



O INSTITUTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL



O INSTITUTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Estudo Técnico 001/2022-DFME/SCE

Data: 16/08/2022

**Assunto: O INSTITUTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO:
uma análise doutrinária e jurisprudencial.**

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. ART. 37, XXI, CRFB/88. DISCIPLINA NA LEI 8.666/1993 E LEI 14.133/2021. CONTROLE EXTERNO. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. POSSIBILIDADE. HIPÓTESES. CRITÉRIOS. JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Presidente

Conselheiro Mauri José Torres Duarte

Vice-Presidente

Conselheiro Gilberto Pinto Monteiro Diniz

Corregedor

Conselheiro Durval Ângelo Andrade

Ouvidor

Conselheiro Wanderley Geraldo de Ávila

Conselheiros

Cláudio Couto Terrão

José Alves Viana

Conselheiro em Exercício

Adonias Fernandes Monteiro

Conselheiros Substitutos

Adonias Fernandes Monteiro

Hamilton Antônio Coelho

Licurgo Joseph Mourão de Oliveira

Telmo de Moura Passareli

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS

Procurador-Geral

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Subprocurador-Geral

Daniel de Carvalho Guimarães

Procuradores

Cristina Andrade Melo

Elke Andrade Soares de Moura

Glaydson Santo Soprani Massaria

Maria Cecília Mendes Borges

Sara Meinberg Schmidt de Andrade Duarte

EXPEDIENTE

Realização

Diretoria de Comunicação

Luiz Cláudio Diniz Mendes | Diretor

Coordenadoria de Publicidade e Marketing

André Augusto Costa Zocrato | Coordenador

Diagramação e Projeto Gráfico

André Luiz de Oliveira Junior | Designer

ELABORAÇÃO

Superintendência de Controle Externo

Adnei Esteves de Macedo | TC 2761-5

Douglas Emanuel Nascimento de Oliveira | TC 3274-1

Karla da Costa Martins | TC 2857-3

Pedro Henrique Campos Costa | TC 3198-1

Pedro Henrique Chadid de Oliveira | TC 3300-3

O tema do reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, instituto que visa assegurar a proporcionalidade entre os encargos e as obrigações assumidas pelo contratado e a remuneração correspondente, é muito frequente na rotina da Administração. Em razão dos impactos da Covid-19 nos contratos administrativos, essa matéria passou, com a mesma habitualidade, a fazer parte da agenda dos Tribunais de Contas, impactando a demanda processual de controle externo, o que, somado à existência de jurisprudência esparsa no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e à necessidade de alinhar o tratamento da matéria, motivou a instituição de grupo de estudos multidisciplinar e multissetorial com a finalidade de elaborar análise doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria, sob o enfoque teórico e prático.

Assim, o grupo preparou o Estudo Técnico n. 001/2022-DFME/SCE e a Superintendência de Controle Externo apresentou-o à Presidência do Tribunal. Tendo em vista a qualidade desse estudo e a importância da matéria tratada, surgiu a ideia de que fosse dada ampla publicidade ao trabalho desenvolvido, em publicação especial, no formato de revista eletrônica, de modo a disseminar o seu inteiro teor junto aos jurisdicionados do Tribunal e, com isso, contribuir para a correta compreensão da legislação e da jurisprudência vigentes sobre o tema e ao aperfeiçoamento contínuo da gestão pública.

Em linhas gerais, o estudo técnico aborda de forma ampla o reequilíbrio econômico-financeiro, perpassando por suas espécies e conceitos. Cuida, também, de sua aplicação nas variações cambiais, nas concessões de serviço público e nas obras e serviços de engenharia. Discorre, igualmente, sobre matriz de riscos e do emprego do reequilíbrio em contexto pandêmico. Paralelamente, traz ponderações sobre sua caracterização e evidenciação, bem como sobre a aceitabilidade de solução extrajudicial nos casos de conflito.

Assim, com muita satisfação e atento ao caráter pedagógico que deve pautar a atuação dos tribunais de contas, é que promovo esta edição especial da Revista Eletrônica intitulada “O instituto do reequilíbrio econômico-financeiro: uma análise doutrinária e jurisprudencial”. Ressalta-se que esta publicação, não reflete, necessariamente, o entendimento do Plenário, das Câmaras ou individual dos conselheiros que compõem o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, servindo ao propósito tão-somente de disseminar o conhecimento então compilado e agregado pelo estudo.

Desejo uma ótima leitura e proveitosas reflexões a todos.

Mauri José Torres Duarte
Conselheiro Presidente do TCEMG



SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. REVISÃO (65, II, D), REAJUSTE (40, XI), REPACTUAÇÃO (57, II C/C ART. 5º DEC. 2271/97), CORREÇÃO MONETÁRIA (40, XIV, C) E ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA (40, XIV, D)	14
2.1 Reajuste	16
2.2 Repactuação	19
2.3 Revisão	22
2.3.1 Caso Fortuito e Força Maior	23
2.3.2 Fato do Príncipe	23
2.4 Atualização Financeira e Compensação Financeira	24
2.5 Sistema de Registro de Preços	24
3. VARIAÇÃO CAMBIAL	26
4. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO	31
5. O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA	34
5.1 Aspectos acerca do Desequilíbrio em desfavor da Administração Pública	35
5.2 Aspectos acerca do desequilíbrio em desfavor do contratado	36
5.2.1 Impacto da variação de preços no ajuste inicial	36

<i>5.2.2 Perda de produtividade causada por fatores externos</i>	37
<i>5.2.3 Taxa de Riscos (Incertezas e Contingências)</i>	38
<i>5.2.4 Demonstração do desequilíbrio</i>	40
6. MATRIZ DE RISCOS	44
6.1 <i>Conceituação</i>	45
6.2 <i>Assimetria de informação e risco moral</i>	47
6.3 <i>Matriz de riscos e a Análise Econômica do Direito</i>	49
6.4 <i>Matriz de Riscos nas Obras e Serviços de Engenharia</i>	53
6.5 <i>Matriz de Riscos na Lei das Estatais</i>	57
7. O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM FACE DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS	61
8. SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	65
8.1 <i>Dispute Boards (Comitê de Resolução de Disputas)</i>	68
8.2 <i>Breve histórico jurisprudencial sobre a aceitabilidade dos compromissos arbitrais em contratos administrativos</i>	68
9. CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS	71



1. INTRODUÇÃO

Estabelece o art. 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88):

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. **(Grifos nossos).**

Para além da previsão constitucional, a possibilidade de restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro tem sede legal, notadamente na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993), na Lei das Estatais, que disciplina o regime jurídico das empresas públicas (Lei nº 13.303/16), bem como na denominada Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), cuja cogência se dará de forma ampla a partir de abril de 2023¹.

Não obstante, é imperativo deixar claro que a adequação do equilíbrio econômico-financeiro possui natureza principiológica, que assegura a proporcionalidade entre os encargos e as obrigações assumidas pelo contratado e a remuneração correlata. Na lição de Florivaldo Dutra de Araújo², “quanto maior o risco assumido pelo credor, maior preço ele tenderá a cobrar como contraprestação de sua atividade”. Desse modo, “ao garantir com mais afincos a expectativa legítima do contratado, a Administração, além de demonstrar comportamento ético, estará reduzindo os riscos e, conseqüentemente, o próprio dispêndio geral relativo a seus contratos”.

Considerando as prerrogativas do Estado para proceder alterações unilaterais nos contratos, a contrapartida dessa condição é a garantia de manutenção da relação de reciprocidade e proporcionalidade entre as obrigações daquele que contrata com a Administração Pública e a retribuição a que este se obriga³. Frisa-se que esta condição prestigia ambos os envolvidos na relação contratual. Marçal Justen Filho⁴ delinea:

[...] se os particulares tivessem que arcar com as conseqüências de todos os eventos danosos possíveis, teriam que formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com custos correspondentes a eventos meramente possíveis - mesmo quando inocorresse, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer seu infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem.

¹ Vide art. 193, II da Lei nº 14.133/2021.

² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Equilíbrio Econômico Financeiro nos Contratos Administrativos: Caso dos Reajustes Salariais**. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Org.) *Direito público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. cap. 18, p. 484.

³ LIMA, Renata Faria. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 440p.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 518

Nesse diapasão, o art. 65, II, “d” e §5º da Lei nº 8.666/93 determinam:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Grifos nossos).

[...]

§5º Quaisquer **tributos ou encargos legais** criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada **repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.**

Por sua vez, a novel legislação infraconstitucional que regula as contratações públicas segue a mesma linha:

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

II - por acordo das 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.

Art. 134. 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.

A seu turno, a Lei das Estatais afirma:

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

VI - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.



§ 5º A criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, com comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

Da leitura dos dispositivos legais supracitados, observa-se a convergência das normas sobre a matéria. Insta frisar, os contratos celebrados com a administração pública são regidos, também, pelo Código Civil. Nesse sentido são os arts. 54 da Lei 8.666/93 e 89 da Lei 14.133/2021, que estipulam:

Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles **serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.** (Grifos nossos).

Como mencionado, a possibilidade de revisão do pacto prescinde de expressa previsão contratual, porquanto amparadas constitucionalmente. Seu fundamento de validade se encontra no Princípio *Rebus Sic Stantibus*⁵, cujo desdobramento resulta na Teoria da Imprevisão, a qual preconiza a existência de cláusula (implícita) no sentido de que, quando ocorrer modificação na situação de fato em razão de acontecimento extraordinário e imprevisível, há a possibilidade de se revisar a avença. Ademais, fundamenta-se também no princípio da boa-fé e no do consensualismo. Sobre a imprevisibilidade, Caio Tácito⁶ explana:

A álea econômica é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências. A sua gênese poderá, no entanto, vincular-se a acontecimentos naturais (terremotos, inundações, incêndios, desmoronamentos), ou a intervenções administrativas ou legais (controle econômico, bloqueio de preços) que induzem a grave e inesperada ruptura do equilíbrio financeiro do contrato.

A imprevisibilidade não se refere, necessariamente, ao elemento perturbador em si mesmo, mas aos efeitos que ultrapassam à razoável previsão humana.

Dito de outro modo, para manter o equilíbrio prestacional das obrigações previstas contratualmente, quando elas se tornarem desproporcionais ou onerosamente excessivas⁷, o reequilíbrio se dará com esteio na teoria da imprevisão.

Nesse sentido, o TCU já se posicionou de forma recorrente:

[...] lembrando que as alterações contratuais podem ocorrer, dentre outros motivos, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, e que qualquer superveniência de fatos tributários e/ou legais, de comprovada repercussão nos preços contratados, poderá implicar na revisão dos contratos, para mais ou para menos, consoante inciso, II, alínea “d”, c/c §5º, do art. 65 da mencionada Lei. (Acórdão nº 297/2005 - Plenário)

⁵ O referido princípio pode ser lido como “estando as coisas assim” ou “enquanto as coisas estiverem assim”.

⁶ TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público**. Temas de direito Público (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 23.

⁷ [...] a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias [...]. Necessário, ainda, que a alteração imprevisível do estado de fato determina a dificuldade de o contratante cumprir a obrigação, por ter se tornado excessivamente onerosa. (GOMES; 1994). GOMES, Orlando. **Contratos**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.38-39.

Faça constar do processo, em casos de recomposição de preços motivada por ocorrência de fato comprovadamente imprevisível, análise fundamentada e criteriosa sobre o ocorrido, a fim de ficar caracterizado como extraordinário e extracontratual quanto a sua ocorrência e/ou quanto aos seus efeitos (Acórdão nº 7/2007 - 1ª Câmara)

Na lição de Marcelo Belucci⁸:

O equilíbrio econômico-financeiro como um dos requisitos essenciais do contrato tem um duplo significado. Significa que uma prestação **deve manter a sua relação inicialmente existente** com o investimento feito e que, por outro lado, deve haver um equilíbrio **constante entre as receitas e os desembolsos**. Está traçada, então, a **equação econômico-financeira** do contrato, que deve se manter **equilibrada**, de modo dinâmico, até o final deste, com prestações e **remunerações justas** e adequadas para todos os envolvidos. (Grifos nossos).

Corroborar esse entendimento o Tribunal Regional Federal da 5ª Região⁹:

O direito ao reequilíbrio contratual, em sede de contrato administrativo decorrente de procedimento licitatório, não se configura pela simples alegação de que se gastou na execução mais do que tinha sido previsto na proposta, ainda que se prove essa disparidade. Há requisitos específicos que devem ser preenchidos. **De fato, não é suficiente, a movimentar o instrumental de restauração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, a constatação de discrepância entre os valores propostos e os efetivamente gastos na execução do serviço contratado. É preciso averiguar os fatores que resultaram nessa diferença, de sorte a se concluir sobre a cobertura da majoração pela Administração Pública, sem que isso caracterize violação às normas constitucionais e legais que regem as licitações e os vínculos contratuais com os entes públicos.** (Grifos nossos).

Finalmente, em adição ao aspecto jurídico que recai sobre o reequilíbrio dos contratos, deve-se ter em conta as considerações mercadológicas, econômicas e financeiras que derivam da revisão, mormente por que em geral os contratos administrativos podem possuir arranjos tipicamente complexos, tais como os de concessões, e que, por isso, exigem uma atuação focada dos gestores públicos.

2. REVISÃO (65, II, D), REAJUSTE (40, XI), REPACTUAÇÃO (57, II C/C ART. 5º DEC. 2271/97), CORREÇÃO MONETÁRIA (40, XIV, C) E ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA (40, XIV, D)

A Lei nº 8.666/93 conceitua os institutos da recomposição de preços, do reajuste de preços, da atualização financeira e da compensação financeira. Contudo, há certa confusão quanto às nomenclaturas utilizadas na tratativa das diferentes espécies que compõem o gênero equilíbrio econômico-financeiro. O próprio TCU já assim admitiu:

⁸ BELUCCI, Marcelo O. *Da aplicação do código de defesa do consumidor aos contratos de seguro e a quebra do equilíbrio econômico-financeiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Pg. 101.

⁹ Acórdão nº 2001.85.00.003583-7, Primeira Turma. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti.



9.1. A álea ordinária, também denominada empresarial, consiste no ‘risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado’ (Maria Helena Diniz, Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 157). Exatamente por ser previsível ou suportável é considerado risco inerente ao negócio, não merecendo nenhum pedido de alteração contratual, pois cabe ao empresário adotar medidas para gerenciar eventuais atividades deficitárias. Contudo, nada impede que a lei ou contrato contemple a possibilidade de recomposição dessas ocorrências. [...]

9.2 a álea extraordinária pode ser entendida como ‘risco futuro imprevisível que, pela sua extemporaneidade, impossibilidade de previsão e onerosidade excessiva a um dos contratantes, desafie todos os cálculos feitos no instante da celebração contratual (DINIZ, 1998, p. 158), por essa razão autoriza a revisão contratual, judicial ou administrativa, a fim de restaurar seu equilíbrio original.

10. a Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a possibilidade de readequar a equação econômico-financeira nas hipóteses de álea ordinária e extraordinária. a primeira é efetuada por intermédio de reajuste, ou do reajustamento de preços, previsto no inciso XI do art 40, inciso III, do artigo 55 e §8º do artigo 65. **A segunda é realizada via reequilíbrio econômico-financeiro** insculpida na alínea ‘d’ do inciso II do artigo 65.

[...]

28. A doutrina e jurisprudência não têm utilizado expressões uniformes para denominar os institutos que permitem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o que dificulta o entendimento da matéria. Sem a pretensão de trazer uma posição definitiva, visto que o assunto ainda se encontra em evolução, mas apenas no intuito de facilitar o presente exame, será adotada a seguinte nomenclatura para os institutos que possibilitam o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos:

28.1 reajustamento de preços em sentido amplo, decorrente de álea ordinária, quando se exigem previsão contratual ou editalícia [hoje esse entendimento não prospera, considerando a natureza jurídica principiológica da matéria] e interregno mínimo de um ano da proposta ou do orçamento a que se referir a proposta ou da data do último reajustamento. Tal instituto pode ser dividido em:

28.1.1 **reajustamento de preços em sentido estrito**, quando se vincula a um índice específico ou setorial;

28.1.2 **repactuação contratual**, adotado para contratos que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua; nesse caso faz-se necessária a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato;

28.2 **reequilíbrio econômico-financeiro** do contrato, decorrente de álea extraordinária e extracontratual [...]. (Acórdão nº 1563/2004 - Plenário). (Grifos nossos).

De maneira sintética, pode-se dizer que quando se está diante da recomposição do valor por perda inflacionária ou por modificação dos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, deve ser utilizado o reajuste ou a atualização financeira. Quando houver a interferência de eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, utiliza-se a revisão de preços. Quando a intenção for a adequação do preço praticado com o valor de mercado, em geral para con-

tratos de natureza continuada com locação exclusiva de mão de obra, deve ser usada a repactuação e, por final, o inadimplemento contratual gera direito à correção monetária.

2.1 Reajuste

Preceitua a Lei nº 8.666/1993:

Art. 40 O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI - critério de reajuste, que **deverá retratar a variação efetiva do custo de produção**, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, **desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir**, até a data do adimplemento de cada parcela. (Grifos nossos).

O reajuste tem como fito a preservação do valor atualizado do contrato frente à inflação. Segundo Luciana Zanata¹⁰, reajuste consiste “na majoração de preços iniciais, destinada a compensar a inflação ou elevações de mercado, decorrente de desvalorização de moeda ou aumento geral de custos durante o período de execução contratual”, sem que isso implique em aumento da lucratividade do contratado e desde que a administração consiga arcar com tal incremento. Arremata Lúcia Valle Figueiredo¹¹:

[No reajuste] o *quantum debeatur* não é alterado. Pelo reajuste, conserva-se íntegro. De conseguinte, o reajuste não virá recompor a equação econômico-financeira quando desbalanceada por situações anômalas. Há, tão-somente, uma previsão da desvalorização da moeda. Consiste, pois, em atualização permanente da mesma.

Outrossim, o art. 55, III, também faz referência ao reajuste, quando explicita as cláusulas necessárias de todo contrato administrativo: “III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

A seu turno, a Nova Lei de Licitações (14.133/2021) estabelece como necessárias em todo edital e contrato cláusulas que estabeleçam a data-base e a periodicidade de preços, independente da duração dos contratos administrativos, senão vejamos:

Art. 25. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso:

[...]

§ 7º **Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vincu-**

¹⁰ ZANATA, Luciana; Rebelo, Marina de Souza. *Manual de Contratos de Serviços Terceirizados*. 1. Ed. Santa Catarina, 2009.

¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 541.



lada 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; (Grifos nossos).

Registra-se que o reajuste somente pode ocorrer em contratos com duração superior a um ano. A adoção do instituto para pactos de prazo inferior ofende a legislação e é causa de nulidade absoluta.

Outro ponto a se destacar diz respeito à possibilidade de se pleitear reajuste e revisão concomitantemente. Hely Lopes Mercilles¹² afirma que “a aplicação de um não justifica a exclusão do outro”. Dada a diferença essencial entre os institutos, é perfeitamente plausível a incidência conjunta. Marçal Justen Filho¹³, na mesma linha, apregoa:

Reserva-se a expressão ‘recomposição’ [revisão, segundo a linha deste trabalho] de preços para os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada da inflação verificada. envolve a alteração dos deveres impostos ao contratado, independente de circunstancia meramente inflacionaria. Isso se passa quando a atividade de execução do contrato sujeita-se a uma excepcional e anômala elevação (ou redução) de preços (que não é refletida nos índices comuns de inflação) ou quando os encargos contratualmente previstos são ampliados ou tornados mais onerosos.

Já o reajuste de preços é solução desenvolvida a partir da prática contratual pátria. Convivendo em regime de permanente inflação, verificou-se a impossibilidade e a inconveniência da prática de preços nominais fixos. [...] Trata-se da alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionarias. [...] as figuras têm o mesmo fundamento, mas não a mesma natureza jurídica. Derivam do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo. Mas a recomposição [revisão] de preços retrata a alteração de regras contratuais em virtude de eventos posteriores imprevisíveis e que alteram substancialmente conteúdo ou a extensão das prestações impostas ao contratante. A recomposição de preços provoca uma alteração na prestação. O reajuste de preços e a atualização financeira, figuras similares, envolvem a alteração meramente nominal de valores, destinada a compensar os efeitos inflacionários. (Grifos nossos).

Dentre os requisitos para a concessão do reajuste, tem-se:

- Contratos superiores a um ano (essa é a periodicidade mínima, não havendo óbice para que se opere a cada 18 meses, por exemplo);
- Haver prorrogação contratual;
- Utilização de índices específicos ou setoriais (frisa-se que na hipótese de existência de índi-

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo* brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 1998.

ce setorial, este deve ser adotado com preterição do índice geral) isolados ou aplicados em fórmulas paramétricas;

- Previsão editalícia e contratual.

Entende-se, portanto, reajuste como o meio pelo qual são corrigidas distorções inflacionárias ou, ainda, a modificação dos custos dos insumos ocorridos após pelo menos um ano. Essas distorções não necessariamente implicam em aumento financeiro contratual, uma vez que o fenômeno da deflação também enseja a incidência de reajuste¹⁴, sob pena de enriquecimento ilícito do contratado.

Outro ponto de atenção é o *dies a quo* a partir do qual se computa o início do ano de referência para o reajuste. Nos termos da Lei 8.666/1993, deve-se aplicar a data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir. Já a Lei 14.133/2021, determina que a data-base esteja vinculada à data do orçamento estimado, conforme § 3º do art. 92 e § 7º do art. 24.

No que se refere ao índice, a administração deve escolher um que reflita a composição do preço no objeto do contrato, como por exemplo INCC para obras e serviços de engenharia.

É importante observar, ainda, se o fato ensejador do reajuste decorre de atraso ocasionado pelo contratado, sem culpa da Administração, situação em que não deve ser concedido o reajuste, conforme entendeu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

1. Tendo a parte autora concordado que o valor relativo à obra seria fixo e não reajustável, não é admissível o pedido de reajustamento da quantia previamente estabelecida.
2. **A prorrogação de prazo para o término das obras não ocorreu por culpa da Administração, pois tal pedido partiu do próprio demandante.**
3. O art. 57 da Lei nº 8.666/93 estabelece as hipóteses em que se admite a prorrogação dos contratos e o reajuste dos valores fixados, como forma de manter o equilíbrio econômico-financeiro. A alegação de que adversidades climáticas seriam a causa do atraso das obras não se enquadra em nenhuma das situações previstas na norma legal.
4. Apelação improvida. (TRF4. Apelação Cível nº 2001.04.01.078680-0/RS, 4ª Turma. Rel. Des. Sérgio Renato Garcia. DJ, 25 jun. 2003). (Grifos nossos).

Ainda, a operacionalização do reajuste poderá ocorrer por simples apostilamento, sem necessidade de termo de aditamento, conforme se depreende do art. 65, §8º, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 136, inciso I, da Lei 14.133/2021¹⁵.

De forma sintética, Hely Lopes Meirelles conceitua¹⁶:

O reajustamento contratual de preços e a recomposição de preços, embora distintos, inconfundíveis e independentes entre si, são apenas mecanismos mantenedores da equação econômico-financeira do contrato administrativo. **O primeiro visa à**

¹⁴ O Decreto Federal nº 1054/1994, embora não se aplique à Administração Estadual e Municipal, norteia: Art. 5º Os preços contratuais serão reajustados para mais ou para menos, de acordo com a variação dos índices indicados no instrumento convocatório da licitação ou nos atos formais de sua dispensa ou inexigibilidade, ou ainda no contrato, com base na seguinte fórmula, vedada a periodicidade de reajuste inferior a um ano, contados da data limite para apresentação da proposta.

¹⁵ 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. (Grifos nossos).

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo. Estudos e pareceres de direito público VI: assuntos administrativos em geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.



manutenção do equilíbrio da correlação encargo-remuneração originalmente estabelecida, tendo em vista, principalmente, a desvalorização da moeda e a oscilação dos preços no mercado; a segunda é utilizada para restaurar o referido equilíbrio, desfeito pela interferência na execução do contrato de eventos gravosos, previsíveis e imprevistos pelas partes. (Grifos nossos).

2.2 Repactuação

A repactuação pode ser entendida como uma variação dos preços de mercado quanto ao custo de mão de obra. Tal qual o reajuste, não implica em benefício ou prejuízo real para os contratantes, mas tão somente restabelecimento das condições originais do contrato. Nesse sentido, estabelece a Lei 14.133/2021:

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; (Grifos nossos).

Tem-se como requisito para a aplicação da repactuação a prestação de serviços de natureza continuada. Insta frisar, não há impedimento de se aplicar ao mesmo contrato reajuste contratual (em face do aumento dos custos dos insumos) e repactuação (em se tratando de aumento dos custos com mão de obra). Ou seja, os institutos do reajuste e da repactuação, para os contratos de natureza continuada, não são incompatíveis entre si. Nesse sentido já se manifestou o TCU, *in verbis*:

“[...] não há qualquer afronta ao ordenamento jurídico, quando se fazem presentes em um contrato de serviços de natureza continuada cláusulas que preveem seu reajuste, isso supondo que a vigência do contrato extrapola 12 meses, bem como sua repactuação”. (Grifos nossos).

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCEPR), no Acórdão nº 1.026/2021¹⁷, respondendo à consulta que lhe foi endereçada, referiu-se à repactuação como um direito subjetivo do contratado, cabendo a este invocá-lo junto ao contratante, da data do evento causador do desequilíbrio (aumento salarial ou de outros benefícios trabalhistas, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho), até o momento da prorrogação ou encerramento do contrato, sob pena de preclusão do direito. Portanto, se houver a prorrogação ou o encerramento da avença, sem que o contratado requeira esse direito, entende-se que ele o fez tendo aceitado as condições até então presentes.

¹⁷ Acórdão 1026/2021. TCEPR, Pleno, Consulta n. 580.215/2022. Rel. Cons. Fernando Augusto Mello Guimarães. Data da Sessão: 13/5/2021. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/sessao-10-05-21-processo-580215-20-acordao-n%C2%BA-1026-21-tribunal-pleno/335459/area/242>>. Acesso em: 25 maio 2022

Porém, a questão apresentada pelo jurisdicionado foi exatamente se seria cabível conceder esse direito ao contratado, após o encerramento do contrato, em caso de evento ocorrido em data posterior ao fim do acordo. Eis a resposta apresentada pela corte de contas paranaense sobre tal ponto:

No entanto, **o entendimento pela preclusão de tal direito não pode ser invocado para fatos geradores com efeitos retroativos ocorridos posteriormente à prorrogação contratual ou ao encerramento do contrato, por absoluta impossibilidade de serem previstos tais fatos e efeitos no momento da prorrogação ou do encerramento contratual e, com isso, serem invocados pelas partes em tempo oportuno.**

[...]

Assim, **o contratado passa a fazer jus à repactuação a partir da data em que o ato gerador do desequilíbrio comece a produzir seus efeitos**, mesmo que tal fato gerador tenha ocorrido após a prorrogação contratual ou o encerramento do contrato. (Grifos nossos).

Conquanto sejam institutos afins, cumpre registrar que a repactuação, em oposição ao reajuste, não se opera de forma automática. Desse modo, “a repactuação deve ser precedida de documentos comprobatórios da alteração dos custos, por meio de planilha de preços, acompanhado da respectiva convenção ou acordo coletivo de trabalho”. Sobre os dissídios coletivos, o STJ se posicionou no sentido a hipótese se inserir no campo da álea econômica ordinária:

[...] É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que **eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão do contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro**, uma vez que não se trata de fato imprevisível - o que afasta, portanto, a incidência do art. 65, inc. II, d, da Lei n. 8666/93.

Sobre a possibilidade de automatismo na aplicação dos institutos, o TCU¹⁸ ponderou

A diferença entre repactuação e reajuste é que este é **automático e deve ser realizado periodicamente**, mediante a simples aplicação de um índice de preço, que deve, dentro do possível, refletir os custos setoriais. **Naquele [repactuação], embora haja periodicidade anual, não há automatismo, pois é necessário demonstrar a variação dos custos do serviço.** (Grifos nossos).

Tal entendimento é compartilhado por Dotti¹⁹, que também aponta como uma característica que distingue a repactuação do reajuste em sentido estrito, o fato de aquela não ocorrer de forma automática, devendo ser solicitada pela contratada. Ainda, a variação dos custos deve ser demonstrada de forma analítica, a fim de que o órgão ou a entidade contratante verifique se houve efetivamente majoração dos custos do contrato. Assenta a autora ao fechar seu raciocínio sobre tal distinção:

Em outras palavras: **o índice de reajuste é o previsto no edital ou no contrato, por isto que bastará aplicá-lo automaticamente, respeitado o prazo anual e o seu marco inicial; a repactuação é a que resultará da realidade econômica da execução do objeto contratado no curso do contrato, por isto que deve ser requerida e demonstrada a variação de custo que a autorize, também respeitado o interregno anual.** (Grifos nossos).

¹⁸ Acórdão nº 1.105/2008 – TCU – Plenário.

¹⁹ DOTTI, Marinês Restelatto. **O reequilíbrio econômico-financeiro na ordem jurídica brasileira**. In: Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 20, n. 229, p. 27-53, janeiro 2021.



Nessa esteira, a Lei 14.133/2021 determina no § 6º do art. 135 que a repactuação será precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços, ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa.

Em relação à periodicidade, bem como no reajuste, nos termos da Lei 8.666/93, o prazo deve ser contado da data da apresentação da proposta ou do orçamento referenciado. Para os casos de contrato com dedicação exclusiva de mão de obra a AGU, com espeque nos art. 40, XI da Lei 8.666/93 assim estabeleceu em sua Orientação Normativa nº 25/09:

No contrato de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra, o interregno de um ano para que se autorize a repactuação deverá ser contado da data do orçamento a que a proposta se referir, assim entendido o acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho, para os custos decorrentes de mão de obra, e da data limite para a apresentação da proposta em relação aos demais insumos.

No caso da Lei 8.666/93 reajuste e repactuação são contemplados no mesmo dispositivo (art. 40, XI). Já a Lei 14.133/2021 estabelece no § 3º do art. 135 que a repactuação deverá observar o interregno mínimo de 1 (um) ano, contado da data da apresentação da proposta ou data da última repactuação. Outrossim, o § 4º do mesmo artigo estabelece outra diferença entre o reajuste e a repactuação, que é o fato de esta poder ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham a sua anualidade resultante em datas diferenciadas, como acordos de convenções coletivas de diferentes categorias profissionais, por exemplo.

Com efeito, o Acórdão 3.388/2012, do Plenário do TCU, define os contornos aptos a ensejar a repactuação:

- É uma espécie de reajuste;
- Surge com a demonstração dos componentes, dos custos que integram o contrato;
- Deve estar prevista no edital;
- Somente é possível após o interstício de 1 ano;
- A contagem do interstício terá como marco a data da proposta ou a do orçamento a que a proposta se referir;
- Considera-se como “data do orçamento” a data do Acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalentes que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta;
- Os efeitos financeiros decorrentes da repactuação, motivada em decorrência de majoração salarial, devem incidir a partir da data das respectivas majorações, podendo ser pleiteada após o interregno de 1 ano da data da homologação do ACT ou CCT que fixou o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato objeto do pedido de repactuação;

- Deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena de ocorrer preclusão lógica de exercer o seu direito.
- Como no reajuste, a repactuação se dá mediante simples apostilamento.

2.3 Revisão

A revisão de preços objetiva recompor o equilíbrio econômico-financeiro original do contrato administrativo nos casos 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 inicialmente, respeitada, em qualquer dos casos, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato, conforme previsão na alínea d do inciso II do art. 124 da Lei 14.133/2021²⁰

Comparativamente²¹, veja-se como o instituto foi expressamente consignado nos diplomas da Lei 8.666/1993 e 14.133/2021:

Lei n. 8.666/1993 Alínea d do inciso II do artigo 65	Lei n. 14.133/2021 Alínea d do inciso II do artigo 124
[...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.	[...] 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.

A revisão é o instrumento jurídico adequado para o desiderato de restabelecer o equilíbrio do contrato atingido por álea extraordinária superveniente, que o desconfigura a ponto de inviabilizar a execução do objeto da forma como inicialmente pactuado.

Em última análise, “traduz-se na aplicação da teoria da imprevisão, solução apta a recompor o equilíbrio entre as obrigações inicialmente estipuladas pelos contraentes, rompido por fatos alheios ao contrato, irresistíveis pelas vontades das partes e que as tenham tomado de surpresa porque imprevisíveis”²². Nesse ínterim, faz-se importante mencionar os requisitos que permitem a revisão do valor contratual:

- Demonstração dos fatos que autorizam a revisão: é indispensável a demonstração detalhada dos fatos e os respectivos efeitos desses eventos sobre a execução do objeto, de modo a deixar evidente o desequilíbrio da equação encargo x remuneração;

²⁰ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). Comentário à lei de licitações e contratos administrativos: lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 381.

²¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

²² DOTI, Marinês Restelatto. **O reequilíbrio econômico-financeiro na ordem jurídica brasileira.**



- Formalização da avença mediante termo aditivo: dado o elevado grau da mudança ensejadora da revisão, porquanto extraordinária, estabelece-se um redesenho contratual, de modo que a formalização deve se dar mediante termo aditivo, afastada a hipótese de simples apostilamento;
- Exigência orçamentária: na ocorrência de aumento de despesas, o empenho, segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), exige a compatibilidade do dispêndio com a lei orçamentária anual, plano plurianual (em se tratando de obras) e com lei de diretrizes orçamentárias;
- Aprovação da assessoria jurídica: nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei 8666/93, a minuta do contrato, cuja substância pode ser essencialmente alterada, deve ser previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica da administração pública;
- Publicação do termo aditivo na imprensa oficial: a norma do art. 61, parágrafo único, da Lei 8666/93, preconiza a publicação de termos aditivos de contratos na imprensa oficial.

De forma derradeira, Dotti²³ preceitua:

O enquadramento da teoria da imprevisão, para fins de revisão contratual, pressupõe a configuração da imprevisibilidade da causa ou dos efeitos, assim como da excepcional onerosidade para a execução do ajustado, vez que o art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8666/93 autoriza a revisão do contrato quando **houver risco econômico anormal**, decorrente de fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos de da execução do ajustado, ou decorrente de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, **configuradores de álea econômica extraordinária e extracontratual**. (Grifos nossos).

2.3.1 Caso Fortuito e Força Maior

Os institutos denominados caso fortuito e força maior detêm alguma semelhança, considerando o fato de serem, ambos, de cunho extraordinário. Fogem do padrão esperado. Nesse contexto, o primeiro tem relação com uma conduta humana, enquanto o segundo possui seu fundamento de validade em um acontecimento da natureza.

No dizer de Cavalieri Filho, “a imprevisibilidade [...] é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade, é o da força maior”. O autor complementa que a imprevisibilidade diz respeito à “imprevisibilidade específica, relativo a um fato concreto, e não a genérica ou abstrata de que poderão ocorrer assaltos, acidentes [...]”. Já no que tange à inevitabilidade, ela “deve ser considerada dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se”.

²³ DOTTI, Marinês Restelatto. *O reequilíbrio econômico-financeiro na ordem jurídica brasileira*.

2.3.2 Fato do Príncipe

Inicialmente, faz-se necessário estatuir que o fato do príncipe decorre de uma ação estatal. Na lição de Hely Lopes Meireles²⁴, o fato do príncipe é “toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrário administrativo”. A seu turno, assenta Bandeira de Mello²⁵ que “O fato do príncipe não é um comportamento ilegítimo. Outrossim, não representa o uso de competências extraídas da qualidade jurídica do contratante, mas também não se constitui em inadimplência ou falta contratual. É o meneio de uma competência pública cuja utilização repercute diretamente sobre o contrato, onerado, destarte, o particular”.

Acrescenta-se que o fato do príncipe, segundo Marçal Justen Filho²⁶, “reside em que a lesão patrimonial de um ato estatal válido, lícito e perfeito é objeto de indenização”.

Ressalta-se que a superveniência do fato do príncipe pode ensejar não somente a revisão, mas a rescisão contratual, que deverá ser acompanhada da indenização prevista nos arts. 35, §4º, 36 e 37 da Lei 8.987/95, arts. 129 e 131 da Lei 14.133/21 e art. 65, §4 da Lei 8.666/93.

2.4 Atualização Financeira e Compensação Financeira

A atualização financeira tem por objeto cobrir as perdas financeiras ocorridas entre a data do cumprimento da obrigação e a data do adimplemento pela Administração. Nesse viés, possui estreita relação com o reajuste. Diferenciam-se, contudo, pelo momento. O reajuste alcança o período entre a proposta e a execução, enquanto a atualização financeira alcança o período entre a execução e o pagamento.

Em termos práticos, a atualização financeira está sem aplicabilidade, porquanto a Lei nº 10.1912/2001 vedou a atualização em periodicidade inferior a um ano.

Por sua vez, a compensação financeira (também denominada correção monetária) tem seu marco temporal estabelecido entre a data em que deveria haver o pagamento e a data em que este efetivamente ocorreu. Desta feita, configura-se como uma modalidade indenizatória a cargo da Administração Pública pela mora no pagamento.

2.5 Sistema de Registro de Preços

Nos termos do Dec. 7892/2013, o Sistema de Registro de Preços – SRP – é o conjunto de procedimentos adotados com vistas ao registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 239

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 638

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012



Ao registro de preços se impõe a regra da revisão, contida no art. 65, II, “d”, da Lei 8666/93. Ou seja, na hipótese de fato imprevisível ou previsível, porém de consequências incalculáveis, é possível haver a revisão contratual. Nesse sentido, estabelece o art. 17 do supracitado decreto:

Os preços registrados poderão ser **revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados**, cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações junto aos fornecedores [...]. (Grifos nossos).

Todavia, quando a alteração dos preços ocorrer por força de situação econômica, a situação é diferente. Caso haja diminuição do preço de mercado por motivo superveniente, a Administração Pública convocará os fornecedores para negociarem a redução dos preços. Se não houver acordo, eles ficam liberados do compromisso.

Lado outro, nas situações em que ocorrerem aumentos dos preços de mercado, tornando-os superiores aos constantes em ata, pela interpretação literal do disposto no art. 19 do Decreto 7892/2013, os fornecedores estariam liberados do compromisso caso a comunicação do aumento fosse antes do pedido de fornecimento. Não obstante, pela interpretação sistemática e teleológica dos institutos que regem a teoria geral dos contratos, a disposição encontra óbice nos princípios da boa-fé e no da vedação ao enriquecimento sem causa. Isso porque não seria razoável exigir do particular a assunção de obrigação onerosamente excessiva em decorrência de desequilíbrio superveniente. Em verdade, no âmbito privado, essa hipótese ensejaria até mesmo a resolução contratual por onerosidade excessiva. De igual modo, na seara pública estar-se-ia diante de um caso de revogação da ata.

Nessa linha, em consulta formulada acerca da possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro para compra de produtos perecíveis (hortifruti), com base na tabela oficial de Centro de Abastecimento - CEASA, contratação tipicamente realizada por meio de registro de preços, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco se posicionou da seguinte forma:

“É possível a **recomposição dos preços de produtos hortifruti** considerando como parâmetro a **variação dos preços** desses produtos contidos na tabela oficial do Centro de Abastecimento - CEASA, em casos de necessidade de **reequilíbrio econômico-financeiro** do contrato, desde que observadas as seguintes **condições**:

- a) **comprovação de desequilíbrio da equação econômico-financeira** do contrato, **de forma global**, e devido a **fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis à época de apresentação da proposta comercial** pelo fornecedor, ou, ainda, em caso de **força maior, caso fortuito ou fato do príncipe**, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual, devidamente demonstrado em parecer técnico elaborado por especialista na área e aprovado por autoridade competente;
- b) no **cálculo da recomposição** deve restar evidenciada a **variação do preço de cada um dos produtos a ser adquirido**, com o **desconto da parcela relativa à flutuação já esperada dos preços em função da sazonalidade**, e seu **impacto no valor total do contrato**;
- c) o estudo deve **envolver todos os produtos** a serem adquiridos, **inclusive** considerando os que sofreram **variação negativa**;

d) tão logo seja **regularizada a situação extraordinária** que ensejou o reequilíbrio dos preços dos produtos (e.g., fortes chuvas, enchentes ou grave seca - desde que atípicas para o período -, crise no sistema de transportes da região etc.), eles devem ser **novamente revistos**, de ofício, pela Administração;

e) sejam mantidas as condições de vantajosidade da proposta inicial do fornecedor em relação aos preços da CEASA à época dessa proposta, sendo considerado o fator de recomposição do preço, calculado como quociente entre o preço contratado e o preço do respectivo produto no CEASA à época da licitação. Assim, o preço do produto resultante do reequilíbrio não poderá ser superior ao preço vigente no CEASA multiplicado pelo referido fator de recomposição.

Caso contrário, as condições acordadas devem ser mantidas, conforme art. 37 da Constituição Federal.”(Processo TCE-PE nº 1925134-8 - CONSULTA) (Grifos nossos).

3. VARIAÇÃO CAMBIAL

De acordo com Weston e Brigham²⁷, a taxa de câmbio pode sucintamente ser definida como sendo “a quantia de uma dada moeda que pode ser trocada por uma unidade de outra moeda.” Desde janeiro de 1999, o regime cambial adotado no Brasil é o do câmbio flutuante, o qual consiste em deixar que o valor da moeda brasileira valorize ou se desvalorize de acordo com as condições de mercado.

Contudo, em situações excepcionais, a exemplo da crise financeira de 2008, o Banco Central do Brasil intervém no mercado para estabilizar o câmbio, principalmente por meio da venda de dólares para conter a desvalorização súbita e excessiva do Real frente à moeda americana, com reflexos indesejáveis, principalmente na inflação doméstica. Desta forma, variações cambiais que ocorrem na ausência de crises financeiras são consideradas oscilações ordinárias, com as quais os agentes econômicos devem se adaptar ao tomar suas decisões de negócios, podendo buscar proteção a partir de instrumentos que o próprio mercado oferece, por meio de produtos financeiros como o *hedge*²⁸ e as opções de compra ou venda de moedas. Ou seja, a própria definição do regime que o sistema monetário pátrio adota predispõe que os agentes do mercado devem precificar os riscos inerentes às oscilações diárias da moeda nos negócios em que operam, resguardando-se das consequências indesejáveis que podem advir de variações abruptas do câmbio.

Nesse sentido, o TCU²⁹ expediu a seguinte recomendação ao órgão contratante para que se precavesse contra eventuais alegações de desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de variações cambiais, fazendo constar em editais, a obrigatoriedade da contratação de hedge cambial:

9.3. avalie a viabilidade de incluir em editais cujo objeto possuir forte vinculação com o câmbio, como requisito de qualificação econômico-financeira, a obrigação de adoção pelo contratado de proteção contra variação cambial (“hedge” cambial), de forma a prevenir eventuais alegações futuras de necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro decorrentes de oscilações cambiais desfavoráveis excessivas, além de avaliar a possibilidade de a própria

²⁷ WESTON, J. F.; BRIGHAM, E. F. Fundamentos da Administração Financeira. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

²⁸ Instrumento que visa proteger operações financeiras contra o risco de grandes variações de preço de um determinado ativo. Como forma de proteção contra os riscos cambiais, de acordo com Weston e Brigham, consiste em processo no qual uma empresa se protege contra perdas devido à flutuação da taxa de câmbio futura.

²⁹Acórdão nº 87/2008-TCU-Plenário. Ministro Relator: Aroldo Cedraz.



Petrobras adotar medida similar, se já não o fizer, como forma de mitigar riscos ao patrimônio da companhia (Grifos nossos).

Nas contratações realizadas entre o governo e as empresas privadas, este mesmo raciocínio deve prevalecer no que se refere à manutenção da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. Com isso, pontua-se que não é qualquer variação cambial que enseja a necessidade de se reequilibrar o contrato administrativo. É dizer, a variação cambial somente operará os efeitos de reequilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses em que ela for inesperada, ou seja, imprevisível. Este é o posicionamento adotado pelo TCU em vários julgados³⁰, a exemplo dos que aqui parcialmente se transcreve:

[...] a variação da taxa cambial (para mais ou para menos) não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma revisão nos contratos, ela deve ser imprevisível** (não ser possível de previsão pelo gestor médio quando da vinculação contratual), **súbita** (fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante) e, **o mais importante, acarretar um considerável aumento nos custos do contratado a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira**, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993. (Grifos nossos).

[...] a mera variação cambial, em regime de câmbio flutuante, não configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos. [...] **a variação diária dos índices “não autoriza pleitos de recomposição de preços, dada a sua ampla previsibilidade**. Caso contrário, no regime de câmbio flutuante, todos os processos em que houvesse variação positiva poderiam ensejar solicitações de recomposição de preços, o que não ocorre. (Grifos nossos).

[...] este Tribunal já decidiu, conforme Acórdão nº 1595/2006-Plenário, no sentido de que “é aplicável a teoria da imprevisão e a possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão da valorização cambial”, **não constatou o relator, na situação concreta, eventual desequilíbrio contratual em razão de valorização cambial que justificasse o realinhamento efetuado de 25% para os produtos constantes do Lote IV. Frisou tratar-se o presente caso de ‘revisão’ ou ‘realinhamento’ de preços, em que a modificação de corre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada de circunstâncias meramente inflacionárias**. [...] acolhendo proposição do relator, no sentido do arquivamento dos autos, sem prejuízo de determinação [...] para que na análise de pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos custeados com recursos públicos federais, fundamentados na ocorrência de fatos econômicos imprevisíveis (álea extraordinária), observe se estão presentes os pressupostos da concessão do direito previsto no art. 65, II, ‘d’, da Lei nº 8666/93, quais sejam: a) elevação dos encargos do particular; b) ocorrência de evento posterior à assinatura da ata de registro de preços; c) vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos da empresa; e d) imprevisibilidade da ocorrência do evento. (Grifos nossos).

³⁰ Na ordem como estão no texto: Acórdão 1431/2017 – Plenário; Acórdão nº 2837/2010 - Plenário; Acórdão nº 25/2010 – Plenário.

Nesse viés, a primeira turma do STJ³¹, quando do julgamento do REsp 699.860/RS, se manifestou da seguinte forma:

[...] Alterações na política cambial são previsíveis. Elas devem ser consideradas em qualquer pacto negocial com moeda estrangeira. **A variação da moeda deve ser observada como risco normal da atividade negocial bilateral.**

O mesmo STJ, em sessão do dia 20/2/2018, no julgamento do REsp. nº 1.433.434 considerou a súbita desvalorização cambial que se seguiu ao abandono do regime de minibandas cambiais pelo Banco Central, em janeiro de 1999, como fato imprevisível que causou desequilíbrio econômico-financeiro de contratos que tivessem como objeto o fornecimento de bens ou serviços pagos no exterior. A situação, no entender da Corte Superior de Justiça, ensejou o ressarcimento à contratada pelos custos excessivos incorridos à época, conforme se vê no trecho do acórdão³² *infra*:

[...]

2. De outro lado, **os contratos que tenham por objeto a prestação de serviço firmados em real e executados no exterior, eventualmente submetidos a variação cambial significativa e inesperada, são passíveis de repactuação**, conforme previsão do art. 65, inciso II, d, da Lei 8.666/1993, caso constatada a oneração excessiva, com o rompimento da equação econômico-financeira firmada.

3. No caso concreto, a empresa autora, ora recorrente, requer indenização pecuniária, mediante a revisão de contrato administrativo para o fornecimento de helicópteros (por ela entregues) destinados ao serviço de remoção de vítimas de acidentes, resgates e operações especiais do Departamento da Polícia Rodoviária Federal, com preço originariamente fixado em moeda nacional (real), ante a alegada quebra da equação econômico-financeira, decorrente da forte desvalorização da moeda brasileira frente ao dólar, fenômeno ocorrido em janeiro de 1999, como consequência da mudança de política cambial então implementada pelo Banco Central.

4. Uma vez demonstrado que as aeronaves necessitavam ser adquiridas pela licitante vencedora no exterior, com o desembolso em dólar realizado logo após a mencionada e drástica alteração da política cambial (passando-se do sistema de bandas para o de livre flutuação do dólar), fato esse que, à época, não poderia ser previsto e que acabou por onerar sobremaneira a empresa recorrente, configurada resulta a álea econômica extraordinária e extracontratual de que trata o art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93, legitimando a indenização por ela pleiteada.

5. Como já decidido por esta Primeira Turma do STJ no RMS 15.154/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 19/11/2002, “O episódio ocorrido em janeiro de 1999, substanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes”.

6. Recurso especial conhecido e provido. (Grifos nossos).

Nesta mesma linha de raciocínio, decidiram os membros do TCERS, no processo de contas gestão nº 08434-0200/09-0, julgado em 1/8/2018. Nele, considerou-se como evento extraordinário de consequências imprevisíveis a desvalorização cambial ocorrida entre meados de setembro e o início de novembro de 2008, em função da crise financeira internacional deflagrada pela quebra do centenário Banco Lehman Brothers. Porém, como é sabido, o fato extraordinário por si só não

³¹ Recurso Especial nº 699.860-RS Relator Min. José Delgado.

³² Recurso Especial nº 1433434 Relator Min. Sérgio Kukina.



basta para que fique caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro, sendo necessária a verificação da variação de todos os custos da planilha e dos documentos hábeis. No caso examinado, a falta de documentação comprobatória do real desequilíbrio fez com que, nesse ponto, o ato fosse julgado irregular com imputação de débito aos responsáveis, conforme trecho do voto condutor do acórdão, a seguir demonstrado:

[...] Não há dúvida, no entanto, que se tratou de evento excepcional, com consequências imprevisíveis, nos marcos do previsto como hipótese para concessão do reequilíbrio previsto na letra “d” do inciso II do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93.

É preciso ter presente que o procedimento proposto por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, na obra Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico, para os casos de adequação de preços, deve necessariamente ser observado.

Como pode se observar da análise do órgão técnico, o Administrador não comprovou ter cumprido com exatidão o preceituado no referido roteiro. Não foi acostado aos autos o parecer jurídico analisando o assunto com fundamento no art. 12, Decreto nº 3.931/2001; art. 65, inc. II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93, art. 37, inc. XXI da Constituição Federal de 1988. A certificação de que o preço reequilibrado está dentro do valor de mercado também não restou comprovada.

[...]

O Administrador também não comprovou o cumprimento do estabelecido no parágrafo 3º, do artigo 12 do Decreto nº 3.931/2001, antes referido, eis que não anexou os documentos probantes da negociação com os fornecedores remanescentes.

De igual sorte, a alegação de que uma nova licitação teria como base preço superior ao contratado, frente aos documentos acostados e como bem examinou o setor instrutivo, não restou adequadamente comprovada.

Por todo o exposto, mantenho o apontamento e o débito de R\$ 23.140,89.³³ (Grifos nossos).

Além disso, contratos firmados em real e cuja execução ocorra no exterior, em havendo a recomposição de preços, esta deve recair somente naqueles insumos adquiridos no local do fornecimento dos produtos e da prestação do serviço. Portanto, os itens da planilha de custos referentes às parcelas do objeto cujos custos são denominados na moeda nacional devem ser excluídos da recomposição. Este é o entendimento do TCU, externado no Acórdão nº 1431/2017, já citado neste tópico:

9.2.2. especificamente **nos casos de contratos que tenham por objeto principal a prestação de serviços firmados em real e executados no exterior, a variação cambial inesperada, súbita e significativa poderá ser suficiente para fundamentar a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, em relação apenas aos insumos humanos e materiais adquiridos na localidade de prestação dos serviços desde que possa retardar ou impedir a execução do contrato.** Nesse caso, a recomposição não deve incidir sobre itens da planilha de custos da contratada precificados por meio de índices ou percentuais aplicados sobre outros itens de serviços (a exemplo da taxa de administração) que incidam sobre os insumos executados no exterior; (Grifos nossos).

Ainda na seara dos contratos sujeitos à variação cambial, é importante destacar as situações nas quais há permissão na Lei n. 8.666/1993 para que os pagamentos possam ocorrer em moeda es-

³³ Decisão n. TP-1.209/2014. Processo de Contas n. 8434-0200/09-0, Pleno, Relator Cons. Estilac Martins Rodrigues Xavier.

trangeira. A regulação deste tipo de situação existe em função das licitações internacionais e aparece nos artigos 32, § 6º, art. 40, IX, art. 42, §§ 1º e 2º, e art. 55, X. Pela ordem de entendimento, tais dispositivos tratam das excepcionalidades à sujeição das empresas a regras da legislação pátria, à equivalência de condições de pagamento entre empresas estrangeiras e brasileiras nas licitações internacionais, possibilidade de cotação de preço em moeda estrangeira e a possibilidade de conversão à taxa de câmbio para o pagamento.

Por outro lado, a Lei n. 10.192/2001, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, visando preservar o uso corrente da moeda brasileira, bem como coibir a indexação das obrigações à moeda estrangeira, prevê excepcionalidades relacionadas à obrigatoriedade de que a estipulação de pagamentos só possa ocorrer em moeda nacional, conforme estatuído no inciso I do parágrafo único do art. 1º.

Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

I - pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei no 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º da Lei no 8.880, de 27 de maio de 1994; (Vide Lei nº 14.286, de 2021)

Portanto, como consequência das excepcionalidades que dão margem para que contratos possam prever preços vinculados à moeda estrangeira, situação recepcionada inclusive na lei de licitações e contratos, variações cambiais que vierem a desvalorizar o Real tenham condão de onerar os fornecedores de bens importados farão jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ainda que de forma indireta, quando da conversão da moeda para o pagamento. Assim, no dizer de Neto (2006), “serão válidas estipulações em moeda estrangeira quando os negócios jurídicos comportarem hipóteses excepcionais, como também será aceitável o reajuste atrelado à variação cambial quando assim autorizar disposição legal específica.”

Repise-se que as normas destinadas à preservação do uso e do valor da moeda local tratam possibilidade de se transacionar com moedas estrangeiras no país como exceção à regra. A própria a lei n. 10.192/2001 ao fazer esta distinção buscou amparo no Decreto-Lei 857/1969, que consolidou a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil. As exceções a que se referem esta norma aparecem em cinco incisos do art. 1º, com destaque ao inciso V, dada a sua maior aderência às situações que envolvem contratos administrativos em que o contratado tenha contraído obrigações no exterior como condição para o fornecimento de determinado bem:

Art 1º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

Art 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior:

I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;

II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens e serviços vendidos a crédito para o exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.292, de 2016);



III - aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;

IV - aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;

V - aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.

Diante disso, o referido autor procura demonstrar que nos contratos de fornecimento de bens ou realização de obra, havendo parte do objeto em que haja transferência da obrigação oriunda de importação de insumos agregados ao produto final, resta autorizada pela legislação mencionada, que os preços relacionados a eles possam ser vinculados à moeda estrangeira, o mais recorrentemente ao dólar. Com base em tal diferença de tratamento, arremata o raciocínio com a seguinte conclusão:

De resto, demonstrei que a LLCA (legislação especial em face da regra do NCCB) contempla em várias passagens normas prevendo a possibilidade de pactuação de preços em moeda estrangeira nos contratos administrativos.

Por fim, procurei demonstrar a diferença entre a estipulação de preço em dólar, a previsão de reajuste (ou indexação) aferrado à variação cambial e, por fim, a possibilidade de realinhamento excepcional de preços quando a variação cambial impactar os custos de um insumo, afetando o equilíbrio do contrato. Nesta hipótese, demonstrei, não se há que falar em estipulação em moeda estrangeira ou vinculação a ela, pois que a revisão de preços é apenas indireta (ainda que possa ocorrer de forma constante) e indefinidamente decorrente da variação cambial.

4. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

Nas concessões de serviço público, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, como resultado de uma equação complexa para a execução do objeto do contrato de forma adequada a partir da proposta do concessionário, pode ser entendido como um direito intangível decorrente dos princípios da mutabilidade do contrato, da segurança jurídica e da boa-fé nas relações contratuais³⁴.

No que se refere aos contratos de concessão, a manutenção do reequilíbrio econômico-financeiro ganha destaque em razão da dificuldade de sobrevivência de negócios complexos de longo prazo, como é o caso das concessões de infraestrutura, especialmente em relação à previsão da alocação dos riscos nos contratos. Isso porque há um multifacetado arranjo próprio dessa modalidade de contratação que avança para além da abordagem jurídico-econômica. O foco do ajuste contempla, não raro, investidores externos que participam, ainda que indiretamente, do negócio jurídico.

Segundo Di Pietro, “um dos aparentes paradoxos da teoria do equilíbrio econômico financeiro da concessão reside na necessidade de se conciliar o direito do concessionário ao equilíbrio com a ideia de que os riscos associados à execução do serviço devem correr por sua conta”.

³⁴ SILVEIRA, O. D. *As formas de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviços públicos*, 2015. Acesso em: 01 ago. 2022.

A seu turno, Marçal expõe que o instituto não constitui propriamente um direito, mas um princípio regulador que garanta a ambos, concessionário e poder concedente, que a equação original do contrato será mantida [...].

De acordo com Aragão³⁵:

o equilíbrio contratual resulta de uma equação econômico-financeira complexa, **devendo contemplar todos os fatores favoráveis e desfavoráveis** a ambas as partes (poder concedente e prestador do serviço), **visando evitar o enriquecimento injustificado de qualquer uma delas, portanto, uma garantia de mão dupla.** (Grifos nossos).

O reequilíbrio configura-se como uma relação de proporcionalidade e equivalência entre as obrigações assumidas pelo contratado e a remuneração que lhe corresponde, nos termos do contrato. Desse modo, tem-se que “a equação econômico-financeira em contratos de longo prazo forma-se a partir de uma matriz de riscos, que deve estabelecer de quem será a responsabilidade pelos prejuízos contratualmente delimitados”³⁶.

Nesse viés, o Conselheiro Substituto do TCEPE, Marcos Nóbrega, afirma:

nos contratos de infraestrutura [objeto de muitos contratos de concessão] **as incertezas são somadas à complexidade de sua estruturação, tornando-se necessária uma definição clara sobre riscos e sua tipologia, uma vez que essa complexidade reside na detecção, na forma de distribuição e mitigação desses riscos,** pontos sensíveis em uma modelagem desse tipo de contrato. (Grifos nossos).

Como abordado anteriormente, a matriz de riscos é um instrumento cujo escopo é a alocação dos riscos do projeto no processo de contratação pública entre as partes, endereçando-os a quem tenha melhor condições de suportá-los ou mitigá-los, contendo informações acerca da categoria e descrição do risco, probabilidade e impacto, consequências, medidas de mitigação e distribuição dos riscos entre os envolvidos.

Pela própria natureza temporal alongada dos contratos de concessão, eventos e necessidades supervenientes surgem no decorrer da execução contratual, ensejando a indispensabilidade do reequilíbrio.

Ressalta-se que a Lei nº 8.987/1995 faz expressa referência à aplicabilidade do REF nos contratos de concessão, *in verbis*:

Art. 9º [...]

§2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§3º Ressalvados os impostos de renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para ou para menos, conforme o caso.

³⁵ ARAGÃO, A. S. de. *A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs*. Revista de Direito Administrativo, v. 263, p. 35-66, 2013.

³⁶ GUIMARÃES, F. V. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição*. In: MOREIRA, E. B. (Coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada



§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

De forma bastante didática, Maurício Portugal Ribeiro afirma que:

o motor de arranque da análise de qualquer processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é a verificação da matriz de riscos contratual, eis que o direito ao reequilíbrio só surge se o risco do evento gravoso estiver alocado a uma parte contratual diversa daquela pessoa que sofreu as consequências. (Grifos nossos).

Ademais, uma eficiente alocação dos riscos é assunto chave para a modelagem do projeto nas concessões de serviço público e é tema determinante para a precificação de riscos por partes de investidores e financiadores desses projetos.

Sobre o tema, vale trazer as considerações registradas por Francielly Stähelin Coelho³⁷ sobre a doutrina de Marcos Augusto Perez sobre o risco no contrato de concessão de serviço público:

Outrossim, o correto planejamento de uma concessão de serviço público compreende a identificação dos riscos a ela inerentes para que seja feita a correta alocação de riscos. Ou seja, a identificação dos riscos de uma concessão é essencial para a verificação da sua viabilidade econômica e financeira, bem como para conduzir a revisão da alocação dos próprios riscos contratuais, com os consequentes mecanismos de solução de eventuais conflitos entre as partes. (Grifos nossos).

Por oportuno, frisa-se que é possível a recomposição em face de situações benéficas. Contudo, haja vista ser hipótese excepcional, senão rara, tal condição não será objeto deste trabalho.

No âmbito dos contratos de concessão, há diversas possibilidades de se proceder o reequilíbrio econômico-financeiro. Flávio Amaral Garcia elenca, como “técnicas de preservação do equilíbrio econômico-financeiro”: “reajuste, revisão, modificação do valor da ‘outorga’, incremento de outras fontes de receitas, outorga de subsídios pelo poder concedente e aumento do prazo contratual”.

É possível, ainda, a utilização de outros institutos tais como aumento da tarifa e/ou da contraprestação dada pelo Estado.

Esse regime de contratação envolve elementos que visam conferir segurança ao mercado e aos financiadores do projeto. Considerando as peculiaridades dos contratos de concessão, tem-se que figuras atípicas aos demais contratos administrativos entram em cena, tais como Custo Médio Ponderado de Capital (*WACC*), Taxa Interna de Retorno, *payback*, Valor Presente Líquido, Índice de Lucratividade, entre outros, que compõem não só o contrato, mas também o plano de negócios do empreendimento.

É com base nessas referências que o interessado no projeto estrutura o investimento e elabora sua proposta, a fim de considerar se os valores a serem investidos e os dispêndios viabilizam o negócio. Ou seja, os dados econômico-financeiros são o principal elo entre o conceito do projeto e sua viabilidade de execução. Todos esses parâmetros, ainda, servem para a elaboração de uma **matriz de riscos aderente à realidade do projeto. Sobre os riscos nas contratações:**

³⁷ Considerações exaradas em Trabalho de Conclusão de Curso de Pós Graduação em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos pela Fundação Escola de Governo Ena Brasil de Santa Catarina.

[...] a **materialização de determinados riscos relacionados à concessão tem o condão de influenciar premissas que afetam o fluxo de caixa dos empreendimentos**, como a diminuição da demanda de usuários pelos serviços e pela infraestrutura concedida, bem como o aumento desproporcional de custos relacionados a sua operação e implementação, entre outros. (Grifos nossos).

A fim de aprofundar a tratativa do reequilíbrio econômico-financeiro no âmbito das concessões, remete-se o leitor ao tópico 6 deste estudo, o qual aborda a matriz de risco, elemento crucial na condução responsável e eficiente dos contratos de concessão.

5. O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

No âmbito das Obras e Serviços de Engenharia, a lógica de incidência do REF se mantém, de modo que quebra do equilíbrio econômico-financeiro pode ser causada por fatores que onerem ou desonerem os encargos assumidos pelo contratado, causando repercussão significativa nos preços pactuados em decorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe. Neste contexto, dispõe o § 2º da Lei 14.133/2021 que quando a execução de obras e serviços de engenharia for obstada, por circunstâncias alheias ao contratado, faz-se necessária a alteração contratual por acordo entre as partes para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial, observados alguns pressupostos. Repisa-se:

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.

(...)

§ 2º 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.

Ressalta-se que, nos termos da lei, é de suma importância a observância da repartição objetiva de riscos estabelecida no contrato para análise de eventual reequilíbrio econômico-financeiro em obras e serviços de engenharia, destacando-se, nesse sentido, as contratações integradas ou semi-



-integradas em que o evento superveniente esteja alocado na matriz de riscos como de responsabilidade de uma das partes, conforme prevê o art. 133, inciso IV, da Lei 14.133/2021:

Art. 133. Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

(...)

IV - por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração.

5.1 Aspectos acerca do Desequilíbrio em desfavor da Administração Pública

Em que pese a possibilidade de o reequilíbrio econômico-financeiro ser solicitado pela empresa contratada, este também deve ser utilizado pela Administração sempre que as circunstâncias permitirem a redução dos custos pactuados inicialmente, desde que verificada a existência dos pressupostos estabelecidos em lei. Nesse sentido, Campelo e Jardim Cavalcante³⁸ citam alguns exemplos de situações em que o desequilíbrio pode ocorrer em desfavor da administração pública, *verbis*:

Alguns exemplos mais encontrados: substituição do *filler* no traço da massa asfáltica (de cimento para insumo calcário); utilização de seixo rolado, em vez de brita, na feitura do concreto; emprego de areia extraída de jazida, em vez de areia lavada; uso de areia, em substituição à brita, nos colchões drenantes; utilização de tubo de PEAD (Kananet), em troca dos tubos de concreto poroso; emprego de escoramento metálico, em vez de escoramento de madeira; utilização de cimento, cal ou areia, em consumos distintos dos projetados na estabilização de bases e sub-bases de pavimentos rodoviários e urbanos; redução do percentual de CAP nos pavimentos asfálticos, quando o insumo consta explicitamente da planilha de custos diretos; e modificação da localização dos empréstimos de terra para execução de aterros, com redução dos custos de transporte.

Em todos os casos, a redução de custos na execução dos serviços foi realizada à conta da alteração das especificações projetadas. Houve alteração do projeto básico para qual todos os licitantes se basearam para ofertar o seu preço. **O valor da contraprestação remuneratória, pois, deve acompanhar essa diminuição de custos, para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Mesmo que não haja a redução — ou o aumento — das quantidades do serviço na planilha orçamentária, houve alteração das especificações projetadas daquele encargo específico; o adimplemento daquela obrigação ajustada teve impacto relevante nos custos estimados pela Administração — e para o qual todos os licitantes ofereceram preço. Um termo aditivo para a revisão do ajuste faz-se obrigatório.** (Grifos nossos).

Nessa esteira, o TCU já entendeu que a redução do consumo de insumos, com conseqüente diminuição dos custos, caso não seja formalizada por meio de termo aditivo que diminua a retribuição do contratado para uma remuneração justa, pode causar sobrepreço, senão veja-se:

O sobrepreço no fornecimento de CBUQ decorre da redução do teor de cimento asfáltico de petróleo (CAP), substituição de insumo e alteração da localização da

³⁸ CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev. e atualizada – Belo Horizonte : Fórum, 2018.

usina de asfalto. O projeto executivo do lote prevê a aplicação de 6% de cimento asfáltico de petróleo na composição do concreto betuminoso usinado a quente, mas a contratada utilizou, a partir de 15.6.2009, apenas 4,8% de CAP na composição do serviço. (Acordão nº 40/2011-TCU-Plenário, Ministro Relator Walton Rodrigues)

Este também já foi o entendimento do TCE-MG, no âmbito da Denúncia 986.654:

3. Eventuais modificações futuras nas condições inicialmente fixadas que possam vir a causar dano ao erário podem e devem ser adequadas por meio da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (Trecho da Ementa da Denúncia 986.654, Relator Conselheiro Substituto Hamilton Coelho).

5.2 Aspectos acerca do desequilíbrio em desfavor do contratado

No tocante ao desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do contratado em obras e serviços de engenharia, alguns aspectos são relevantes em relação a fundamentação, nexos de causalidade e cálculo do reequilíbrio, devendo esses elementos ser considerados pelos agentes públicos nas análises dos pleitos.

5.2.1 Impacto da variação de preços no ajuste inicial

Caso a Administração firme contrato a partir de proposta com descontos em relação aos preços de mercado, não cabe ao contratado requerer o reequilíbrio econômico-financeiro da avença se o problema relativo aos preços reduzidos advém da estratégia de preços baixos utilizada para vencer a licitação. Nesse contexto, o desconto apresentado na proposta vencedora deverá ser mantido durante todo o contrato, de modo que, logicamente, os preços da empresa contratada estarão sempre inferiores aos medianos de mercado. Por conseguinte, torna-se importante que a comissão permanente de licitação registre todas as diligências que comprovem o valor do desconto originalmente fornecido.

Em análise de caso concreto, o TCU já se posicionou da seguinte forma, *in verbis*:

Entretanto, consoante exposto no relatório, os responsáveis além de **não apontarem nenhum fato superveniente à celebração do contrato**, expressamente afirmaram que o **suposto problema decorreu de subavaliação dos preços constantes do orçamento efetuado pela Prefeitura** e adotado como referência para a proposta da empresa. Assim, aparentemente a empresa foi beneficiada pelo fato dela, no entender dos gestores, haver **apresentado uma proposta desconectada dos preços de mercado**.

Não há, contudo amparo legal para procedimentos da espécie, mesmo que, apenas por argumentar, estivesse demonstrada a inadequação da proposta aos preços de mercado.



Em havendo erro em determinada proposta de empresa licitante, deve ela responder por tanto, rescindindo eventual contrato, por exemplo, e arcando com as consequências daí decorrentes. Não importa que o orçamento base esteja equivocado, pois as licitantes devem elaborar as propostas de acordo com o seu conhecimento do mercado e não de acordo com o conhecimento da Administração.

Mais. Tal espécie de alteração contratual acabaria por descaracterizar o processo licitatório, pois afetaria o princípio da isonomia ao se propiciar uma vantagem à contratada que não era de conhecimento dos demais potenciais licitantes. Violar-se-ia também o princípio da competitividade, pois, se fosse superior o orçamento base adotado como preço máximo, outras empresas poderiam ter se interessado em participar da licitação. (TCU. Acórdão nº 5686/2010, 2ª Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler) (Grifos nossos).

Corroborando esse entendimento do TCU, Altounian³⁹ cita:

Por exemplo, não seria razoável situação em que a empresa vencesse a licitação fornecendo o preço de determinado insumo a R\$10,00 enquanto o de mercado era R\$13,00 e solicitasse, no decorrer do 1º ano, em face do preço de mercado ter subido para R\$13,50 (aumento de 8%), um pedido de recomposição de 35% (de R\$10,00 para R\$13,50) para este item, com justificativa do desequilíbrio do contrato pelo fato do reajustamento não ser compatível com a variação de preço do insumo.

Além da observância da manutenção do desconto inicialmente ofertado, a análise de possível desequilíbrio econômico-financeiro deve perpassar, em regra, por uma análise global da variação de todos os preços do contrato, conforme jurisprudência do TCU:

O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato não pode ser constatado a partir da variação de preços de apenas um serviço ou insumo, devendo, ao contrário, resultar de um exame global da variação de preços de todos os itens da avença. (Boletim de Jurisprudência 1/2013 – Acórdão 1466/2013, TCU-Plenário). (Grifos nossos).

Neste contexto, a análise de reequilíbrio econômico-financeiro, em regra, deve envolver todos os serviços e insumos contratados, considerando, inclusive, os que sofreram variação negativa.

Por fim, o TCU já entendeu que a constatação de inexequibilidade de preço unitário não é motivo, por si só, para ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro da avença e que a oferta de preço inexequível deve onerar exclusivamente o contratado, *in verbis*:

A constatação de inexequibilidade de preço unitário durante a execução do contrato não é motivo, por si só, para ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro da avença, uma vez que não se insere na álea econômica extraordinária e extracontratual exigida pelo art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993. **A oferta de preço inexequível na licitação deve onerar exclusivamente o contratado, mesmo diante de aditivo contratual,** em face do que prescreve o art. 65, § 1º, da mencionada lei. (Acórdão 2901/2020 – Plenário. Relator Conselheiro Benjamin Zymler. Sessão de 28/10/2020). (Grifos nossos).

³⁹ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras Públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

5.2.2 Perda de produtividade causada por fatores externos

Em regra, fatos internos ao pacto e inerentes à dinâmica do contrato não são ensejadores de reequilíbrio da avença inicial, tais como perda de produtividade devido à má gestão da contratada. Contudo, quando a redução da produtividade dos serviços é causada por fatores externos e extraordinários, por circunstâncias alheias ao contratado, pode ser necessário o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme prevê o § 2º do art. 124 da Lei 14.133/2021 para os casos de atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental.

Outro exemplo de fator externo comum em obras e serviços de engenharia são as chuvas. Quando ordinárias, eram fatos previsíveis à época da elaboração da proposta, não sendo fato ensejador de reequilíbrio econômico-financeiro. Já para precipitações extraordinárias, que superem significativamente o histórico local, pode ser necessário o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato a depender, também, da natureza dos serviços que foram impactados pelas chuvas extraordinárias. Nesse sentido, etapas como pintura interna, pisos internos e instalação de esquadrias de uma edificação, pouco são influenciados pelas chuvas, enquanto serviços de terraplenagem podem ser altamente impactados. Assim, deve ser feita uma análise detalhada dos impactos gerados pela precipitação extraordinária e a sua repercussão no contrato.

Ademais, os sistemas de custos referenciais das obras públicas não consideram fatores redutores na formação de preços, como o fator barganha e a economia de escala, que podem balancear os efeitos adversos causados pelas chuvas ordinárias, conforme entendeu o TCU no Acórdão 993/2022 – Plenário, *in verbis*:

O fator chuva não pode ser considerado como justificativa para pagamentos acima dos valores de referência em obras rodoviárias, pois a precipitação de chuvas ordinárias não repercute de modo significativo sobre os custos dos empreendimentos, além de ser contrabalanceada por fatores não considerados pelo Sicro na formação do preço de referência, como fator de barganha, economia de escala, valor residual subestimado no cálculo das depreciações dos equipamentos, produtividades ultrapassadas, entre outros. (Acórdão 993/2022 – TCU/Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler). (Grifos nossos).

Por fim, outro fator externo que pode ensejar a quebra do equilíbrio econômico-financeiro devido a perdas de produtividade são as modificações das distâncias de transporte por fatores alheios às partes, como a interdição de uma ponte, por exemplo. Assim como para as chuvas, deve ser avaliado se tal fato era imprevisível à época da apresentação da proposta e a sua repercussão nos preços dos insumos e global do contrato, bem como a repartição objetiva dos riscos (matriz de riscos).

5.2.3 Taxa de Riscos (Incertezas e Contingências)

O art. 9º do Decreto Federal 7983/2013 estabelece os itens da composição mínima da taxa de Bonificação e Despesas Indiretas (BDI) a incidir sobre o preço global de referência de obras e serviços de engenharia:



Art. 9º O preço global de referência será o resultante do custo global de referência acrescido do valor correspondente ao BDI, que deverá evidenciar em sua composição, no mínimo:

I - taxa de rateio da administração central;

II - percentuais de tributos incidentes sobre o preço do serviço, excluídos aqueles de natureza direta e personalística que oneram o contratado;

III - **taxa de risco**, seguro e garantia do empreendimento; e

IV - taxa de lucro. (Grifos nossos).

Por meio do Acórdão 2622/2013, o Plenário do TCU concluiu, *in verbis*:

Em face do exposto, conclui-se que o cálculo da taxa de riscos do BDI de obras públicas está relacionado à identificação e mensuração dos **riscos de engenharia** e, a depender do regime de execução do contrato, dos **riscos normais de projeto de engenharia, não decorrentes de erros por parte da Administração Pública**. Esses riscos podem ser mitigados com a elaboração de projeto com alto grau de detalhamento ou repartidos de acordo com o regime de execução contratual e/ou da exigência de contratação de seguros. A materialização de outros eventos ou circunstâncias que onerem os encargos assumidos pelo particular pode ser objeto de aditivos contratuais, com o objetivo de garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença. (Grifos nossos).

No tocante aos riscos de engenharia e os riscos normais de projetos de engenharia, no mesmo Acórdão, o TCU os definiu da seguinte forma:

a) riscos de engenharia (ou riscos de construção):

Os riscos de engenharia (ou riscos de construção) são aqueles associados diretamente às atividades empresariais propriamente ditas de construção civil, comuns à execução de qualquer empreendimento e suportados pelo contratado. São riscos usuais de negócio de um construtor que podem impactar a execução, o gerenciamento, a produtividade e a performance da obra, com consequências significativas sobre os seus custos globais. A título de exemplificação, Carvalho e Pini (2012, p. 28/30) classificam esses riscos em contingências de execução, canteiro e produção, conforme trechos reproduzidos a seguir:

As Contingências de Execução dizem respeito a eventuais problemas, frente à adequação do treinamento da mão de obra, na aplicabilidade e consumo dos materiais ou ao desempenho da produção dos equipamentos ou ainda frente às dificuldades no desenvolvimento do projeto do processo executivo.

As Contingências de Canteiro englobam as quedas de produtividade da mão de obra e na produção dos equipamentos, ocorridas por condições críticas de operação, advindas de disfunções logísticas, períodos descontínuos de trabalho, influência de tráfego de pessoas ou veículos (empreendimentos, internos à malha urbana), obras executadas com edifícios em uso, falhas de manutenção e operação.

As Contingências de Produção estão relacionadas à aplicabilidade do Plano de ataque concebido para elaborar a obra como um todo, onde problemas de gestão afetam diretamente o desempenho na produtividade da mão de obra, no consumo de materiais e produtos ou na produção de equipamentos.

(...)

b) riscos normais de projetos de engenharia:

Os riscos normais (ou comuns) associados ao projeto de engenharia são aqueles que ainda permanecem após a conclusão de um projeto bem elaborado e suficiente para caracterizar o objeto, em atendimento aos requisitos e elementos exigidos na legislação de licitações e contratos, mas que, em função de suas próprias características intrínsecas, ainda são submetidos a um certo grau de incerteza naturalmente existente em qualquer projeto, o que pode acarretar, por exemplo, acréscimos ou decréscimos de quantitativos de serviços inicialmente planejados.

Logo, a taxa de risco do BDI está relacionada a possíveis situações ou ocorrências inerentes ao processo construtivo de engenharia e cujo ônus de eventual materialização terá de ser suportado pelo contratado. Nessa esteira, Baeta⁴⁰ cita outras ocorrências não previstas que deverão ser arcadas pelo contratado, além de aspectos que não devem ser considerados na taxa de risco:

Ainda existem **ocorrências não previstas em projetos que podem repercutir no custo da obra e deverão ser arcadas pelo contratado**. Entre elas podemos citar: perdas excessivas de material (devido à quebra ou retrabalho), perdas de eficiência de mão de obra, greves e condições climáticas atípicas.

A taxa de risco é determinada em percentual sobre o custo direto da obra e depende de uma análise global do risco do empreendimento em termos orçamentários.

Nos contratos firmados com a Administração Pública, **aspectos que ensejarem solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro, como a variação cambial (e o seguro – hedge) não devem ser incluídos na rubrica de riscos e imprevistos**. (Grifos nossos).

O Acórdão 2622/2013 – TCU cita outros riscos associados a contratos de obras e serviços de engenharia que não devem ser considerados na taxa de riscos do BDI, como os riscos associados a fatos da Administração (não liberação do local da obra; atrasos de desapropriações de imóveis e/ou servidão de passagem; demora na obtenção de licenças ambientais; risco de encontrar sítios arqueológicos etc.) e os riscos associados à álea extraordinária/extracontratual (terremoto, inundação imprevisível ou qualquer outro fenômeno natural extraordinário que impossibilite ou retarde a execução do contrato, choque externo de mercado com a elevação extraordinária dos preços, alterações da carga tributária incidente sobre o faturamento, revolta popular incontrolável etc). Tais eventos, caso ocorram, podem ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a depender da sua magnitude e impacto no valor global.

5.2.4 Demonstração do desequilíbrio

No tocante à demonstração do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a documentação comprobatória deve estar amparada em sistemas oficiais ou lastreada por relatórios técnicos produzidos por entidades reconhecidas por capacidade técnica e credibilidade. Nesse sentido, no caso de desequilíbrio devido à variação de preços dos insumos, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção⁴¹ orienta que:

⁴⁰ BAETA, André Pachioni. **Orçamento e controle de preços de obras públicas**. São Paulo: Pini, 2012.

⁴¹ Câmara Brasileira da Indústria da Construção. **O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia em função da variação extraordinária no preço de insumos**. Brasília: CBIC, 2020



A comprovação da variação no preço de insumos **não deve estar amparada em indicações subjetivas do contratado**, como notas fiscais, etc, mas em verificação objetiva de variação de preços. Pesquisas de mercado, consolidadas em relatórios técnicos produzidos por **entidade com capacidade técnica e credibilidade** institucional são meios hábeis a demonstrar as variações objetivas no preço de insumos. No âmbito federal, o **SINAPI** (e o SICRO, conforme o caso) **são sistemas referenciais para a formação do orçamento público, podendo se prestar também, a depender de sua atualidade e nível de detalhamento, a referenciar a variação no preço de insumos do setor de construção** (vide Decreto 7.983/2013). (Grifos nossos).

Tal orientação se estende às demonstrações de desequilíbrio causadas por outros fatores, como perda de produtividade por fatores extraordinários, não sendo recomendável a utilização de indicações subjetivas ou documentos produzidos por entidades sem credibilidade institucional e capacidade técnica.

Outrossim, ressalta-se que os responsáveis pelo gerenciamento do contrato devem tomar providências com vistas a documentar nos autos do processo, de maneira inequívoca, a existência dos pressupostos para a realização do reequilíbrio, bem como a análise global dos custos da avença, como orienta o TCU no Acórdão nº 1431/2017 (Plenário):

9.2.5. cabe ao gestor, agindo com a desejável prudência e segurança, ao aplicar o reequilíbrio econômico-financeiro por meio da recomposição, fazer constar dos autos do processo, análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a teoria da imprevisão, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a incidência da elevação [...] (Acórdão Nº 1431/17-P. Min. Rel. Vital do Rêgo). (Grifos nossos).

Ademais, a justificativa deve demonstrar a presença dos requisitos estabelecidos no art. 65, inciso II, alínea d da Lei 8.666/1993 ou o equivalente art. 124, inciso II, alínea d da Lei 14.133/2021, não sendo adequada justificativas baseadas da mera variação de preços de mercado, conforme orienta o TCU:

A mera variação de preços de mercado 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 1884/2017 – Plenário. Relator Conselheiro Augusto Nardes. Sessão de 30/08/2017). (Grifos nossos).

Argumento de que o mercado pratica, na atualidade, preços superiores àqueles inicialmente contratados, não basta para justificar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. (Acórdão 624/2007 – Plenário. Relator Conselheiro Benjamin Zymler. Sessão de 18/04/2007). (Grifos nossos).

No tocante ao ponto em que ocorre o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a jurisprudência dos órgãos de controle é cediça no sentido de que um dos requisitos para aplicação deste dispositivo é a imposição de onerosidade excessiva a uma das partes ou a ambas, eventualmente:

23. No caso em exame, o instituto jurídico é o da revisão (ou recomposição) de preços e funda-se no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993 e na teoria da

imprevisão, que requer o atendimento dos seguintes requisitos: i. fato imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, alheio à vontade das partes; e ii. **desequilíbrio econômico ou financeiro elevado no contrato, impondo onerosidade excessiva** a uma das partes ou a ambas, eventualmente.” (Voto Condutor do Acórdão 1604/2015-TCU-Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes) (Grifos nossos).

Neste contexto, órgãos e entidades da Administração Pública têm adotado como parâmetro para admitir ou não a análise de eventual pedido de reequilíbrio econômico-financeiro o Lucro Operacional Referencial (LOR) informado na composição do BDI do orçamento de referência da Administração. Cita-se, nesse sentido, a Portaria Conjunta SMOBI/SUDECAP nº 002, de 9 de abril de 2021, que estabelece a seguinte diretriz:

Art. 3º [...]

§ 1º Configurar-se-á álea econômica e extracontratual para efeito da análise inicial de possível desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da Contratada ou da Administração quando a variação do custo unitário direto do item (exclusive BDI e remuneração) sofrer variação superior a 70% (setenta) por cento da taxa de Lucro Operacional Referencial adotada na composição do BDI de referência da Administração, tomando-se como referência os valores da Tabela de Custos adotada no Orçamento de referência, ou outra tabela que melhor reflita a variação de custos no período considerado.

$$\left| \left(\frac{C_{im}}{C_{io}} - 1 \right) \right| * 100\% > 0,7xLOR$$

► Pode ser analisado possível desequilíbrio econômico-financeiro do contrato;

onde:

C_{im} é o custo unitário direto do insumo ou item “i” no mês “m”, de acordo com a Tabela de Custos adotada no Orçamento de referência, ou outra tabela que melhor reflita a variação de custos no período considerado;

C_{io} é o custo unitário direto do insumo ou do item “i” no mês de referência do orçamento da Administração utilizado na licitação, de acordo com a Tabela de Custos adotada no Orçamento de referência, ou outra tabela que melhor reflita a variação de custos no período considerado;

LOR é a taxa percentual de Lucro Operacional Referencial informado na composição do BDI do orçamento de referência da Administração para o item “i”.

Já o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), por meio da Resolução/DNIT nº 13, de 2 de junho de 2021, que trata dos procedimentos e critérios para o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos decorrentes de acréscimos ou decréscimos, conforme o caso, dos custos de **aquisição de materiais asfálticos**, traz o conceito de Impacto Financeiro (IR) como sendo a diferença entre a variação do preço produtor entre o mês da medição, minorado pelo desconto obtido na licitação, e o preço contratual no último reajuste, aplicada sobre o valor medido do mês a preços contratuais. Em termos matemáticos:



$$IF = \frac{\sum_{m=1}^n (I_{CAP_{m-1}} - I_{CAP0}) * CAP_m + (I_{ADP_{m-1}} - I_{ADP0}) * ADP_m + (I_{RR_{m-1}} - I_{RR0}) * RR_m + \dots}{\sum_{m=1}^n Medição Total_m}$$

Em que:

IF é o impacto financeiro;

m é o mês;

n é o número de meses do período analisado;

I_m é o preço ANP do material betuminoso “n” no mês “m-1”, minorado pelo desconto obtido na contratação;

I_0 é o preço contratual do material betuminoso “n” no último reajuste;

CAP_m , ADP_m , RR_m ... são as quantidades medidas do material betuminoso no mês “m”; e,

$Medição Total_m$ é a medição total dos serviços, inclusa a aquisição de material betuminoso, no mês “m”.

Para o DNIT, caso o IF seja maior do que o Lucro Operacional Referencial informado na composição do BDI do orçamento referencial, o contrato pode estar desequilibrado.

Ressalta-se que a comparação é realizada em relação ao Lucro Operacional Referencial, que geralmente é superior à taxa de lucro apresentada nas propostas dos contratados. Nesse sentido, caso o contratado apresente BDI com taxa de lucro demasiadamente inferior ao LOR, pode ser que este tenha que suportar o ônus de eventual aumento de encargos decorrente de desequilíbrio que supere a taxa de lucro da sua proposta comercial, sem que haja reequilíbrio econômico-financeiro da avença.

Outrossim, as diretrizes apresentadas relacionam-se à possibilidade de desequilíbrio para definição da análise de eventual pedido, não necessariamente caracterizando a necessidade de revisão. Nessa esteira, considerando que o contratado já pode ter auferido lucro superior quando do eventual pedido de reequilíbrio, a retrocitada Portaria Conjunta SMOBI/SUDECAP nº 002, estabelece também a necessidade de avaliar o saldo contratual antes do aceite da proposta de reequilíbrio, nos seguintes termos:

Art. 3º [...]

§ 2º Somente será aceita proposta de reequilíbrio quando:

$$\left| \left(\frac{SCR - SAC}{VGAC} \right) \right| * 100\% > 0,7xLOR$$

onde:

SCR é o Saldo do Contrato com aplicação do Realinhamento;

SAC é o Saldo Atual do Contrato;

$VGAC$ é o Valor Global Atual do Contrato;

LOR é a taxa percentual de Lucro Operacional Referencial informado na composição do BDI do orçamento de referência da Administração.

§ 3º No caso de terem sido adotados BDI diferenciados será considerado aquele que tenha a maior taxa de lucro operacional, na aplicação da fórmula acima.

§ 4º No caso de contratos relativos à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, o Valor Global Atual do Contrato (**VGAC**) na aplicação da fórmula acima será aquele consignado ao contrato para o período de vigência sob análise.

Por fim, caso concedido o reequilíbrio, é importante observar a não sobreposição das parcelas concedidas no reajuste subsequente, o que pode causar prejuízo à Administração, conforme já entendeu o TCU:

“[...] Na hipótese de ser possível um futuro reajuste após concedida recomposição, a Administração deverá estabelecer que esta vigorará até a data de concessão do novo reajuste, quando então deverá ser recalculada, de modo a se expurgar da recomposição a parcela já contemplada no reajuste e, assim, evitar a sobreposição de parcelas concedidas, o que causaria o desequilíbrio em prejuízo da contratante.[...]” (Acórdão 1431/2017-Plenário | Relator Ministro Vital Do Rêgo). (Grifos nossos).

6. MATRIZ DE RISCOS

Inicialmente, registra-se que o instituto tem previsão normativa nos seguintes dispositivos:

Lei 13.303/16 (Lei das Empresas Estatais)

X - *matriz de riscos*: cláusula contratual definidora de riscos e 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, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;

b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;

c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação

Lei 14.133/21 (Nova Lei de Licitações e Contratos)

XXVII - *matriz de riscos*: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:



a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

§ 1º A matriz de que trata o caput deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer 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.

§ 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela *matriz de riscos*, especialmente quanto:

I - às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na *matriz de riscos* como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento;

II - à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;

III - à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.

6.1 Conceituação

A matriz de riscos é um instrumento que visa a uma alocação ótima dos riscos de um determinado contrato administrativo (decorrente de processo licitatório prévio ou contratação direta). Nela serão considerados e estipulados os riscos relevantes do contrato, atinentes à sua execução e natureza, contendo informações acerca da categoria e descrição do risco, probabilidade e impacto, consequências em caso da materialização do risco, medidas de mitigação e alocação dos riscos entre as partes envolvidas.

Nas lições da jurista Flávia Campos⁴²:

Uma importante inovação na Lei 14.133/2021 é a possibilidade de o edital prever uma matriz de alocação de riscos que seria, nos termos do art. 6º, XXVII, uma 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, informações como a listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto no equilíbrio econômico-financeiro, previsão de eventual necessidade de termo aditivo etc.

Assim, **os riscos serão divididos, objetivamente**, entre o contratante e o contratado, **estabelecendo as responsabilidades de cada parte do contrato** (art. 22, § 1º).

De acordo com o art. 22, o edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo. (Grifos nossos).

Em abordagem à gestão de riscos contratuais e sua regulamentação pela Nova Lei de Licitações, em cotejo com a matriz de riscos nela também prevista, a consultoria *Zênite* discorre⁴³:

[...] seguindo a mesma batida burocrática e desconfiada, **o inciso X do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021 exige que a Administração, ao final da fase preparatória, produza análise de riscos para todas as suas licitações, inclusive para aquelas com objetos simples e usuais**, bem como para aquelas cujos valores não sejam expressivos.

A crítica é que uma análise de riscos minimamente séria demanda muito tempo e a mobilização de muitos recursos, especialmente de pessoal. Logo, **a análise de riscos deveria ser exigida apenas para as licitações mais vulneráveis e estratégicas, não para todas as licitações, o que representa entrave burocrático muito pesado.**

A exigência da Lei n. 14.133/2021 sobre análise de riscos é herança clara das orientações normativas federais. Veja-se, por exemplo, que a Instrução Normativa n. 05/2017, que trata da terceirização e serviços, prevê como uma das etapas fundamentais do planejamento das contratações o “gerenciamento de riscos.

De toda sorte, chama a atenção que o inciso X do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021 exige a análise de riscos, porém o legislador não se prestou a prescrever regras ou diretrizes mínimas de como ela deve ser realizada. **De maneira bem resumida, a análise de riscos pressupõe a identificação, a avaliação, a qualificação e o tratamento dos riscos e costuma se materializar em algum tipo de documento, mapa de riscos ou documento equivalente.**

Ligada à gestão dos riscos, o artigo 22 da Lei n. 14.133/2021 prescreve que o edital pode contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e contratado.

Trata-se, de forma bem clara, de uma faculdade para a Administração e não de uma obrigação. O § 3º do mesmo artigo 22, no entanto, obriga a matriz de

⁴² CAMPOS, Flávia. *Comentários à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 1ª ed. 2021.

⁴³ Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos / Joel de Menezes Niebuhr et al. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. Disponível em: <https://www.zenite.com.br/livros/nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos>. > Acesso em: 15 jul. 2022.



riscos nas situações em que a contratação envolver “[...] obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada [...]]. (Grifos nossos).

A matriz de riscos, ressalva-se, não se confunde com a análise de riscos exigida no inciso X do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021. A análise, que é obrigatória, serve para que a Administração identifique e trate os riscos da licitação e da contratação.

A matriz de risco é documento contratual, que distribui os riscos da contratação entre contratante e contratado. A análise de riscos é “essencialmente uma atividade de planejamento. A matriz de riscos é documento essencialmente contratual, ainda que sua minuta seja produzida na fase etapa preparatória da licitação”⁴⁴.

6.2 Assimetria de informação e risco moral

Assimetria Informativa (ou Assimetria de Informação) ocorre quando o consumidor e/ou o Estado não possuem conhecimento sobre como o mercado opera, ou detém informações imperfeitas que não refletem a realidade material do respectivo setor econômico, fato que facilita e permite a prática de condutas abusivas por parte dos agentes econômicos que nele atuam, praticamente, à revelia do Poder Público.

É de se ressaltar que a assimetria de informações gera efeitos igualmente funestos para o consumidor, que fica prejudicado ante ao desconhecimento de como se procedimentaliza a relação econômica de consumo, bem como ao produto que adquire, fatos que, somados a outros, o coloca em uma posição de hipossuficiência ante o agente econômico. Observe-se que a assimetria informativa representa violação ao princípio da transparência que se traduz na boa-fé econômica, sendo principiologicamente vedada pelo Direito, consoante institutos consagrados em diversos ramos jurídicos, tais como o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, Lei de Mercados de Capitais (Lei n. 4.728/1965), dentre outros⁴⁵.

A assimetria informativa também ocorre, com frequência, no âmbito das contratações públicas, quando o Estado é o “consumidor” de determinado serviço ou produto, na condição de contratante, decorrendo daí prejuízos (diretos ou indiretos) à própria sociedade, que é a destinatária final das atividades da Administração Pública.

Os contratos são, portanto, informativamente incompletos porque é uma forma de se reduzir os custos de transação⁴⁶ (como exs. de *custos de transação*: custo de antecipação de eventualidades pelas partes contraentes; custo de decidir e chegar a um acordo sobre as eventualidades; custo de redigir um contrato de forma clara e inequívoca; custo de fiscalizar a execução de um contrato):

Muitos contratos são incompletos porque existem problemas de informações e muitos custos de transações. Quando há muitas contingências possíveis com relação a eventos futuros, a criação de um contrato completo que preveja todas as situações é tarefa muito custosa. **A tentativa de especificar completamente o desempenho desejado para um número muito grande de possibilidades im-**

⁴⁴ NIEBUHR, Joel Menezes. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2ª ed. Curitiba: Zênite, 2021.

⁴⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. p. 142.

⁴⁶ WILLIAMSON, Oliver E. *Transaction-Cost Economics: The governance of Contractual Relations*. *The Journal of Law & Economics*, University of Chicago Press, 1971.

prováveis envolve uma dispendiosa busca por uma vantagem informativa e de negociação sobre sua contraparte negocial.

A especificação contratual para tais contingências de probabilidade extremamente baixa cria ineficiências alocativas (desviando o recurso da transação pelo objeto para gastar mais no meio transacional). Portanto, o custo real associado à elaboração contratual completa levam as partes a pararem antes da especificação completa do contrato⁴⁷. (Grifos nossos).

Consoante a administrativa Maria Tereza Fonseca Dias⁴⁸, na fase interna (ou preparatória) da licitação, momento em que se formulam as demandas administrativas e delimita-se o objeto da contratação, podem ocorrer falhas que culminam na incompletude e deficiência dos editais e, consequentemente, em contratos mal elaborados. Um dos fenômenos daí decorrentes é o da seleção adversa, onde o contratante, em razão da assimetria de informação (p.ex., descrição imprecisas do objeto contratual, ausência de alocação de riscos relevantes, projetos básico e executivos mal elaborados, desconhecimento sobre a capacidade operacional e financeira dos licitantes, desconhecimento sobre os custos de produção do licitante, etc.) acabam por ensejar na contratação de prestadores incapazes de adimplir as obrigações contratuais no tempo ou modo estipulado pelo órgão licitante.

Em decorrência da seleção adversa, inúmeras consequências deletérias podem se manifestar, tais como: atrasos na execução do contrato; judicialização de conflitos; necessidade de constantes aditamentos contratuais; entrega de serviços ou produtos com qualidade inferior à desejada pelo órgão licitante; aumento dos custos de fiscalização e acompanhamento da execução contratual; prejuízos indiretos à comunidade local.

Outro elemento relevante na construção da matriz de riscos é o risco moral. Ocorre o risco moral, ou *moral hazard*, quando o contratado age de modo inadequado e malicioso perante o contratante, com vistas a obter benefícios indevidos e locupletar-se, maximizando seus lucros, durante a fase da execução contratual, às custas da Administração Pública, valendo-se da assimetria de informações. Como exemplo, tem-se a hipótese de “uma empresa começar a executar um contrato e ir baixando a qualidade do insumo utilizado, com o fito de reduzir os seus custos”. (Marcos Nóbrega, “Análise Econômica do Direito Administrativo”, cit., p. 411)

Trata-se, assim, de um comportamento oportunista por parte do agente privado (contratado), agindo em benefício próprio às custas do contratante (problema de agência). Tal conduta ocasiona aumento dos custos contratuais e degradação da qualidade em relação às avaliações iniciais.

Conforme Dias, “a assimetria de informações, as dificuldades e custos envolvidos na fiscalização dos contratos, bem como as dificuldades de as instituições de controle impor suas decisões (Judiciário, Cortes de Contas e outras), além do risco moral descrito, acaba tornando a Administração refém do contratado, ocorrendo o fenômeno – também estudado pela AED – *hold up*, em que o contratado opta por adotar estratégias não cooperativas, tornando a Administração Pública “refém” do contratado”. Esse citado fenômeno em que a Administração Pública se torna “refém” do contratado é denominado de *hold up*”.

⁴⁷ CAMELO, Marcos Bradson; TORRES, Ronny Charles L. de. *Análise econômica das licitações e contratos: de acordo com a Lei nº 14.133/2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 298

⁴⁸ Dias, Maria Tereza Fonseca. R. Bras. de Dir. Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 15, n. 57, abr./jun. 2017.



Feitas essas considerações, passa-se a discorrer sobre a importância da matriz de riscos para redução da assimetria de informação e consequente mitigação dos riscos de seleção adversa e *moral hazard* no âmbito das contratações públicas.

6.3 Matriz de riscos e a Análise Econômica do Direito^{49 50}

Conforme dito alhures, a matriz de riscos tem um papel fundamental na análise dos riscos contratuais, conforme as peculiaridades do objeto a ser licitado e/ou contratado, assim como na distribuição ou alocação destes riscos de maneira mais efetiva à parte que melhor pode arcar com o ônus decorrente da materialização do risco ou que detém a maior responsabilidade pela concretização do risco previsto na matriz.

Podemos constatar que a elaboração da *matriz de alocação de riscos contratuais* é uma ferramenta de grande utilidade para a Administração Pública com fito de mitigar a assimetria informacional existente nas contratações públicas, ao prever eventos que, ainda que externos ao contrato e de materialização meramente provável, podem ocasionar um desequilíbrio econômico-financeiro não-negligenciável que ensejará, inevitavelmente, em muitas discussões entre as partes contratuais, até mesmo judicializando o litígio e prejudicando, inexoravelmente, a execução contratual a tempo, modo e custo inicialmente planejados.

Assim, tem-se que a matriz de riscos aumenta a troca de informações sensíveis entre o agente público e privado, reforçando a segurança jurídica do contrato e reduzindo a probabilidade dos fenômenos indesejáveis da seleção adversa e do risco moral.

O instrumento da matriz de riscos deverá, necessariamente, promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos. Para tanto, o agente público responsável pela sua elaboração deverá levar em consideração as peculiaridades do objeto contratual (ramo de atividade, normas técnicas regulatórias, complexidade e vulto da contratação, métodos de execução, especificidades da geoeconomia local, o lugar da execução, etc.); riscos de falhas na concepção do projeto; riscos de falha de execução; má qualidade dos insumos; riscos de ocorrência de fenômenos econômicos imprevisíveis ou de consequências imprevisíveis que onerem excessivamente uma das partes (p.ex. variação cambial abrupta e elevada⁵¹); riscos legislativos e regulatórios (alteração de leis), riscos políticos e demais riscos extraordinários de origem extracontratual (fato do príncipe, força maior e caso fortuito).

Para a incompletude contratual (assimetria de informações), o ideal é criar uma matriz de riscos que os aloque para as partes que possuem maior capacidade de reduzir suas ocorrências. Fortini⁵² alerta:

⁴⁹ A Análise Econômica do Direito é uma ciência que busca compreender os fenômenos jurídicos valendo-se dos princípios da Ciência Econômica (microeconomia, economia comportamental, etc.), através do estudo e análise dos sistemas de incentivos (prêmios e punições) e das estratégias racionais decisórias adotadas por agentes (*homo economicus*) que de alguma forma intervenham na esfera jurídica

⁵⁰ “A base lógica da AED é o *pragmatismo* e o *utilitarismo*, vendo o fenômeno jurídico de uma perspectiva que pressupõe que os agentes são racionais (mesmo de modo limitado) e buscam alcançar maiores níveis de satisfação através das consequências de suas ações” Camelo; Nóbrega. **Análise Econômica das Licitações e Contratos: de acordo com a Lei n° 14.133/2021**. 2022. p. 21.

⁵¹ Tem-se discutido no âmbito dos órgãos de controle e no ambiente acadêmico acerca da possibilidade de pleito de reequilíbrio econômico-financeiro em razão da disparada do preço do dólar frente ao real, que de 2018 para meados de 2020 teve um salto em sua cotação saindo de cerca de R\$3,20 para R\$5,80 e, com isso, encarecendo insumos como equipamentos eletrônicos e hospitalares, aço, cimento e outros.

⁵² CAVALCANTI; Fortini; NÓBREGA. **Matriz de riscos dos contratos de parceria público-privada: alteração consensual**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/interesse-publico-matriz-riscos-contratos-parceria-publico-privada>. Acesso em: 30 jun. 2022.

Alocar riscos, portanto, passa a ser um elemento crucial para o sucesso de determinado projeto. Evidentemente que **quanto mais complexos forem os projetos ou mais específicos os ativos, mais submissão a diferentes riscos deverá ser considerada.** Repartir esses riscos certamente demandará esforços econômicos, jurídicos e contábeis. De modo que, como sabemos, **os projetos de grande porte envolverão, intrinsecamente, elevados custos de transação e comportamentos *rent seeking*.** (Grifos nossos).

Destaca-se ser de suma importância atentar-se ao dispositivo da Nova Lei de Licitações e Contratos Públicos, no que tange às obrigações de resultado e de meio. Transcreve-se:

Art. 6º, inc. XXVII, alíneas ‘b’ e ‘c’:

§ 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;

§ 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;

As obrigações de resultado ocorrem quando o devedor/prestador se responsabiliza pelo atingimento do resultado definido entre as partes. Nesse caso, se o resultado não for obtido, o devedor será considerado inadimplente (ex. obras de engenharia comuns, fornecimento de bens de consumo básicos). As obrigações de meio ocorrem quando o devedor não se responsabiliza pelo resultado e se obriga apenas a empregar todos os meios ao seu alcance para conseguir o melhor resultado possível (ex. serviços intelectuais como advocacia, consultoria, auditoria).

Por derradeiro, repisa-se que “a cláusula de matriz de riscos gera significativo impacto nas propostas devido à taxa de risco (precificação do risco assumido pelo contratante)”⁵³. Como a matriz será responsável pela configuração da proposta nos modelos, os Tribunais de Contas vêm se manifestando sobre a sua indispensabilidade, em especial o TCU:

a cláusula de matriz de riscos gera significativo impacto nas propostas devido à taxa de risco (precificação do risco assumido pelo contratante). Como a matriz será responsável pela configuração da proposta nos modelos, o TCU já se manifestou por sua indispensabilidade “com vistas à objetivação dos eventos que podem afetar o empreendimento, tais como as imprecisões de projeto ou anteprojeto, prevento contratualmente a quem caberá suportá-los, se ocorrerem na fase de execução” (Acórdão 2.172/2013 – Plenário). (Grifos nossos).

Cabe destacar que o equilíbrio-econômico financeiro nos contratos de concessão de serviço público é mais complexo do que nos demais contratos para serviços ordinários/comuns, uma vez que envolve muitas variáveis:

Temos, então, um mesmo dever de equilíbrio, só que com bases mais complexas. Sim, pois, **enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando**



em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio), etc.⁵⁴ (Grifos nossos).

É que as concessões e Parcerias Público-Privadas (PPPs), enquanto contratos incompletos (*incomplete contracts*) e de longa duração, geram maior incerteza. “A tomada de decisão *ex post*, na sequência da mudança de riscos, é difícil, pois implica necessariamente negociações entre o Poder Público e a iniciativa privada. É dizer: contratos dessa natureza encerram um problema de compra e venda de bens e serviços num contexto marcado pela assimetria informacional e, sobretudo, pela incompletude”.⁵⁵ Explicam os autores que contratos bem elaborados, com adequada repartição de riscos, alinhamento de incentivos entre as partes e com um alto grau de *enforcement*, são condições fundamentais para o sucesso de empreendimentos de longo prazo, sobretudo quando valores vultosos são envolvidos e consideráveis riscos avaliados.

Nos contratos de concessão de serviços públicos, “a simples demonstração de baixa lucratividade do empreendimento, por si só, não permite a adoção de qualquer medida de restauração do equilíbrio econômico-financeiro. É preciso demonstrar que algum evento abalou a equação econômico-financeira, considerando a proposta apresentada pelo licitante, os riscos assumidos por cada parte e as circunstâncias presentes no momento da apresentação da proposta”.⁵⁶ Ademais, conquanto a prestação de serviços públicos por delegação a particular seja por ele exercida por exclusiva conta e risco (art. 2º, incs. II, III e IV da Lei nº 8.987, de 1995), isso não significa que os concessionários assumam o risco integral pela prestação do serviço. Marco Augusto Perez⁵⁷ explica que o próprio objetivo da modicidade tarifária seria contraditório com a ideia de que o concessionário assumiria todos os riscos do empreendimento. Ou seja, maiores riscos resultam em maiores custos a serem transferidos ao usuário:

O risco é “precificado” não apenas na acepção de comportar uma avaliação financeira mas também no sentido de integrar-se ao valor a tarifa. Isso significa que, **quanto maior o risco do concessionário, tanto mais elevada será a tarifa.** A incerteza sobre os custos necessários à efetiva obtenção dos benefícios pretendidos pelo empresário se traduz em custos de transação, o que significa que **o empresário transfere para o preço as incertezas e inseguranças que entram sua atividade.**⁵⁸ (Grifos nossos).

Para além, “o insucesso do empreendimento não prejudica apenas o concessionário ou arrendatário, mas também os usuários do serviço público. Há então um interesse público na estabilidade dos contratos de concessão de serviço público”⁵⁹.

Adentrando nas questões atinentes à matriz de riscos nos contratos de concessão e nas parcerias público-privadas, Santim⁶⁰ destaca:

⁵⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões.** Revista de Direito Administrativo, vol. 227, jan./mar. 2002, p. 107.

⁵⁵ TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. **Matriz de riscos e a ilusão da perenidade do passado: precisamos ressignificar o conceito de tempo nas contratações públicas.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDDP, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, p. 59-82, jul./set. 2021. p. 02.

⁵⁶ AGU. Disponível em <https://sapiens.agu.gov.br/documento/406894540>. Acesso em: 01 de jul. 2022.

⁵⁷ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público.** Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 105-106.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 78.

⁵⁹ AGU. Disponível em <https://sapiens.agu.gov.br/documento/406894540>. Acesso em: 01 de jul. 2022.

⁶⁰ SANTIM, Daniel Pacheco de Souza. **A importância da matriz de riscos para o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de PPP.** p. 27

Em contratos de concessão ou PPP, além dos riscos naturais ao próprio objeto há os riscos decorrentes do longo lapso temporal em que se desenvolve o projeto.

Nesses modelos de contrato, **a equação econômico-financeira que se forma no momento da celebração do ajuste está sujeita a maiores riscos proporcionados pelo grande lapso temporal de execução** e pela maior quantidade de eventos que poderão afetá-la.

Assim, a garantia à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro impede que a modificação das condições inicialmente estabelecidas cause prejuízos a qualquer uma das partes.

Daí porque o mecanismo de distribuição de riscos e de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro tem que ser minuciosamente considerados quando da definição da modelagem de um contrato de PPP. (Grifos nossos).

Ainda que o particular tenha assumido a álea que gerou o risco, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é uma possibilidade de o parceiro privado, podendo ser pleiteado a qualquer momento desde que existentes e demonstradas as condições para tanto.

Sob a ótica da Análise Econômica do Direito - AED, é evidente que o repasse dos riscos às custas exclusivas do particular/contratado, além de prejudicar a participação de potenciais competidores nos certames licitatórios, ferindo o próprio princípio da ampla competitividade, enseja na elevação dos preços de serviços e produtos à Administração Pública, pois que os riscos a serem arcados pelo contratado (caso materializados durante a execução contratual) são inevitavelmente considerados e incluídos no preço do serviço. Desse modo, nos contratos de grande vulto ou de longa duração, como são, por natureza, as concessões (que podem vigor por até trinta e cinco anos no caso de PPP⁶¹), mostra-se imprescindível a elaboração de uma boa matriz de riscos e responsabilidades, que considere e aloque adequadamente cada um dos riscos vislumbrados, levando em consideração, dentre outros fatores: a probabilidade de sua ocorrência (materialização); o potencial impacto social e financeiro; a parte contratual que melhor pode arcar/administrar com os custos de sua ocorrência; a possibilidade de compartilhamento ou transferência do risco; e, os meios para mitigar ou eliminar seus efeitos/impactos:

Portanto, a indicação obrigatória nos contratos de cláusulas que tratam de repartição de riscos entre as partes e da forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais, trazidas pelo inciso III do art. 5º da Lei nº 11.079/04, trata-se de técnicas consagradas precisamente para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos⁶².

Em derradeiro, concernente à possibilidade de adequação/alteração consensual da matriz de riscos em contratos dessa espécie, insta salientar que:

a despeito da relevância inclusive para a atratividade ou não da licitação, a alteração consensual pode se justificar, sobretudo considerando que as concessões especiais são materializadas por contratos administrativos de longa duração, pelo que sujeitas a mudanças contextuais inimagináveis quando da apresentação da proposta ou da elaboração do instrumento convocatório. Nessa toada, como bem coloca Marcus Abraham, ao refletir sobre contratos administrativos, **“para contratos desse vulto e dessa duração, nem sempre é possível aplicar a teoria dos contratos**

⁶¹ Art. 5º, inc. I da Lei Nacional n. 11.079/04 (Lei das PPP).

⁶² SANTIM, Daniel Pacheco de Souza. A importância da matriz de riscos para o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato de PPP. p. 24



com a mesma mentalidade de quem compra um bilhete de metrô ou uma revista no jornaleiro, mas que avenças dessa magnitude compreendem uma série de vicissitudes e um feixe de direitos e deveres que não se compactuam com formas tradicionais de entender os contratos”

Pela maleabilidade da realidade, os contratos administrativos são dotados de mutabilidade. Nessa toada, uma *matriz de riscos* pode não ter abordado dado risco, como também é possível cogitar de se alterar a matriz de forma a clarear a redação evitando dúvidas interpretativas. **Mais que isso, havendo convergência e justificativa, é possível alterar o que fora estabelecido para além das hipóteses acima identificadas, dando novos contornos.**

Reconhece-se que a alteração aparentemente, para alguns, se opõe à vinculação ao ato convocatório, mas mutações contratuais já são admitidas legalmente exatamente porque traduzem instrumentos de preservação do interesse público. Muda-se para se preservar.

[...]

Que fique claro que não se está a admitir que a alteração decorra de decisão unilateralmente adotada pela Administração Pública — em uma espécie de nova cláusula exorbitante —, em detrimento da confiança legítima do contratado, depositada quando da celebração do contrato administrativo. **Mudanças desse jaez não de ser realizadas de maneira dialógica e concertada; jamais de maneira autoritária ou solipsista.**⁶³

6.4 Matriz de Riscos nas Obras e Serviços de Engenharia

No Acórdão nº 2.622/2013 – Plenário, o Tribunal de Contas da União assinala que, “embora não haja uma padronização das terminologias empregadas no meio técnico da construção civil, os diversos tipos de riscos nas contratações de obras públicas podem ser consolidados em cinco categorias: riscos de engenharia (ou riscos de execução); riscos normais ou comuns de projetos de engenharia; riscos de erros de projeto de engenharia; riscos de fatos da administração; e riscos associados à álea extraordinária/extracontratual (fato do príncipe, força maior ou caso fortuito)”.

Para a Corte de Contas federal, **a matriz de risco habilita cada licitante a incluir, como itens de custo de suas propostas, os riscos e contingências envolvidos na execução do objeto licitado, estimando-lhes os respectivos índices de acordo com a natureza dos serviços a serem prestados e a sua experiência anterior, o que convém à administração na medida em que torna as propostas próximas da realidade dos custos e incidentes da execução, menos vulneráveis, portanto, a riscos e imprevistos**⁶⁴. (Grifos nossos).

[...]

A matriz de riscos e responsabilidades, em contratos de engenharia, costuma ter elevado vulto e complexidade em comparação com os demais serviços comumente contratados pelo poder público. Razão pela qual, diante das peculiaridades do objeto, o gestor deve se atentar, quando da elaboração da matriz, aos seguintes riscos (rol exemplificativo): i. dificuldade de atendimento ao cronograma inicial; ii. mudanças do projeto básico; iii. erro de estimativa do custo da obra; iv. erro

⁶³ CAVALCANTI, Fortini; NÓBREGA. *Matriz de riscos dos contratos de parceria público-privada: alteração consensual*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/interesse-publico-matriz-riscos-contratos-parceria-publico-privada>. Acessado em 30 de junho de 2022.

⁶⁴ JÚNIOR, Jessé Pereira; DOTTI, Marinês Restelatto; MAFFINI, Rafael. *Comentários à Lei das Empresas Estatais*. p. 408.

de estimativa do tempo da obra; v. atraso na liberação do local da obra; vi. prejuízo gerado por insegurança no canteiro de obras; vii. danos causados a terceiros em virtude da realização da obra; viii. eventos da natureza e força maior, dentre outros.

Uma boa matriz de risco em obras e serviços de engenharia deve considerar, além dos riscos, a probabilidade de sua ocorrência; o impacto; a alocação do risco; os danos potenciais; as ações preventivas e o responsável por elas; as ações de contingência e o responsável por elas.

Veja-se um exemplo⁶⁵:

RISCO 09		
RISCO:	Identificação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações ou memoriais que compõe a contratação, em que a obrigação de fazer pela Contratada esteja expressamente estipulada no instrumento convocatório e/ou seus anexos	
PROBABILIDADE:	Baixa	
IMPACTO:	Baixo	
NÍVEL DE RISCO	BAIXO	
FASE DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO:	Execução Contratual	
ALOCÇÃO DO RISCO	Contratada	
DANOS:	Alteração dos custos e/ou prazos inicialmente previstos para execução da obra.	
AÇÕES PREVENTIVAS/ SETOR RESPONSÁVEL	Para os projetos de engenharia elaborados por empresas terceirizadas, acompanhamento sistemático de sua execução por equipe de fiscalização que contenha profissionais técnicos habilitados para a função.	Diretoria de Engenharia e Arquitetura/ Equipe de Fiscalização e Acompanhamento do Projeto de Engenharia
	Para os projetos de engenharia elaborados pela equipe de engenharia do IF Sudeste MG, revisão dos projetos e orçamento, de preferência por profissionais diversos daqueles responsáveis pela sua elaboração.	Diretoria de Engenharia e Arquitetura e equipe de engenharia dos Campi
	Prever, dentre as cláusulas do Projeto Básico, que tais custos serão absorvidos pela Contratada.	Diretoria de Engenharia e Arquitetura
AÇÕES DE CONTINGÊNCIA/ SETOR RESPONSÁVEL	Caso a Contratada venha requerer tais valores, a alteração contratual deverá ser negada pela fiscalização. Observar o Acórdão 1.977/2013 - Plenário do Tribunal de Contas da União.	Fiscalização Técnica

No que tange ao acréscimo/decrécimo de quantitativos de obras, devem ser mantidas as condições efetivas da proposta contratada mediante licitação pública, isto é, os descontos concedidos pela empresa vencedora da licitação em relação ao valor global de referência devem ser mantidos, mesmo após a realização de aditivos⁶⁶.

Transcreve-se excerto de Acórdão⁶⁷ do TCU:

(...) considero importante determinar que, na hipótese de aditivos contratuais em que se incluam ou suprimam quantitativos de serviços, sejam calculados os descontos globais antes e depois do aditivo, para, em caso de diminuição do percentual, ser inserida no contrato parcela compensatória negativa como forma de se dar cumprimento ao art. 112, § 6º, da Lei n. 12.017/2009 LDO 2010 ou ao art. 109, § 6º, da Lei n. 11.768/2008 LDO 2009. Tal providência também é necessária para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato nos termos do art. 65, § 6º, da Lei n. 8.666/1993, por interpretação extensiva, pois não se cogita que tal dispositivo beneficie o particular e exclua a Administração do benefício da manutenção de tal equilíbrio. (Grifos nossos).

Uma das metodologias aplicáveis para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual é a técnica do Método do Balanço, corriqueiramente utilizada pelo Tribunal de Contas da

⁶⁵ Disponível em: <<https://sig.ifsudestemg.edu.br/public/downloadArquivo?idArquivo=247433&key=41035b31fa794e940a57933e4426bacf>>. Acesso em 01 jul. 2022.

⁶⁶ CGE/MG. Processo SIGA nº. 2140.630.07.1068.12. Relatório de Auditoria nº 2140.3717.12.

⁶⁷ Acórdão 1.200/2010 Plenário, TCU.



União. A técnica consiste em calcular o real valor do contrato após os termos aditivos de forma a se obter a manutenção do valor do desconto concedido pela empresa vencedora da licitação⁶⁸:

- Desconto = Valor de referência da Adm. Pública – Valor da proposta vencedora.
- Assim, o cálculo é feito multiplicando-se a variação do quantitativo de itens aditivados da planilha pela variação do preço unitário do item:
- Variação do quantitativo = Quantitativo final dos serviços após os aditivos – quantitativo inicial dos serviços.
- Valor do preço unitário = Preço Unitário da proposta vencedora – Preço unitário da Adm. Pública.
- Valor calculado pelo Método do Balanço = Variação do quantitativo x Variação do preço unitário.
- Real valor do contrato após os aditivos = Valor do contrato após os aditivos – valor calculado pelo Método do Balanço.

Por fim, registra-se quanto aos contratos de obra em regime de contratação integrada ou semi-integrada, que

eventuais ganhos ou encargos oriundos de soluções adotadas pelo contratado na elaboração do projeto básico devem ser auferidos/suportados única e exclusivamente pelo particular, independentemente da existência de uma *matriz de riscos* disciplinando a contratação. Trata-se, segundo a Corte de Contas Federal, de regra inerente à contratação integrada, que é licitada a partir de um anteprojeto com menor grau de definição do objeto. Eventuais omissões ou indefinições no anteprojeto não ensejam a celebração de termos de aditamento contratual, pois anteprojeto não é projeto básico⁶⁹.

Vejam-se as previsões da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos acerca da temática:

Art. 46.

[...]

§ 3º Na contratação integrada, após a elaboração do projeto básico pelo contratado, o conjunto de desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro deverá ser submetido à aprovação da Administração, que avaliará sua adequação em relação aos parâmetros definidos no edital e conformidade com as normas técnicas, vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida útil do empreendimento e mantida a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao projeto básico.

§ 4º Nos regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital e o contrato, sempre que for o caso, deverão prever as providências necessárias para a efetivação de desapropriação autorizada pelo poder público, bem como:

I - o responsável por cada fase do procedimento expropriatório;

⁶⁸ Acórdão 1.200/2010 Plenário, TCU.

⁶⁹ JÚNIOR, Jessé Pereira; DOTTI, Marinês Restelatto; MAFFINI, Rafael. *Comentários à Lei das Empresas Estatais*. p. 408

II - a responsabilidade pelo pagamento das indenizações devidas;

III - a estimativa do valor a ser pago a título de indenização pelos bens expropriados, inclusive de custos correlatos;

IV - a distribuição objetiva de riscos entre as partes, incluído o risco pela diferença entre o custo da desapropriação e a estimativa de valor e pelos eventuais danos e prejuízos ocasionados por atraso na disponibilização dos bens expropriados;

V - em nome de quem deverá ser promovido o registro de imissão provisória na posse e o registro de propriedade dos bens a serem desapropriados.

[...]

§ 5º Na contratação semi-integrada, mediante prévia autorização da Administração, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou, ainda em 2013⁷⁰, no sentido da destacada relevância da matriz de riscos nos projetos de obras de engenharia:

Sumário: COPA DO MUNDO DE 2014. LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. OBRAS NO AEROPORTO INTERNACIONAL AFONSO PENA, EM SÃO JOSÉ DOS PINHAIS/PR. REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA. PRIMEIRA LICITAÇÃO DA INFRAERO SOB O REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA (RDC). DEFICIÊNCIAS NA MOTIVAÇÃO PARA UTILIZAÇÃO DO NOVO REGIME, COMO TAMBÉM PARA O BALANCEAMENTO DAS NOTAS TÉCNICA E DE PREÇO. NECESSIDADE DE OBSERVAR OS DITAMES DO ART. 20 DA LEI 12.462/2011 NAS CONTRATAÇÕES INTEGRADAS. **IMPERATIVO DE CONSIDERAR EVENTUAIS AJUSTES NOS PREÇOS OBTIDOS À REALIDADE DO LOCAL DE EXECUÇÃO DA OBRA, INCLUSIVE COM RELAÇÃO AO BDI. OMISSÕES NO ANTE-PROJETO DE ENGENHARIA. AUSÊNCIA DE MATRIZ DE RISCOS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.** NOTIFICAÇÃO. COMUNICAÇÕES. ARQUIVAMENTO. (Grifos nossos).

Neste *decisum* foi consignado que a matriz de riscos é um instrumento definidor da repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação e indispensável para a caracterização do objeto e das respectivas responsabilidades contratuais, conforme já explanado alhures. Sendo, também, essencial para o dimensionamento das propostas por parte das licitantes, e elemento obrigatório nos anteprojetos de engenharia, em prestígio ao definido no art. 9º, 2º, inciso I, da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas, hoje derogado pela Lei 14.133/2021). Ademais, reforça a Corte de Contas que a matriz é salutar para a concretização dos princípios da segurança jurídica, isonomia, julgamento objetivo, eficiência e obtenção da melhor proposta.

Nessa linha, o Acórdão 1.310/2013-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Rodrigues, deliberou:

“9.1) recomendar ao Dnit que, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU: 9.1.1) preveja doravante, nos empreendimentos licitados mediante

56 ⁷⁰ Relatório de Levantamento de Auditoria. TC-043.815/2012-0. Tribunal de Contas da União.



o regime de contratação integrada, conforme faculta o art. 9º da Lei 12.462/2011, **‘matriz de riscos’ no instrumento convocatório e na minuta contratual, para tornar o certame mais transparente, fortalecendo, principalmente, a isonomia da licitação (art. 37, XXI da Constituição Federal; art. 1º, §1º, IV da Lei nº 12.462/2011) e a segurança jurídica do contrato.** (Grifos nossos).

Nessa linha, destaca-se também o Acórdão 508/2018 do Plenário do TCU acerca da matriz de riscos em contratos de serviços de supervisão, fiscalização ou gerenciamento de obras. Veja-se:

Em contratação de serviços de supervisão, fiscalização ou gerenciamento de obras, **deverá constar cláusula contratual ou elemento na matriz de riscos prevista no art. 42, inciso X, da Lei 13.303/2016 que preveja a diminuição ou supressão da remuneração da contratada, nos casos, ainda que imprevisos, de enfraquecimento do ritmo das obras ou de paralisação total, de forma a se manter o equilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos durante todo o período de execução do empreendimento.** (Grifos nossos).

Alegaram, em fundamentação, que:

com o intuito de evitar ocorrências do gênero em futuros contratos de supervisão, fiscalização, e gerenciamento de obras, proponho **determinar à VALEC que faça inserir cláusula contratual ou elemento na matriz de riscos prevista no inciso X do art. 42 da Lei 13.303/2016, prevendo a diminuição ou supressão da remuneração da contratada, nos casos, ainda que imprevisos, de enfraquecimento do ritmo das obras ou de paralisação total, de forma a se manter o equilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos durante todo o período de execução do empreendimento.** (Grifos nossos).

Em suma, conclui que a empresa estatal pode alocar o risco de atrasos nas obras exclusivamente à empresa supervisora, que melhor poderá gerenciar a equipe mobilizada com vistas a prestar os serviços para o qual foi contratada. Tal possibilidade é fundamentada no conceito de que determinado risco deve ser alocado a quem tem melhores condições de gerenciá-lo.

Em fechamento, quanto a eventuais ganhos oriundos das soluções adotadas pelo contratado na elaboração do projeto básico, referidos ganhos devem ser auferidos e suportados única e exclusivamente pelo particular, “independentemente da ausência de uma matriz de riscos disciplinando a contratação. Sendo que, eventuais omissões ou indefinições no anteprojeto não ensejam a celebração de termos de aditamento contratual, pois anteprojeto não é projeto básico”. É o que decidiu o tribunal em sede de acórdão n. 2.903/2016, na sessão plenária realizada em 16/11/2016, de relatoria do ministro Benjamin Zymler. O relator destacou, na oportunidade, que a ausência de uma matriz de riscos no instrumento convocatório não pode ser interpretada no sentido de que todo e qualquer risco seja alocado à Administração. A natureza dos riscos que devem ser tratados na denominada matriz “são derivados de fatores supervenientes à contratação e não de erros, incompletudes e omissões pré-existentes no anteprojeto”.

6.5 Matriz de Riscos na Lei das Estatais

Colacionou-se nos subtópicos anteriores algumas jurisprudências sobre matriz de riscos nas licitações administrativas.

O TCU já se manifestou em plenário acerca da matriz de riscos no âmbito da Lei das Estatais, no sentido de que mesmo em contratações que não sejam nos regimes de contratação integrada ou semi-integrada, deverão utilizar-se da matriz de riscos quando esta se mostrar essencial em razão das especificidades do objeto e suas incertezas:

9.1. determinar à Petróleo Brasileiro S.A., com fulcro no art. 43, I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, II, do Regimento Interno/TCU, e em prestígio aos princípios da segurança jurídica, do julgamento objetivo, da isonomia, da eficiência e da obtenção da melhor proposta, que **passe a adotar os seguintes procedimentos em suas contratações de obras e serviços de engenharia, em especial nas empreitadas por preço global:**

9.1.1. faça constar, no instrumento convocatório das licitações, documento que estabeleça, de forma precisa, quais frações do empreendimento haverá liberdade das contratadas para inovar em termos das soluções metodológicas ou tecnológicas, seja em termos de modificação das soluções previamente delineadas no projeto-base da licitação, seja detalhando os sistemas e procedimentos construtivos do projeto-base da licitação;

9.1.2. **elabore e faça constar nos seus instrumentos convocatórios e contratos uma “matriz de riscos”, capaz de definir a repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação, como informação indispensável para a caracterização do objeto e das respectivas responsabilidades contratuais, como também elemento capaz de subsidiar o dimensionamento das propostas por parte das licitantes;** (Acórdão 1.441/2015 - Plenário. Min. Relator Vital do Rêgo. 10/06/2015). (Grifos nossos).

Em 2017, entendimento semelhante foi exarado no Acórdão 2.088 do plenário do Tribunal, de relatoria do Ministro André Carvalho:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de auditoria sobre a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) para verificar a regularidade das obras de construção do novo sistema de pistas, do pátio de aeronaves, do terminal de passageiros, da central de utilidades, dos sistemas viários, do estacionamento e da macrodrenagem interna, além das obras complementares, no aeroporto Eurico de Aguiar Salles em Vitória - ES;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar que, nos termos do art. 250, V, do Regimento Interno do TCU, a unidade técnica promova a oitiva da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero para que, no prazo de 15 (quinze) dias contados da ciência desta deliberação, apresente os seus esclarecimentos sobre as inconsistências detectadas nestes autos e, especialmente, para a falha consubstanciada na **ausência de matriz de risco para o empreendimento inerente ao Contrato 005-EG/2015/0023 e ao RDC Eletrônico nº 007/DFLC/SBVT/2014.** (Grifos nossos).

Neste *decisum* o tribunal consignou que “a Matriz de Riscos é elemento fundamental também nos contratos firmados sob o regime de empreitada por preço global exatamente para esclarecer as hipóteses em que é devido o reequilíbrio contratual. Em sequência, destacou que a jurisprudência da Corte tem se sedimentado na linha de que instrumentos desse tipo conferem segurança jurídica e transparência à avença, na medida em que objetivam a distribuição de responsabilidades entre as partes”.



No Acórdão 1977/2013-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, que tratou sobre o regime de empreitada global na contratação de obras públicas, restou decidido que:

9.2. nos contratos executados mediante o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) , aplicam-se, no que couber, os entendimentos expressos nesta decisão, por força do disposto no art. 2º, inciso II; art. 8º, § 1º; art. 39; art. 45, inciso I, alínea “b” e art. 63, todos da Lei 12.462/2011, como também no Acórdão 1510/2013-TCU-Plenário, mormente no que se refere à necessidade de estabelecer uma **matriz de riscos, a explicitar as exatas responsabilidades e encargos a serem assumidos pelos particulares - inclusive no que se refere a erros quantitativos**;

9.3. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam ao Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão e ao Conselho Nacional de Justiça, para que informe aos demais órgãos e entidades da Administração Pública Federal e do Poder Judiciário o inteiro teor desta decisão’;

33. Nesse sentido, a Súmula n. 222 do TCU reforça a necessidade do atendimento às suas decisões: ‘As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’.

34. **Com a publicação da Lei 13.303, de 30/6/2016, ficou obrigatória a inclusão da Matriz de Riscos nas cláusulas dos contratos firmados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, consoante art. 69, inc. X. (Grifos nossos).**

Especificamente sobre esse quesito, a Consultoria Zênite já se manifestou por meio de artigo disponibilizado em sua *homepage*⁷¹, ressaltando que, embora a forma pela qual a questão foi exposta pelo TCU possa, eventualmente, indicar a inclinação desse órgão de controle a respeito da obrigatória aplicação da matriz de riscos em todos os contratos, “não se pode ignorar que, no precedente citado (Acórdão 2.088/2017), as circunstâncias avaliadas envolviam contratações de obras de engenharia. Logo, com base apenas nesse precedente, não parece ser possível incluir, ao menos de modo assertivo, que, para o TCU, a Lei nº 13.303/2016 exige a inclusão de cláusula de matriz de riscos em todos os contratos a serem firmados por empresas estatais, independentemente do objeto”. É que, “se a contratação se refere a fornecimento de objetos comuns cujo mercado não apresenta peculiaridade capaz de justificar a instituição de uma matriz de risco nos termos do art. 42, é possível motivar o afastamento da regra prevista no art. 69, inc. X, da Lei nº 13.303/2016”.

Por derradeiro, devemos destacar que os referidos acórdãos cingem-se aos procedimentos licitatórios atinentes às empresas estatais, regidas exclusivamente pela Lei 13.303/2016. Quanto aos demais órgãos públicos e entidades da administração indireta (autarquias e fundações públicas), o estatuto legal que tutela as licitações, e conseqüentemente a referente matriz de riscos, é a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei Nacional 14.133/2021).

A NLLC, conforme exposto previamente, determina que, “quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado” (art. 22, §3º), acrescentando que “a alocação de riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado, em contratações

⁷¹ Disponível em: <https://zenite.blog.br/estatais-a-exigencia-de-matriz-de-riscos-se-aplica-a-qualquer-contratacao/>. Acesso em: 04 ago. 2022.

integradas e semi-integradas, deverão ser alocados como de sua responsabilidade (do contratado) na matriz de riscos” (art. 22, §4º).

Abaixo, seguem alguns modelos de matriz de riscos aplicáveis aos contratos administrativos:

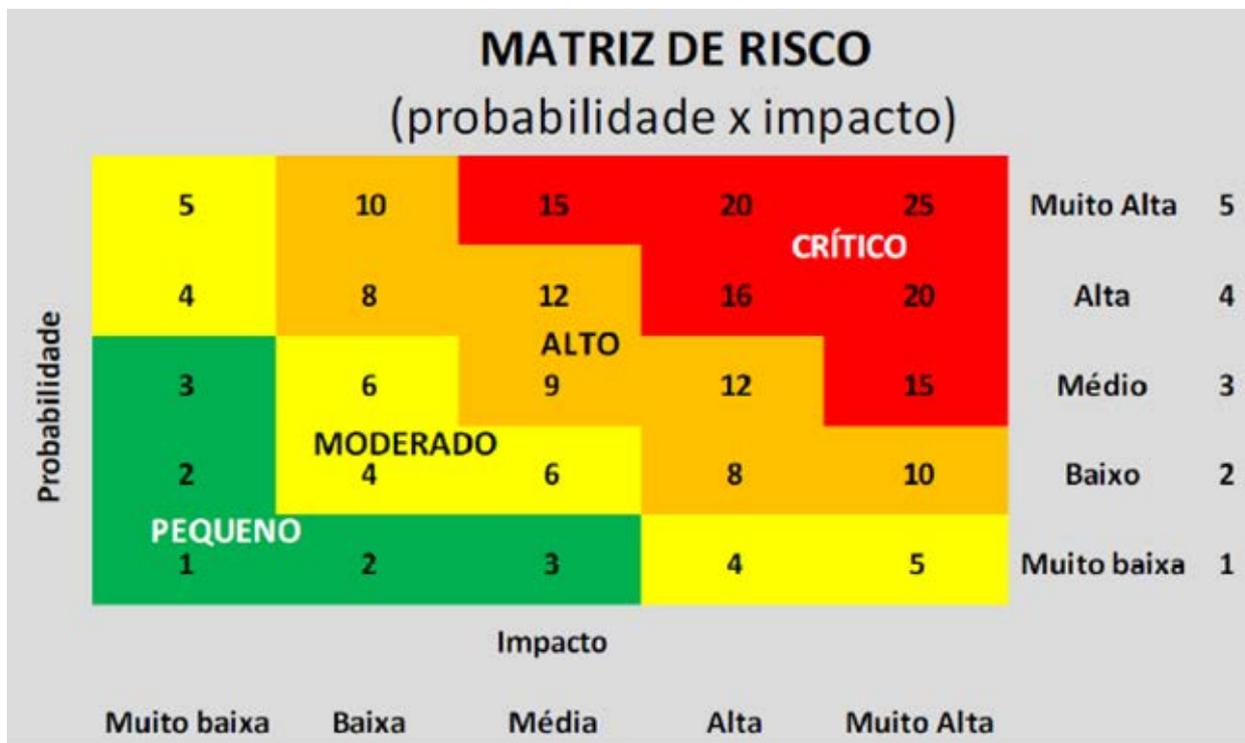
Peso	Faixa	Aspecto avaliativo	Frequência observada/esperada
1	Muito baixa	evento que pode ocorrer apenas em circunstâncias excepcionais	≤ 20%
2	Baixa	evento pode ocorrer em algum momento	> 20% e ≤ 40%
3	Média	evento deve ocorrer em algum momento	> 40% e ≤ 60%
4	Alta	evento deve ocorrer na maioria das circunstâncias	> 60% e ≤ 80%
5	Muito alta	evento com altíssima probabilidade de ocorrência	> 80%

TABELA 1 - DADOS DA PROBABILIDADE

POSSIBILIDADES DE TRATAMENTO DOS RISCOS:

- 
Evitar: descontinuar a atividade, interromper o processo de trabalho 
- 
Transferir: compartilhar o risco com terceiros, como no caso dos seguros 
- 
Mitigar: desenvolver e implementar medidas para evitar que o risco se concretizee/ou medidas para atenuar o impacto e as consequências caso ocorra 
- 
Aceitar: não há necessidade de adotar quaisquer medidas. Considerar se é o caso de monitorar ao longo do tempo. 





ANEXO IV - FIGURA 4 - MATRIZ DE RISCO

Matriz Simples de Avaliação e Resposta a Riscos

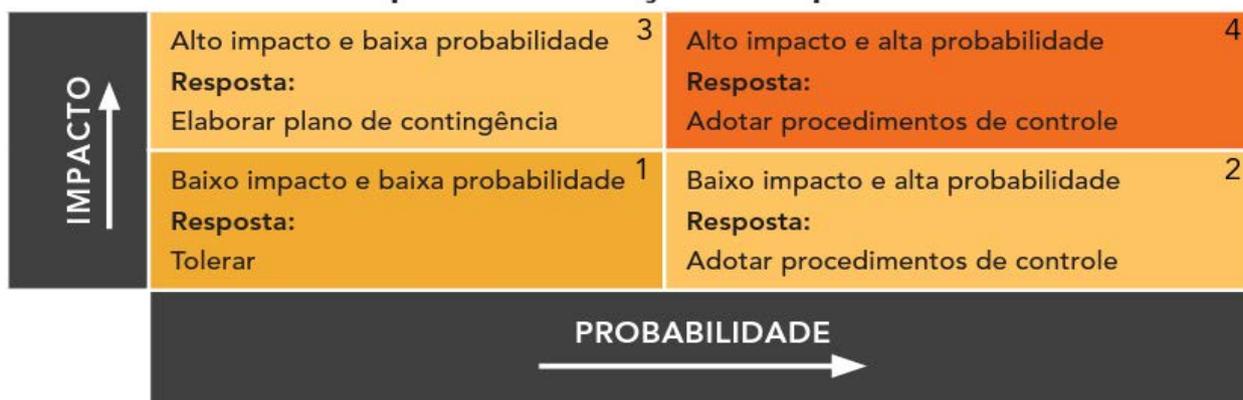


Figura 3: Matriz 2 x 2 de resposta a risco (INTOSAI GOV 9130, traduzido e adaptado)

7. O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM FACE DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Os impactos da crise de ordem sanitário-médico-epidemiológica vivida globalmente certamente alcançaram as contratações públicas de forma inédita. As medidas de restrição à circulação de pessoas tiveram como desdobramentos naturais uma diminuição na demanda de mercadorias, perda de receitas, paralisação de empreendimentos, aumento dos preços de muitos produtos e serviços,

questões de ordem trabalhista, rompimento da cadeia de fabricação de insumos, etc.

Em que pese o cenário de evidente atipicidade e incerteza, antecipa-se que não há, *prima facie*, uma resposta definitiva acerca do cabimento ou não do reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos em função da pandemia.

É dizer, o nexo de causalidade do reequilíbrio não pode ser aferido pelas mazelas advindas do coronavírus, indistintamente, porquanto há mercados que não foram tocados de forma pujante pela crise.

Corroborando o entendimento acima o recente julgado do TCU:

Portanto, a solução final dada pela Aneel é adequada ao não reconhecer em sede abstrata e geral o direito objetivo das distribuidoras ao reequilíbrio dos contratos, mas apenas o direito subjetivo de solicitarem esse reequilíbrio e de terem seu pedido analisado pela Agência, conforme já previsto na Lei 8987/1995 e nos respectivos contratos de concessão e permissão.

É mister que a Agência exija a comprovação do desequilíbrio pelos concessionários, já que **os efeitos da pandemia não são homogêneos para todas as concessões** [...]. Ademais, não seria plausível que determinada empresa alegasse desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de onerosidade excessiva, e ao mesmo tempo apresentasse lucro líquido, pagando juros sobre capital próprio (JSCP) e/ou distribuindo dividendos acima do limite legal. (Acórdão 1905/2020 - TCU - Plenário). (Grifos nossos).

O TCEPR, por sua vez, de modo coerente com entendimento ora exposto, assim manifestou sobre a pandemia enquanto evento imprevisível ou previsível, porém de consequências incalculáveis, com potencial para romper o equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos:

Desse modo, verifica-se, em tese, a ocorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, decorrentes de caso fortuito ou força maior, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual, **possibilitando a realização de revisão contratual pela Administração Pública**, a fim de reequilibrar os contratos decorrentes de obras e serviços de engenharia. (Grifos nossos).

No entanto, teceu a seguinte consideração, no que tange à verificação do efetivo impacto da crise sanitária nos contratos, havendo que se considerar, inclusive, a alocação de risco entre contratante e contratado, com vistas a verificar a quem cabe suportar os encargos que decorrem dos aumentos nos custos:

[...] Ocorre que a revisão contratual somente pode ocorrer de acordo com as peculiaridades do caso concreto, ou seja, **devem ser analisados, caso a caso, os contratos e os impactos do evento imprevisível ou de consequências incalculáveis que desequilibram sua equação econômico-financeira**. Não é possível, nesses casos, se utilizar de determinado índice geral de preços ou inflacionário, mesmo que seja específico de determinado mercado ou categoria de insumos, uma vez que cada tipo de contrato ou cada tipo de obra ou serviço de engenharia pode sofrer um impacto diferente pelo mesmo fato, tendo em vista que são diversos em relação a seus objetos e termos acordados.

Inclusive, em cada caso, deve ser analisada a alocação de riscos distribuídos entre a Administração e o contratado, presente nos respectivos contratos,



principalmente através da matriz de riscos, a fim de se averiguar se o evento imprevisível ou de consequências incalculáveis está definido como de responsabilidade de um ou outro, hipótese em que tal risco já estaria devidamente precificado no momento de celebração do contrato, não podendo ser invocado como álea econômica extraordinária e extracontratual por qualquer das partes (Acórdão 544/2022 - Consulta. Tribunal Pleno Relator Fernando Augusto Mello Guimarães TCEPR Data da Sessão: 14/3/2022). (Grifos nossos).

Com efeito, a fim de validar a possibilidade, em tese, de incidência do instituto do REF nos contratos de concessão do setor de infraestrutura de transportes em razão da pandemia, o já citado Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/ AGU, de 15/04/2020, é bastante esclarecedor e extrapola o campo de contratos de infraestrutura para ser aplicável, também, aos contratos administrativos em geral:

O que importa, ao menos no âmbito desta consulta em tese, é reconhecer que o elemento causador do distúrbio econômico, ainda que indiretamente, consistiu claramente num evento da natureza (mutação e rápida disseminação de um vírus com taxa de letalidade relativamente alta), sendo que esse evento ou pelo menos os seus efeitos não poderiam ter sido previstos ou antecipados pelos concessionários quando da apresentação de suas propostas nos respectivos leilões e tampouco poderiam ter sido por eles evitados. **Por conseguinte, parece-me muito claro que a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) é evento que caracteriza “Álea extraordinária”, capaz de justificar a aplicação da teoria da imprevisão.**

Além disso, a menos que o contrato disponha de modo diferente, não há na prática maior relevância em tentar distinguir se eventual prejuízo sobre os contratos de concessão seria decorrente de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, pois em regra suas consequências jurídicas seriam as mesmas. (Grifos nossos).

Decerto, o que se extrai do Parecer e dos julgados supra é que a Administração Pública, somente após analisar cada caso, com seus pormenores, poderá avaliar o alcance da pandemia para determinado contrato. Verifica-se, assim, o caráter extraordinário do reequilíbrio, consoante se observa do didático Acórdão nº 7/2007 do TCU

No caso em questão constata-se que os referidos produtos tiveram aumentos no período acima da inflação, o que talvez justificasse o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Porém, **a simples apresentação de notas fiscais de compras feita pela empresa contrata não deveria ser suficiente para que a Administração aceitasse uma recomposição de preços motivada por fato imprevisível, seria necessário que constasse do processo uma análise fundamentada e criteriosa sobre o ocorrido a fim de que ficasse caracterizada como extraordinária e extracontratual.** (Grifos nossos).

Para sujeitar o pedido à apreciação da Administração Pública, deve haver adequada motivação, demonstração técnica da necessidade do reequilíbrio e a demonstração técnica do percentual aplicável. Como mencionado, é preciso demonstrar o nexu causal entre a pandemia e o ajuste entre as partes, amparado na superveniência de fatos imprevisíveis, caso fortuito, fato do príncipe ou força maior, nos termos da legislação vigente.

Destacam-se como requisitos da demonstração técnica da necessidade do REF⁷²:

⁷² Cartilha do TCEES: Reequilíbrio Econômico-Financeiro decorrente da Pandemia da Covid-19 em contratos de obras e Serviços de Engenharia.

variação global do contrato frente os efeitos da inflação, confrontando com a possibilidade do vindouro reajuste ser suficiente para suprir eventuais prejuízos decorrentes do desequilíbrio;

demonstração da onerosidade excessiva por critérios objetivos (impactos financeiros de lucro líquido, sobrepreço identificado capaz de caracterizar a incidência da teoria da imprevisão, respaldado por estudos ou elementos técnicos, laudo comparativo entre custos e receita, entre outros);

comparação das notas fiscais de aquisição no período com a respectiva variação extraordinária diante das respectivas notas em período de cenário de normalização do mercado (no caso da pandemia comparação entre preços pré-pandêmicos e pandêmicos);

avaliação do cronograma com a indicação das tarefas críticas e possibilidades ou não de alteração dos insumos com variação extraordinária de preços.

Deve-se buscar demonstrar com elementos objetivos a onerosidade excessiva, de modo que o caminho pode se dar pela apresentação do impacto financeiro em face do lucro líquido, considerando o orçamento inicial, pelo sobrepreço, considerando a relação pré-contratual, por meio da apresentação das notas fiscais e demais expedientes que comprovem o aumento extraordinário, por exemplo, por meio de laudo comparativo entre custos e receitas nas hipóteses previstas em Edital (em homenagem ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório). Depreende-se, assim, que deve ser feito o cotejo dos valores e custos relativos a cada item individualmente, mas tendo como escopo o contrato globalmente, bem como o estágio do andamento da execução, sobretudo no caso de obras públicas. Nesse ínterim, tem-se os julgados do TCU:

[...] questão fundamental para a discussão em exame, a respeito da necessidade de avaliação do impacto das variações nos custos considerando apenas os insumos comportados pela álea extraordinária [...] ou promovendo uma reanálise global, compensando os itens com subpreço com aqueles em que há sobrepreço. **Concluiu que a situação tratada nestes autos recomenda a análise global da planilha contratual.**

[...] **contratos cujo estágio avançado de execução denote saldo pequeno de serviços** contendo insumos betuminoso - e, **por consequência, reflexo financeiro aparentemente suportável no período de incidência da norma** -, com maior razão quando essa contratação é reforçada pelo confronto com o total de medições (em termos financeiros), realizadas e previstas [...]. (Acórdão nº 1604/2015- TCU - Plenário). (Grifos nossos).

Outrossim, vale dizer que o requerente não pode ter dado azo ao atraso que gera a superveniência da oneração dos insumos. Nesse sentido, o TCU, no mesmo julgado, asseverou:

Deve a fiscalização apurar se a obra está em ritmo adequado e, caso contrário, deve-se fazer uso dos normativos legais para exigir a retomada do ritmo previsto no cronograma físico-financeiro pactuado. Em relação aos contratos em que for comprovado o desequilíbrio econômico-financeiro, estes devem ser equilibrados, conforme previsão legal, não havendo motivos para reflexos no ritmo da obra.

No que se tange à necessidade de demonstração técnica do percentual do reequilíbrio, tem-se os seguintes requisitos:



- detalhamento da proposta referente ao valor unitário de cada item do Edital, uma vez que sem ele é impossível se estabelecer a regularidade de um termo de reajustamento e reequilíbrio econômico-financeiro, pois o poder público não terá os valores de parâmetro;
- planilha atualizada, indicando também itens que variaram negativamente, além da indicação dos itens da planilha de custo que sofreram reajuste de preço;
- composições de custo dos itens da planilha orçamentária elaborada por ocasião da contratação (a ausência do descritivo da composição de preço impede a Administração de apurar todos os custos da referida mão de obra, e ainda que não há condições de dimensionar o real lucro da empresa vencedora, enquanto administradora da mão de obra posta a serviço).

O percentual de reequilíbrio objetiva equilibrar a situação econômico-financeira atual do contrato, evitando a continuidade do desequilíbrio. Há que se diferenciar a efetiva revisão contratual no percentual de equilíbrio nos termos acima e a recomposição do prejuízo acumulado entre a data do fato gerador do desequilíbrio e a data da revisão contratual no percentual de equilíbrio. A recomposição do prejuízo acumulado será calculada a partir da diferença da remuneração real do contratado no período sem revisão e a remuneração que o contratado teria caso tivesse percebido sua remuneração com os valores revisados no mesmo período.

De se levar em conta que, nos casos de Concessões, caso o valor de equilíbrio calculado na forma acima resulte em onerosidade excessiva ao usuário final é dever do Contratante compor o equilíbrio contratual fazendo uso de formas alternativas à exclusiva revisão de preço tais como “modificação do valor da ‘outorga’, incremento de outras fontes de receitas, outorga de subsídios pelo poder concedente e aumento do prazo contratual”, bem como por repactuação de obrigações ou outra modalidade aplicável ao caso concreto.

Por fim, destacam-se, dentre os principais equívocos no seio do reequilíbrio: a confusão entre reequilíbrio e reajuste; a suposta limitação à 25% do valor contratual; a ausência de formalização de solicitação; inadequação da justificação para o cabimento do REF, e; o abuso do instituto para aumentar a margem e lucro.

8. SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Há pouco, havia divergência na doutrina quanto à possibilidade ou não de se adotarem soluções alternativas de prevenção e resolução de conflitos no âmbito dos contratos administrativos. O fundamento até então imperante era o de que a utilização deste expediente somente serviria para resolver conflitos relativos aos direitos patrimoniais disponíveis.

Na construção da abordagem quanto à possibilidade de utilização de meios alternativos de composição, restou consignado que o ponto de inflexão seria a diferenciação entre meta e instrumento⁷³:

O primeiro [interesse primário] é a meta, o objetivo a ser atingido pela Administração no atendimento das necessidades sociais. O segundo [interesse

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 249.

secundário] é a utilização de meios capazes de permitir a consecução do primeiro. [...] A satisfação dos interesses públicos secundários [...] se resolve em relações patrimoniais que, por estarem no campo da liberdade contratual da Administração, são direitos disponíveis. (Grifos nossos).

Em termos práticos, pode ocorrer de a Administração e a própria contratada terem que dividir as responsabilidades, de forma negociada. Assim preceitua o Enunciado 19, da I Jornada de Direito Administrativo, desenvolvida pelo Centro de Estudos Judiciários, do conselho da Justiça Federal:

As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e solução, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. (Grifos nossos).

Com efeito, a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) segue as novas tendências da cultura jurídica relacionadas à utilização de meios alternativos – adequados - de prevenção e resolução de conflitos nas contratações administrativas, prevendo, expressamente: a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (*dispute board*) e a arbitragem. Veja-se:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, **poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.**

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a **direitos patrimoniais disponíveis**, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. **Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.**

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes. (Grifos nossos).

Primeiro, insta observar que o rol de meios alternativos de resolução de conflitos é meramente exemplificativo, não excluindo outras possibilidades e métodos de prevenção e resolução de conflitos. Assevera-se, portanto, que é possível até mesmo a negociação direta entre as partes, sem a participação de terceiros (espécie de autocomposição de conflitos).

É mister destacar que a própria Lei de Licitações dispõe acerca da adequação dos meios alternativos de resolução de conflitos para fins de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, conforme exposto acima.

A arbitragem tem se mostrado um meio cada vez mais usual de resolução de litígios em contratos de grande vulto e alta complexidade, que demandam, naturalmente, conhecimentos técnicos e *expertise* para uma análise objetiva, criteriosa e apurada de todos os elementos e variáveis envolvi-



dos na lide. Seria o caso, por exemplo, de sua previsão em sede contratual nos contratos de parceria público-privada (PPP), concessões de serviços públicos e obras de engenharia de grande vulto.

Vale ressaltar que o processo de escolha dos árbitros, colegiados arbitrais e comitês de resolução de disputas pelas partes observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes, que sejam de comum acordo (vide art. 154).

A arbitragem e os comitês de resolução de disputas, assim como os demais supracitados meios de resolução extrajudicial de conflitos, possuem como diferenciais, dentre outros: celeridade no processo de resolução do litígio; redução dos custos decorrentes da litigância extrajudicial em comparação à judicial; maior aderência dos contratantes à solução proposta; maior segurança dos litigantes quanto à objetividade, isonomia e conformação técnica da solução apresentada; redução dos riscos de inadimplemento contratual e da prática de condutas abusivas por parte do contratado (*moral hazard e hold up*).

Desta feita, é salutar que em contratos de grande vulto, alta complexidade e elevado prazo de execução, sejam avaliadas, por parte da unidade técnica do órgão contratante, conjuntamente a sua assessoria jurídica, a conveniência e oportunidade de se optar por um dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, no que concerne às eventuais e futuras controvérsias de cunho patrimonial que se manifestem no decorrer da execução contratual (aí incluindo-se o reequilíbrio econômico-financeiro).

Transcreve-se as importantes lições de *experts* no tema⁷⁴:

Cabe ao Poder Concedente buscar métodos razoáveis para enfrentar uma gama variada de fatores capazes de implicar em desequilíbrio econômico-financeiro desses contratos complexos de longo prazo. Possíveis medidas para o enfrentamento da atual crise no âmbito administrativo estão em discussão, destacando-se a menção à possibilidade de criação de uma Câmara de Mediação para os reequilíbrios econômico-financeiros com a participação do TCU, com o intuito de evitar a judicialização desses casos. Para Dantas (2020), o TCU poderia capitanear instrumentos de solução de conflitos extrajudiciais, além de estabelecer expertises e requisitos para o mediador pela análise dos casos de impasse.

[...]

Segundo Jardim, **há a possibilidade de adoção de câmaras específicas para análise dos casos de reequilíbrios nos diferentes setores, contando com as agências reguladoras de cada setor e os órgãos controladores externos**, visando dar maior celeridade ao processo de análise e reduzir a judicialização.

[...]

Véras e Nobrega (2020) entendem pela compatibilidade da solução cogitada pelo governo, pelo Poder Legislativo e pelas cortes de contas com o ordenamento jurídico, no sentido de se estabelecer uma câmara de mediação envolvendo esses atores. Além disso, **consideram existir externalidades positivas da presença do controlador externo (no caso das concessões federais, o TCU) na mediação, de modo a reduzir os riscos de questionamentos *ex post* dos ajustes.** (Grifos nossos).

⁷⁴ GONÇALVES, Rodrigo Carvalho; BANDEIRA, Marcos Lima. Reequilíbrio econômico-financeiro em concessões de infraestrutura no Brasil: reflexões sobre os impactos da pandemia do Covid-19. Revista da CGU. Vol. 12, nº 22. Jul-Dez 2020

Salientamos que os contratos públicos, ainda que não prevejam originariamente a possibilidade de resolução alternativa de conflitos, poderão ser aditados para que possibilitem a adoção de métodos alternativos no decorrer da vigência contratual e por livre acordo entre as partes (vide art. 153 da NLLC).

8.1 *Dispute Boards (Comitê de Resolução de Disputas)*

A instituição dos comitês de resolução de disputas, ou *Dispute Boards*, foi expressamente prevista na NLLC, em seu art. 151, conjuntamente a outros métodos alternativos de resolução de controvérsias. No art. 154, é estatuído que o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

O Centro de Arbitragem e Mediação define os *Dispute Boards*⁷⁵ como um “mecanismo de solução de controvérsias que busca resolver conflitos na área corporativa, especialmente com relação a contratos de longa duração como os contratos de construção civil”, sendo formado por um comitê composto por um ou mais profissionais independentes, que acompanham de forma periódica o andamento do contrato.

Tal mecanismo pode ser utilizado em três modalidades: *dispute review board* (que aconselha as partes com sugestões apenas), *dispute adjudication board* (no qual o comitê desempenha função decisória, impondo as soluções) e, *combined disputed board* (que pode emitir recomendações não vinculantes como também decisões vinculantes).

Os *Dispute Boards* são caracterizados pela alta eficácia na resolução de conflitos e celeridade no processo decisório, bem como importante elemento de transparência. Portanto, trata-se de uma promissora ferramenta de soluções de controvérsias em contratos administrativos, especialmente aqueles de longo prazo ou natureza continuada.

Os principais diferenciais dos *Dispute Boards* são: transparência; composição do órgão (comitê) de resolução de disputa por *experts* indicados equitativamente pelas próprias partes contratantes; caráter remediativo e preventivo de disputas nas relações contratuais encetadas entre a administração pública e o particular; promessa de soluções mais rápidas que nos demais métodos previstos; maior aderência das partes às propostas de solução emanadas do Comitê; e, flexibilidade na forma, competência, composição e mandatos.

8.2 *Breve histórico jurisprudencial sobre a aceitabilidade dos compromissos arbitrais em contratos administrativos*

O Supremo Tribunal Federal, ainda em 2004, já havia declarado a constitucionalidade da arbitragem, permanecendo, contudo, o debate sobre a sua possibilidade jurídica no âmbito das relações

⁷⁵ Comitê de Prevenção e Solução de Disputas: *Dispute Boards*. Disponível em <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>. Acessado em 09 ago. 2022.



administrativas entre o poder público e particulares⁷⁶. Em precedente anterior à Constituição, porém, o próprio STF já teria admitido a arbitragem em relações fazendárias⁷⁷.

Por sua vez, grande *leading case* na jurisprudência do TCU sobre o cabimento da arbitragem para resolução de conflitos na esfera administrativa corresponde à Decisão nº 286/93. Trata-se de um contrato de fornecimento de mão-de-obra e materiais ao Ministério de Minas e Energia. A Corte entendeu ser ilegal a arbitragem prevista nestes contratos, em razão da ausência de lei expressa, além da contrariedade ao postulado da supremacia do interesse público e vinculação ao instrumento convocatório. Em suma, a utilização da arbitragem nos contratos administrativos, sem previsão legal específica, violaria o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Ainda que haja resistências por parte dos órgãos de controle, alegando, por exemplo, “que o compromisso arbitral poderia acarretar vantagem ao contratado que não foi disponibilizada no momento da realização da licitação aos demais interessados”, violando, assim, o princípio da impessoalidade⁷⁸, tal perspectiva vem sofrendo uma guinada em tempos mais recentes, acompanhando a evolução dos estudos e o desenvolvimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos na justiça brasileira. No Acórdão nº 391, de 2008, o TCU se posicionou no sentido da admissão de uma espécie de mecanismo alternativo de solução de disputas em relação à adequação de valores de tarifas de pedágio na rodovia Osório-Porto Alegre, “no que podemos considerar um instrumento semelhante à arbitragem, com a constituição de uma comissão de peritos independentes para resolver o conflito, desde que com base em previsão contratual”⁷⁹.

É evidente que, com o advento da Nova Lei de Licitações e Contratos, métodos extrajudiciais de resolução de conflitos foram expressamente autorizados nos contratos públicos, notadamente a conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e a própria arbitragem, o que ensejará, fatalmente, um *overruling* sobre o tema no âmbito dos tribunais de contas.

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, ainda em 2012, no REsp 904.813/PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, confirmou a juridicidade do compromisso arbitral nos contratos da Administração Pública, sob o argumento de que “a resolução de controvérsias contratuais, envolvendo direitos disponíveis, deve ser pautada pela melhor solução em cada caso concreto”. Assim, sendo possível a resolução consensual de questões contratuais, inclusive com a celebração de acordos, ainda com maior razão deve ser admitida a escolha, pelas partes, da alternativa arbitral.

Nessa linha, o administrativista Rafael Carvalho Rezende destaca em artigo⁸⁰ que a Lei de Arbitragem, ao tratar da Administração Pública, utilizou a expressão genérica “convenção de arbitragem” (art. 1º, §2º, da Lei de Arbitragem), gênero que inclui a cláusula e o compromisso arbitral, sendo certo que a forma arbitral de solução de controvérsias decorre diretamente da lei e deve ser considerada pelos interessados que participam da licitação.

Conclui-se que o STJ tem como posicionamento sedimentado que o juízo arbitral prevalecerá quando a lide tratar de direitos disponíveis, não haver nenhum óbice legal e inexistir qualquer infração ao princípio da indisponibilidade do Judiciário.

⁷⁶ STF, SE 5.206 AgR/EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 30/04/2004, p. 29 (Informativo de Jurisprudência do STF 254)

⁷⁷ STF, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto, Tribunal Pleno, DJ 15/02/1974, p. 720.

⁷⁸ TCU, Decisão 286/93, Rel. Min. Homero Santos, DOU 04/08/1993

⁷⁹ RODI, R.M. *Cabimento da Arbitragem na Administração Pública: estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União*. SBDP. São Paulo, 2016. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Rodrigo-Rodi-D.-Administrativo.pdf>

⁸⁰ OLIVEIRA, R.C.R. de. *Arbitragem nas contratações públicas*. Disponível em <https://ronnycharles.com.br/arbitragem-nas-contratacoes-publicas/>. Acesso em: 20/07/2022.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem como objetivo abordar o reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos sob o enfoque teórico e prático, com ampla abordagem jurisprudencial e doutrinária, de modo a deixar claros os contornos que delineiam a matéria.

Foram explorados os diversos institutos que compõem o gênero do reequilíbrio econômico-financeiro, e verificou-se que o restabelecimento da equação inicialmente pactuada perpassa diversos matizes, que contemplam desde a recomposição pelas perdas inflacionárias, seja em face de alteração no preço dos insumos, de variação cambial, em função do aumento do valor da mão de obra, até a reconfiguração contratual em face de eventos supervenientes e imprevisíveis.

Ademais, foram elencados aspectos práticos a serem levados a cabo pela Administração Pública quando da análise de pleitos de reequilíbrio, bem como os principais equívocos cometidos pelos contratados.

Além disso, buscou-se uma abordagem pragmática no que se refere à aplicação do reequilíbrio às obras de serviço de engenharia, bem como no tocante às concessões de serviço público, aos quais sugere-se a utilização de uma matriz de alocação de riscos, dada sua essencialidade no manejo de contratos notadamente complexos e multifacetados.

Finalmente, o trabalho alcançou, ainda, o tema no âmbito da pandemia do coronavírus e a sua aplicabilidade em face do recente cenário de crise sanitário-médico-epidemiológica, além da autorização para a utilização de soluções extrajudiciais para a resolução de conflitos no bojo da matéria aqui tratada.

Registra-se, portanto, o intuito de este documento servir como uma bússola, sem a pretensão de exaurir o assunto ou dar a palavra final quando do enfrentamento de um caso concreto, aos que se deparam com o tema do reequilíbrio econômico-financeiro no cotidiano da Administração Pública.

Adnei Esteves de Macedo
Analista de Controle Externo
TC 2761-5

Pedro Henrique Chadid de Oliveira
Analista de Controle Externo
TC 3300-3

Douglas Emanuel Nascimento de Oliveira
Analista de Controle Externo
TC 3274-1

Karla da Costa Martins
Diretoria da DFME
TC 2857-3

Pedro Henrique Campos Costa
Analista de Controle Externo
TC 3198-1



REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras Públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Equilíbrio Econômico Financeiro nos Contratos Administrativos: Caso dos Reajustes Salariais**. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Org.) Direito público moderno. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

BAETA, André Pachioni. **Orçamento e controle de preços de obras públicas**. São Paulo: Pini, 2012.

BELUCCI, Marcelo O. **Da aplicação do código de defesa do consumidor aos contratos de seguro e a quebra do equilíbrio econômico-financeiro**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Orientação Normativa AGU Nº 25, de 01 de abril de 2009. 01/04/2009. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/onsagu>

BRASIL. DECRETO FEDERAL nº 7.983, de 8 de abril de 2013. Estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7983.htm.

BRASIL. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. 23/01/2013. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm

BRASIL. Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969. Consolida e altera a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0857.htm. Acesso em 9 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110192.htm. Acesso em 9 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Manual de gestão de riscos, controles internos e integridade**. Brasília. 2020, 1ª ed.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 699.860. RS (2015/0090286-5). Relator: Ministro José Delgado.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.433.470/ RS. Relatora: Ministro Sérgio Kukina.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 993/2022 – TCU/Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.441/2015 - Plenário. Min. Relator Vital do Rêgo. 10/06/2015

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1431/2017-Plenário | Relator Ministro Vital Do Rêgo

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1604/2015-TCU-Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1884/2017 – Plenário. Relator Conselheiro Augusto Nardes. Sessão de 30/08/2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2622/2013- TCU.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2901/2020 – Plenário. Relator Conselheiro Benjamin Zymler. Sessão de 28/10/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 624/2007 – Plenário. Relator Conselheiro Benjamin Zymler. Sessão de 18/04/2007

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão Nº 1431/17-P. Min. Rel. Vital do Rêgo.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1604/2015- TCU – Plenário

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Boletim de Jurisprudência 1/2013 – Acórdão 1466/2013, TCU-Plenário

BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO nº 1563/2004 – TCU – Plenário.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. ACÓRDÃO TCU 3388/2012.



BRASIL. Tribunal de Contas da União. TCU. Acórdão nº 5686/2010, 2ª Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de gestão de riscos do TCU: Um passo para a eficiência**. Brasília, 2020. 2ª ed. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/46/B3/C6/F4/97D647109EB62737F18818A8/Manual_gestao_riscos_TCU_2_edicao.pdf>

BRASIL. Tribunal de Contas do Paraná. Acórdão 544/2022 - Consulta. Tribunal Pleno Relator Fernando Augusto Mello Guimarães TCEPR Data da Sessão: 14/3/2022

BRASIL. Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, processo de gestão nº 08434-0200/09-0, julgado em 1/8/2018. Decisão n. TP-1.209/2014. Processo de Contas n. 8434-0200/09-0, Pleno, Relator Cons. Estilac Martins Rodrigues Xavier.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Acórdão nº 2001.85.00.003583-7, Primeira Turma. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Dje. [Recife]. Disponível: http://www.trf5.gov.br/archive/2012/06/200185000035837_20120611_3687784.pdf.

CAMELO, Marcos Bradson; TORRES, Ronny Charles L. de. **Análise econômica das licitações e contratos: de acordo com a Lei nº 14.133/2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CAMPELO, VALMR, 1944. **Obras Públicas: comentários à jurisprudência do TCU**. Rafael Jardim Cavalcante; prefácio de Marçal Justen Filho. 4. ed. rev. e atualizada – Belo Horizonte: Fórum, 2018

CAMPOS, Flávia. **Comentários à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª ed. Belo Horizonte: Foco, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALCANTI; FORTINI; NÓBREGA. **Matriz de riscos dos contratos de parceria público-privada: alteração consensual**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/interesse-publico-matriz-riscos-contratos-parceria-publico-privada>. Acessado em 30 de jun. 2022.

CAVALIERI, Sergio Filho. Programa de Responsabilidade Civil, 2020.

Dias, Maria Tereza Fonseca. R. Bras. de Dir. Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 15, n. 57, abr./jun. 2017

DOTTI, Marinês Restelatto. **O reequilíbrio econômico-financeiro na ordem jurídica brasileira**. In: Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, janeiro 2021).

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7º edição.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Extinção dos Contratos Administrativos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentário à lei de licitações e contratos administrativos: lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022

GOMES, Orlando. **Contratos**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994

GONÇALVES, Rodrigo Carvalho; Bandeira, Marcos Lima. **Reequilíbrio econômico-financeiro em concessões de infraestrutura no Brasil: reflexões sobre os impactos da pandemia do Covid-19**. Revista da CGU. Vol. 12, nº 22. Jul-Dez 2020.

GUIMARÃES, F. V. **O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição**. In: MOREIRA; E. B. (Coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

JÚNIOR, Jessé Pereira; DOTTI, Marinês Restelatto; MAFFINI, Rafael. **Comentários à Lei das Empresas Estatais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 5.ed. São Paulo: Dialética, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

Lei 14.133, de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm#:~:text=L8987consol&text=LEI%20N%C2%BA%208.987%2C%20DE%2013%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20regime%20de,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.



Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm

Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm

LIMA, Renata Faria. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões**. Revista de Direito Administrativo, vol. 227, jan./mar. 2002, p. 107

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Risco cambial e equilíbrio econômico-financeiro em contratos de fornecimento de energia**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 5 , nº 53. Disponível em <http://www.bidforum.com.br/periodico/138/21174/41626?-searchpage=1&keywords=risco%20cambial%20equil%20C3%ADbrio%20econ%20C3%B4mico-financeiro%20contratos%20fornecimento%20energia>. Acesso em 9 jul. 2022

MEIRELES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENEGAT, F; MIRANDA, G. **Gestão de Riscos x matriz de Riscos em contratos administrativos de empreitada**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-03/opiniaogestao-riscos-matriz-riscos-contratos-empreitada>. Acessado em 22 jul. 2022

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NIEBUHR, Joel Menezes. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª ed. Curitiba: Zênite. 2021.

OLIVEIRA, R.C.R de. **Arbitragem nas contratações públicas**. Disponível em <https://ronnycharles.com.br/arbitragem-nas-contratacoes-publicas/>. Acesso em: 20 jul. 2022.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RIBEIRO, Maurício. **O Que Todo Profissional de Infraestrutura Precisa Saber Sobre Equilíbrio Econômico-financeiro De Concessões e PPPS (Mas os Nossos Juristas Ainda Não Sabem)**. Versão final publicada na internet em 23/09/2014. Disponível em: <https://www.portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/o-que-todo-profissional-de-infraestrutura-precisa-saber-sobre-equilibrio-economico-financeiro-versao-publicada-na-internet.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

RODI, R.M. **Cabimento da Arbitragem na Administração Pública: estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União**. SBDP. São Paulo, 2016. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Rodrigo-Rodi-D.-Administrativo.pdf>. Acesso em 26 jul. 2022.

SANTIM, Daniel Pacheco de Souza. **A importância da matriz de riscos para o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato de PPP**. Data do documento em 2018.

SILVEIRA, O. D. **As formas de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviços públicos**.

TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. Temas de direito Público (estudos e pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

TCEPR. Acórdão nº 1026/2021, proferida em 10/05/2021. Publicada no DETC nº 2543, em 20/05/2021, sobre o processo 580215/20, de CONSULTA da DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível: <https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/sessao-10-05-21-processo-580215-20-acordao-n%C2%BA-1026-21-tribunal-pleno/335459/area/242>. Acesso em: 02 ago 2022.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. **Matriz de riscos e a ilusão da perenidade do passado: precisamos ressignificar o conceito de tempo nas contratações públicas**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 19, n. 74.

WESTON, J. Fred, BRIGHAM, Eugene F. **Fundamentos da Administração Financeira**. Tradução: Sidney Stancatti. Revisão Técnica: Fábio Gallo Garcia e Luis Alberto Bertucci. São Paulo. Person Education do Brasil, 2000.

WILLIAMSON, Oliver E. **Transaction-Cost Economics: The governance of Contractual Relations**. The journal of Law & Economics, University of Chicago Press, 1971.



WESTON, J. Fred, BRIGHAM, Eugene F. **Fundamentos da Administração Financeira**. Tradução: Sidney Stancatti. Revisão Técnica: Fábio Gallo Garcia e Luis Alberto Bertucci. São Paulo. Person Education do Brasil, 2000.

WILLIAMSON, Oliver E. **Transaction-Cost Economics: The governance of Contractual Relations**. The journal of Law & Economics, University of Chicago Press, 1971.



**O INSTITUTO DO REEQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO**
UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL