, em se tratando de cenário de crise, não podem ser afastadas as exigências de instrução processual, tais como, conjunto probatório de condição extraordinária e extracontratual, não prevista anteriormente e difícil de suportar e de dar continuidade à execução contratual.





Nuances

05 pontos de análise sobre os 03 institutos

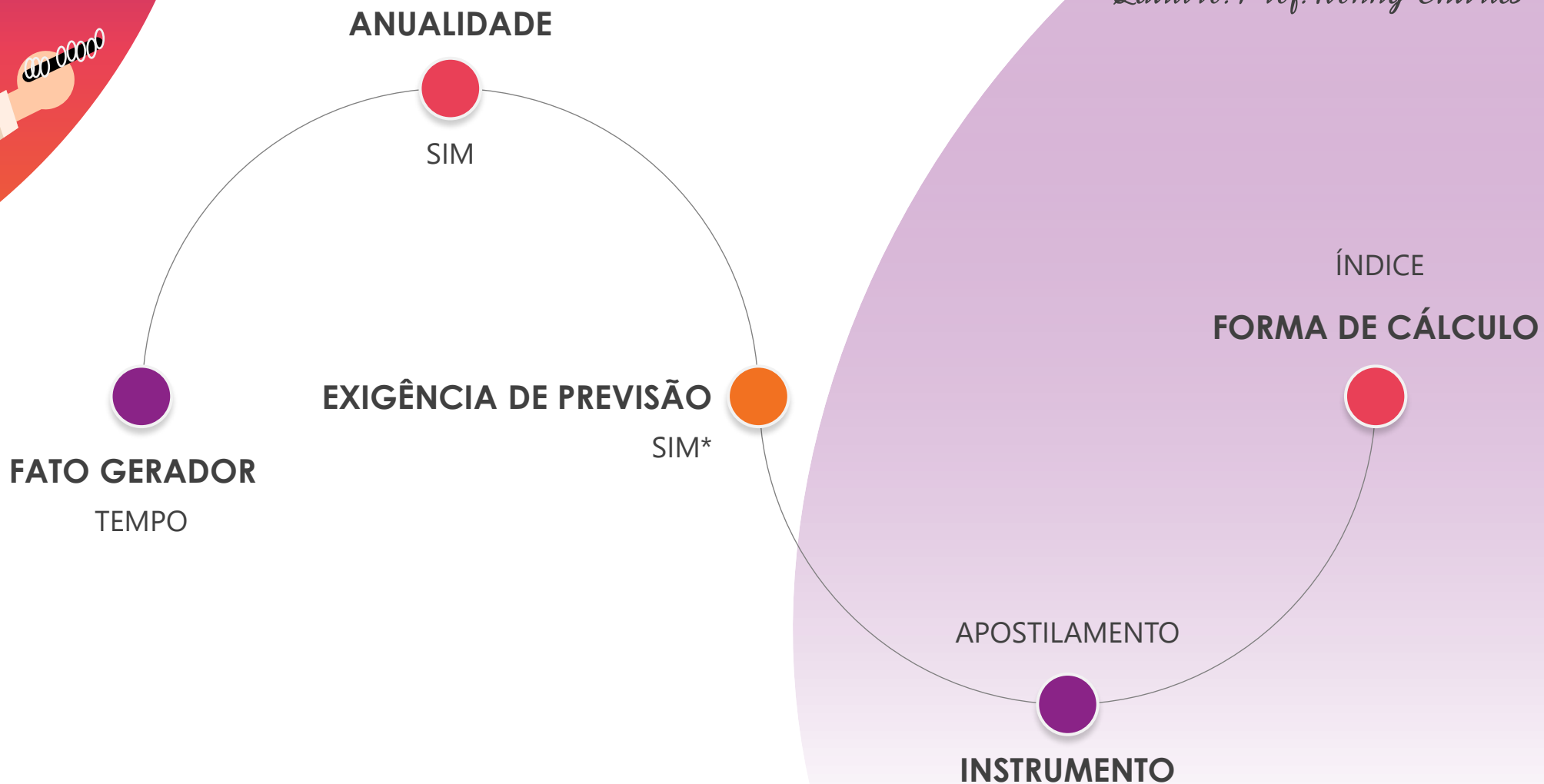




REAJUSTE



Quadro: Prof. Ronny Charles

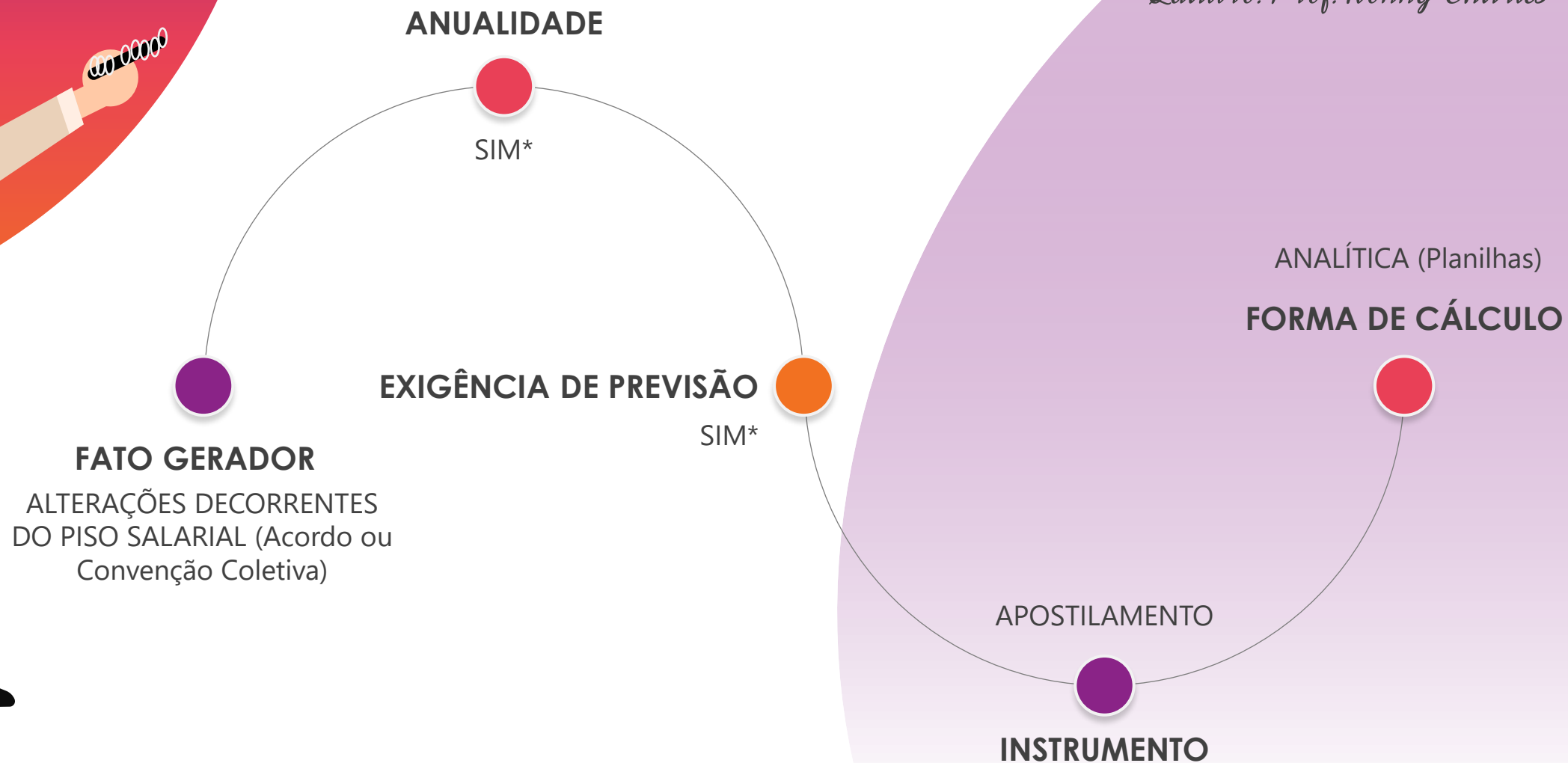




REPACTUAÇÃO



Quadro: Prof. Ronny Charles

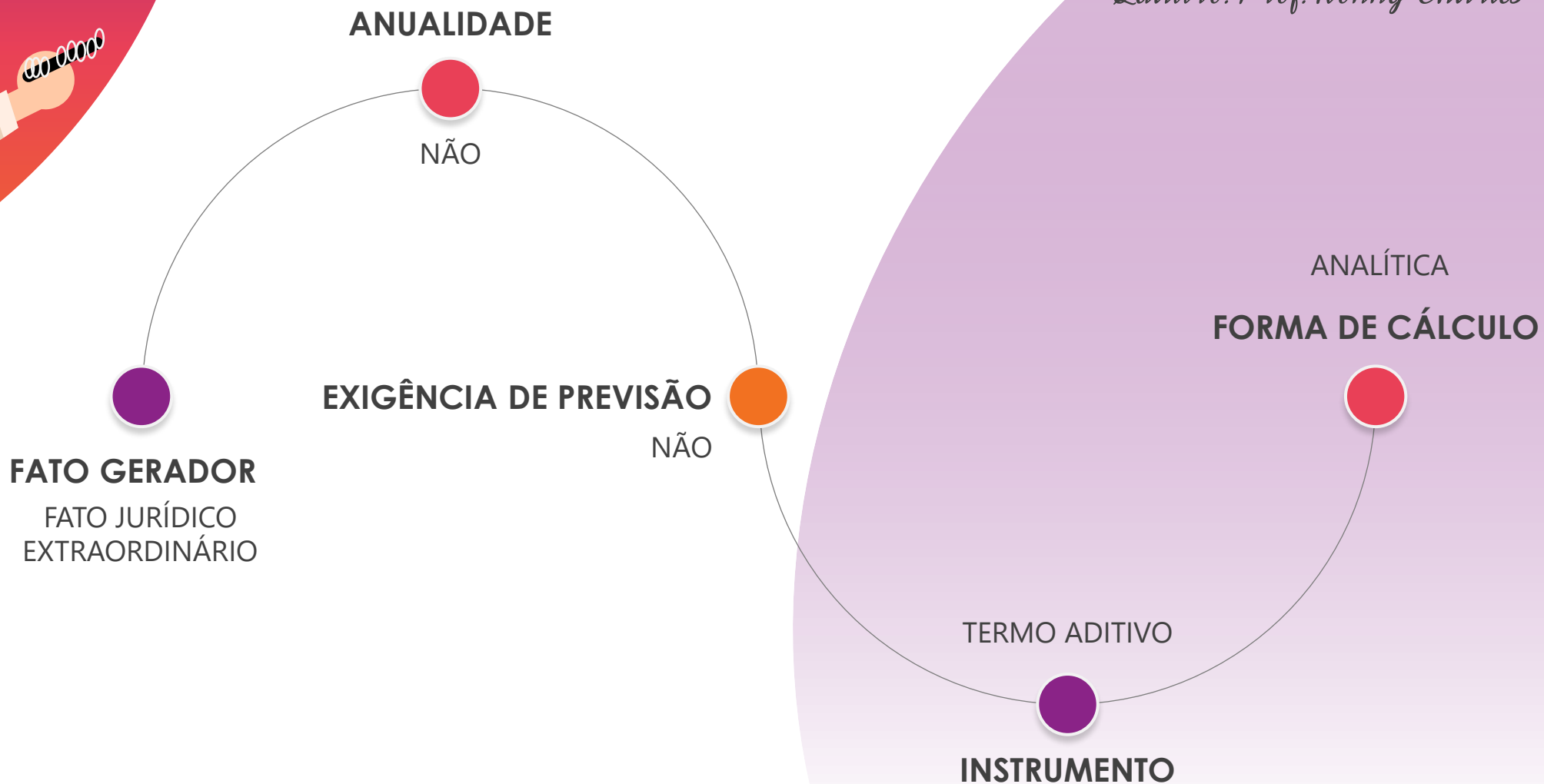




REVISÃO



Quadro: Prof. Ronny Charles



Mensagem da Autora



Agradeço, primeiramente, a Deus, aos meus pais, meus irmãos, meu esposo e meus amigos, pelo apoio e pela admiração ao meu trabalho.

Agradeço também aqueles que me proporcionaram aprender, no cotidiano, o Direito Público, especialmente, Licitações e Contratos Administrativos, meus mestres e meus mentores.

Aos agentes públicos, deixo a minha singela contribuição para somar aos seus conhecimentos, e, conseqüentemente, agregar a gestão pública brasileira.

Aos empreendedores públicos, agora, mais do que antes, é o momento de enxergarmos que, fazemos parte sim, da Administração Pública, e que, precisamos fazer a nossa parte.

Aos meus alunos, minha eterna gratidão por fazer parte do crescimento profissional de cada um de vocês, sinto-me honrada a cada dúvida, a cada dia, a cada troca de experiências.

Anna Moroni

Referências Bibliográficas



ALEXANDRE, Thiago Guedes. Reequilíbrio econômico nos contratos administrativos Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 19 abr 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53164/reequilibrio-economico-nos-contratos-administrativos>. Acesso em: 19 abr 2020.

CURSO: ENTENDENDO AS LICITAÇÕES – Ano 2017, realizado pelo CERS. 18h/a. Instrutor: Professor Ronny Charles Lopes de Torres.

FERREIRA, Camila Cotovicz. Alterações contratuais: necessidade de manifestação prévia da assessoria jurídica. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/alteracoes-contratuais-necessidade-de-manifestacao-previa-da-assessoria-juridica/>. Acesso em: 19 abr 2020.

NIEBUHR. Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 4ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVEIRA, Aline de. Qual A Diferença Entre Reajuste, Repactuação E Revisão? 5 Principais Dúvidas Sobre Contratos Administrativos. Disponível em: https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=15250. Acesso em: 19 abr 2020.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Lei de licitações públicas comentadas. 9ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.



Anna Moroni

ASSESSORIA EM LICITAÇÕES

OBRIGADA



@annamoroni_



Anna Moroni – A Publicista



Anna Paulla Oliveira Moroni

