



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

O regime de preclusões no reequilíbrio econômico-financeiro de obras e serviços de engenharia de acordo com a Lei 14.133/2021

The preclusion regime in the economic-financial rebalancing of engineering works and services according to Law 14.133/2021

Rafael Costa Santos; Leonardo Melo Matos

Resumo: Este estudo aborda o regime de preclusões da revisão contratual, também conhecida como reequilíbrio econômico-financeiro em sentido estrito, em contratos públicos de obras e serviços de engenharia. A falta de clareza sobre as circunstâncias que podem levar à perda desse direito gera insegurança jurídica para a Administração Pública e os contratados. Com a implementação da Nova Lei de Licitações, Lei 14.133/21, o artigo 131 tornou-se objeto de debates, pois aparentemente restringe a revisão ao período de vigência do contrato, levantando questões sobre sua constitucionalidade e se é a única forma de preclusão. O estudo tem como objetivo analisar o regime de preclusões que envolve a revisão contratual em obras públicas, sob a ótica da boa-fé objetiva. Além disso, questiona-se se a revisão pode abranger parcelas já faturadas e se há outras hipóteses de preclusão além das previstas na Lei 14.133/21.

Palavras-chave: Contratos Públicos; Reequilíbrio Econômico-Financeiro; Boa-fé Objetiva; Lei 14.133/21; Preclusão.

Abstract: This study addresses the regime of preclusion in contractual review, also known as economic-financial rebalancing in a narrow sense, in public contracts for engineering Works and services. The lack of clarity regarding the circumstances that may lead to the loss of this right generates legal uncertainty for both the Public Administration and the contractors. With the implementation of the New Public Procurement Law, Law 14,133/21, Article 131 has become the subject of debates, as it apparently restricts the review to the duration of the contract, raising questions about its constitutionality and whether it is the only form of preclusion. The study aims to analyze the regime of preclusions involving contractual review in public works, from the perspective of objective good faith. Furthermore, it questions whether the review can encompass readybilled portions and whether there are other grounds for preclusion beyond those provided for in Law 14,133/21.

Keywords: Public Contracts; Economic-Financial Rebalancing; Objective Good Faith; Law 14.133/21; Preclusion.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v11n1p250-284>

O REGIME DE PRECLUSÕES NO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE ACORDO COM A LEI 14.333/2021

Rafael Costa SANTOS*; Leonardo Melo MATOS**

Sumário: 1 Introdução; 2 A aplicação da boa-fé objetiva ao direito público; 3 Aproximação da boa-fé objetiva e a figura da preclusão; 4 O instituto da revisão contratual; 5 O difícil delineamento da álea extraordinária na revisão administrativa; 6 A renunciabilidade do direito a revisão; 7 Os impactos do art. 131 da Lei 14.133/21; 8 Preclusão das parcelas já medidas e faturadas; 9 Preclusão por advento da assinatura do contrato sem contestação dos preços defasados; 10 Preclusão por aditivo que envolvam adequações de projetos e às variações quantitativas; 11 Não preclusão por simples prorrogação de prazo; 12 Contratualização do regime de preclusão por meio de cláusula de Matriz de Riscos; 13 Conclusão; 14 Referências.

1. Introdução

A preservação do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos públicos é uma salvaguarda essencial respaldada pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e pela Lei 14.133/2021 (doravante a ser denominada de Lei de Licitações). Essa medida é crucial para manter as condições originais da proposta, garantindo uma justa relação entre as obrigações da contratada e a remuneração oferecida pelo poder público.

O tema sempre foi objeto de debate quanto aos detalhes de sua aplicação. Quais são os fatores supervenientes que podem ocasionar a revisão? Qual é a variação de preços necessária para acionar a revisão? No contexto das obras e serviços de engenharia, a atenção à revisão se tornou ainda mais relevante, especialmente diante dos desafios decorrentes da pandemia do coronavírus a partir de setembro de 2020 (momento em que ocorreu o efeito de aumento de preços na construção civil).

Nesse cenário, aumentaram as incertezas e questionamentos sobre as possibilidades de preclusão do direito de reequilíbrio no contexto das obras públicas. De fato, a disputa sobre quais circunstâncias poderiam levar à perda

*Procurador do Estado da Procuradoria Geral do Estado do Paraná. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2010) e especialização em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2018). <https://orcid.org/0000-0001-8771-8119>.

**Procurador do Estado do Paraná, na área de Licitações de Obras e Serviços de Engenharia. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2009) e Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2013). Possui Especialização em Direito Administrativo e Direito Empresarial - Ênfase em Direito Tributário. <https://orcid.org/0009-0009-5281-9281>.

desse direito sempre foi acalorada, ganhando destaque recentemente devido a uma nova interpretação do instituto da revisão contratual.

Até o ano de 2021 prevalecia na praxe administrativa o entendimento de que uma vez ocorrido o fator de desequilíbrio, os preços seriam revisados para refletir a situação presente e as novas parcelas dos serviços a serem faturadas já estariam com os preços atualizados. Em outras palavras, a revisão deveria ser requisitada no momento do descolamento de preços, incidindo sobre as faturas futuras a essa requisição.

A pandemia, entretanto, conduziu a uma nova prática administrativa, com a edição de regulamentos¹ que estabelecem que o reequilíbrio poderia incidir sobre serviços já executados. Isso ocorre porque ele representa uma constatação matemática da discrepância entre a realidade e o que foi contratado, o que só é possível após uma medição adequada dessa realidade.

A complexidade atinge um novo patamar ao interpretar o art. 131 da Lei de Licitações, que aparentemente estabelece uma única forma de preclusão relacionada ao término da vigência do contrato, ao passo que a Lei 8.666/1993 era omissa a esse respeito. Isso implica que o pedido de revisão do equilíbrio econômico-financeiro só pode ser formulado durante a vigência do contrato.

No entanto, em consonância com a ideia de que a revisão poderia ter um caráter retroativo, observou-se o surgimento de solicitações de revisão de preços de diversas parcelas já medidas e faturadas ao longo de anos, sem qualquer manifestação por parte da empresa contratada sobre a defasagem de preço durante esse período, sob o argumento que somente o fim da vigência seria obstáculo para a requisição de revisão contratual.

Ademais, há na doutrina² quem sustente a inconstitucionalidade do artigo 131 da Lei de Licitações, de modo que nem mesmo o término da vigência contratual marcaria a perda do direito à revisão contratual

O objetivo do presente desse estudo, portanto, é analisar o regime de preclusão da revisão contratual no âmbito da Lei 14.133/21, no que tange aos contratos de escopos de obras e serviços de engenharia. Visa-se a responder as seguintes questões: é possível a realização de revisão que incida sob parcelas já faturadas? O Art. 131 da Lei de Licitações é constitucional? Esse dispositivo normativo estabelece a única forma de preclusão ao direito a revisão contratual? Existem outras hipóteses de preclusão que subsistem à Lei de Licitações?

¹ A exemplos: Brasil. Resolução nº 13, de 02 de junho de 2021, do Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte. PARANÁ. Instrução Normativa nº 003 de 22 de setembro de 2021, da Paraná Edificações. Cascavel. Instrução Normativa nº 008 de 14 de maio de 2021, da Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão.

² Pires e Parziale (2023, n. p.) e Justen Filho (2021, p. 1434), por exemplo.

Para realizar essa análise é necessário seguir uma série de etapas bem definidas. Primeiramente, é crucial examinar a aplicação da boa-fé objetiva ao direito público, entendendo sua importância nesse contexto e explorando a aproximação do instituto da preclusão no direito público e às figuras parcelares da boa-fé objetiva. Em seguida, é fundamental analisar a possibilidade jurídica de renúncia ao reequilíbrio econômico financeiro.

Após essa análise, é preciso destacar os mecanismos para restabelecer o equilíbrio financeiro, com ênfase na revisão contratual como ponto central. Além disso, é necessário delinear o conceito de álea extraordinária, investigando sua definição precisa e identificando até que ponto o contratado pode assumir o risco normal do empreendimento.

Posteriormente, é fundamental analisar os impactos da Lei de Licitações e as nuances do Art. 131. É imperativo avaliar a constitucionalidade desse artigo, que estipula que o pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro só pode ser feito durante a vigência do contrato. Além disso, é importante investigar se o art. 131 trata da única hipótese de preclusão do direito à revisão.

Ademais, é necessário considerar outras possíveis situações de perda do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, indo além do que está estabelecido no artigo mencionado. Isso inclui analisar a preclusão das parcelas já medidas e faturadas, a preclusão devido à falta de contestação dos preços defasados após a assinatura do contrato, a preclusão decorrente de aditivos que envolvam adequações de projetos e variações quantitativas, bem como a preclusão por aditivos de prorrogação de prazo.

Por fim, é importante discutir a possibilidade de contratar um regime de preclusão por meio de uma cláusula de matriz de risco.

Este artigo propõe contribuir para o entendimento das hipóteses de preclusão do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de obras públicas. Passa-se a análise da aplicação da boa-fé objetiva ao direito público.

2. A aplicação da boa-fé objetiva ao direito público

A boa-fé objetiva é um princípio que representa um padrão de conduta social (norma de comportamento), caracterizado por uma atuação em conformidade com determinados padrões éticos de lisura, honestidade e correção, com o propósito de preservar a confiança legítima da outra parte.

Dessa forma, a boa-fé se configura como um modelo ético de como agir de maneira íntegra, leal e correta. Trata-se de um princípio que introduz uma ponderação entre princípios conflitantes, visando a atenuar a aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, sobretudo em contextos de negociação (Farias; Rosenvald, 2017, p. 179).

Esse princípio tem suas bases no estímulo para que os indivíduos conduzam suas ações de forma ética em suas interações, buscando afastar comportamentos que não estejam alinhados com os padrões de honestidade e lisura. Assim, a boa-fé objetiva é entendida como uma estrutura normativa que estabelece diretrizes prescritivas, indicando um modelo de conduta (Martins-Costa, 2018, p. 282-283).

Operando como um parâmetro normativo, a boa-fé objetiva impõe deveres de conduta derivados das circunstâncias específicas do caso, independentemente de estarem expressos no contrato em questão. Os deveres mais reconhecidos são os de lealdade, confiança mútua, assistência, informação, sigilo e confidencialidade. Tais deveres não decorrem apenas da relação jurídica obrigacional, mas também do princípio da boa-fé, e influenciam a relação contratual e seus desdobramentos. Esses deveres gerais de conduta podem ser atribuídos tanto aos credores quanto aos devedores e também podem ser estendidos a terceiros (Schreiber, 2012, p. 25).

Os deveres gerais de conduta carecem de materialização do seu conteúdo, em cada relação, levados em conta o ambiente social e os fatores relacionados ao tempo e espaço de seu cumprimento. Isso porque não são suscetíveis à simples subsunção do fato à norma jurídica, pois é imprescindível sua concretização pela norma de conduta retirada casuisticamente da boa-fé. Desta forma, o caso factual é que suprirá os elementos de sua materialização (*idem*, p. 25-26).

Devido a sua origem relacionada à *fides* romana, o princípio da boa-fé sempre foi intimamente ligado ao direito privado. Tradicionalmente, a boa-fé objetiva é consagrada pelo direito privado, o que não a tornaria incompatível, entretanto, com o direito administrativo. É incontestado que o direito civil, o mais antigo dos ramos do direito, acabou traçando várias das premissas e regras básicas do direito como um todo, não se limitando à aplicação dessas no direito privado (Nobre Júnior, 2002, p. 138).

Não se deve, contudo, tentar blindar a zona de contato entre essas esferas, uma vez que o ordenamento jurídico como um todo deve respeito aos preceitos constitucionais e aos princípios gerais de direito (Tepedino, 1993, p. 25). Consequentemente, a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, vem sendo abandonada (Gordillo, 2017. p. VIII-1-VIII-2 e p. X-30)³. A boa-fé é um dos princípios gerais do direito, valor material básico do sistema jurídico. É princípio que faz incorporar ao direito o valor ético-social da confiança que envolve qualquer relação jurídica dentro do sistema jurídico vigente (Moreno, 1979, p. 293-314).

³ Como destaca Gordillo, existem princípios como o da proibição do abuso do direito, da segurança jurídica, da boa-fé e da proibição de atitudes contraditórias, que são valores gerais, adeptos da própria lógica jurídica, incidentes tanto no direito privado, quanto no direito público. Por conseguinte, não é razoável inferir que, nas relações que envolvam a Administração Pública, todos os envolvidos (a Administração e os particulares) ajam sem a observância do dever de lealdade e confiança entre eles.

A constitucionalização do direito abalou as fronteiras rígidas entre o direito público e o direito privado, de modo que o reconhecimento da supremacia da Constituição e sua influência em todo o ordenamento jurídico enfraqueceu essas distinções (Bacellar Filho, 2007, p. 80-81), conduzindo a uma unificação axiológica constitucional de técnicas e institutos oriundos do direito privado tradicional, agora utilizados no contexto do direito público e vice-versa.

Existem pontos de convergência tão precisos entre as esferas pública e privada que não há mais uma relação de oposição entre elas, visto que o direito civil e o direito administrativo são partes de um sistema jurídico unificado. Um sistema constitucional implica na criação de conexões entre esses campos do direito, administrativo e civil, que não estão mais isolados (*idem*, p. 28).

Por isso, fica mais nítida a relevância do princípio da boa-fé para o direito administrativo, vez que constitui canal de integração de todo o sistema jurídico acerca de valores relacionados à lealdade e à confiança (González, 1983, p. 50; Dantas Júnior, 2007, p. 123).

Não se ignora, de todo modo, certa interseção de conteúdo da boa-fé objetiva com aspectos da proteção da confiança⁴ (consagrado no âmbito do direito público), contudo é possível identificar a relevância ímpar da boa-fé objetiva no âmbito publicista, quando se depara com o aproveitamento da evolução doutrinária e jurisprudencial da boa-fé privatística e das suas unidas figuras parcelares, pelo direito público.

É incontestável que ambos os princípios compartilham objetivos semelhantes, pois representam conceitos que aderem à mesma lógica jurídica, garantindo a estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas. No entanto, devido ao contexto em que foram concebidos e considerando o diferente tempo de evolução de cada um, não se extrai necessariamente o mesmo conjunto de ferramentas de cada um deles.

O princípio da proteção da confiança⁵, de desenvolvimento mais novo, e conectado com as ideias de autoridade do Poder Público e do Estado de Direito, possui teoria e aplicação relacionadas ao controle de imposições unilaterais pelo Poder Público. Já o princípio da boa-fé, amadurecido pelo tempo (e na maior parte das vezes relacionado à atividade mercantil e contratual), possui uma sólida construção

⁴ Para Schreiber (2012, p. 95) e Nobre Júnior (2002, p. 156-157), a aplicação do princípio da boa-fé objetiva bastaria para amparar as expectativas reais dos indivíduos em relação à Administração Pública. De maneira diversa a essa opinião, alguns autores como Branco (2002, p. 169-225) e Martins-Costa (2018, p. 142) entendem que o princípio da proteção da confiança não se exaure apenas na utilização da boa-fé, pois detém um alcance mais abrangente.

⁵ Valores que remetem à proteção da não-surpresa podem ser evidenciados desde o direito romano, como as figuras do *iuscertumme* da *pax romana* (Ávila, 2011, p. 49). Contudo, o princípio da proteção da confiança, exatamente, tomou relevância a partir de decisões do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, em 1956, e do Tribunal Administrativo Federal alemão (BVerwGE, na sigla em alemão), em 1957 (Couto; Silva, 2015, p. 50).

doutrinária e jurisprudencial envolvendo vínculos concretos e consensuais, relacionados à coibição do comportamento contraditório ou desleal (Costa, 2023, p. 20-21).

O maior aporte de contribuições que a teoria privatística da boa-fé objetiva pode oferecer ao ambiente publicista se refere exatamente aos empréstimos desse rol ferramental dos quais se retiram preceitos que visam à lealdade, sobretudo quando envolve os negócios jurídicos, uma vez que essa é a área de maior desenvolvimento da boa-fé privatística.⁶

O princípio da boa-fé, quando aplicado à esfera pública, ganha especial relevância ao examinar o reequilíbrio econômico em sentido estrito. Isso se deve ao fato de que a boa-fé objetiva não se limita apenas às situações previstas em lei – como será abordado ao longo deste estudo – e às cláusulas nos contratos assinados. Embora esses elementos sejam valiosos para esclarecer as regras em jogo, não esgotam todas as possibilidades de conduta contraditória e desleal que ambas as partes – o particular e o poder público – podem adotar.

Atitudes contraditórias das partes podem resultar no direito à reparação ou até mesmo na perda do direito ao próprio reequilíbrio, termo comumente referido como “preclusão” no âmbito administrativo.

É certo que essas hipóteses casuísticas têm sido debatidas há bastante tempo no âmbito da doutrina e dos Tribunais de Contas. A subsunção nas categorias específicas da boa-fé nem sempre se apresenta de forma inequívoca, o que desencadeia debates acalorados.

De todo modo, ao se aproveitar da experiência da boa-fé objetiva originária do direito privado pelo direito público, deve-se levar em consideração a existência de diferenças substanciais entre as áreas administrativa e civil. Assim, a aplicação da boa-fé objetiva no direito administrativo independe de adaptação, de modo que os

⁶ Não há contrassenso na utilização do direito privado pela Administração Pública. “O regime jurídico-administrativo se caracteriza pela realização do interesse público”. Mesmo que a Administração possa se servir do Direito privado, “Há aspectos do Regime administrativo inafastáveis na Atuação da Administração Pública, especialmente no que concerne à aplicação dos princípios gerais do direito Administrativo” (Furtado, 2016, p. 42-43).

Em qualquer contrato celebrado pela Administração Pública, o método para se chegar às normas que regem o referido ajuste é sempre o mesmo. “Busca-se em primeiro lugar, aplicar aos referidos contratos o Direito Administrativo; esgotada a aplicação das normas do Direito Público, deve ser buscada nas regras e nos princípios do Direito Privado compatíveis com as primeiras soluções para quaisquer questões jurídicas surgidas” (Furtado, 2016, p. 396). De todo modo, a incidência das regras do direito privado nas contratações da Administração Pública encontra suporte no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o Art. 89 da Lei 14.133/21, em que pese a sua aplicação estar adstrita aos princípios cogentes do direito público (Abbud, 2013, p. 414). Bacellar Filho alerta, no mesmo sentido, que “tratar de princípios subsidiários do direito civil não significa interpretar institutos próprios do direito administrativo à luz do direito privado” (Bacellar Filho, 2007, p. 178-179).

efeitos causados não necessariamente sejam iguais daqueles obtidos no direito civil (*idem*, p. 23).

A aplicação da boa-fé em relação aos contratos administrativos deve ser realizada considerando-se as peculiaridades do regime jurídico administrativo e também as situações fáticas e jurídicas concretas que envolvem os ajustes e contratos administrativos firmados pelo poder público.

Esse estudo busca contribuir, através do prisma da boa-fé objetiva, analisar em quais hipóteses poderia ocorrer a preclusão do direito constitucional do reequilíbrio econômico financeiro.

3. Aproximação da boa-fé objetiva e a figura da preclusão

O problema envolvendo a preclusão ao direito do reequilíbrio econômico-financeiro continua sendo mesmo sob a égide da Lei 14.133/21 um dos temas mais polêmicos e controversos na matéria. Aliás, a Lei de 2021 aumentou o debate em torno do instituto, em virtude do contido no seu Art. 131, como será aprofundado nos tópicos seguintes.

E precisamente em que consiste a preclusão ao direito de reequilíbrio econômico-financeiro no jargão da prática administrativa? Consiste na tese defensiva alegada pela Fazenda Pública de que a inércia ou não manifestação do contratado, em um momento específico, pode levar à perda do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro.

O conceito de preclusão é melhor esmiuçado em direito processual. Nesse sentido, segundo a clássica doutrina de Moacyr Amaral dos Santos (2013, p. 81), a preclusão consiste “na perda de uma faculdade ou direito processual, que por se haver esgotado ou não ter sido exercido em tempo e momento oportunos, fica praticamente extinto”. Quanto à sua natureza, ainda em sede de direito adjetivo, costuma-se apontar, dentre outras, aquelas decorrentes do estabelecimento de prazo em lei (preclusão temporal, segundo a qual não é possível praticar o ato processual após o prazo estabelecido em lei) e a chamada preclusão lógica, a qual decorre da incompatibilidade entre atos processuais.

Nesse sentido, exemplo típico de preclusão temporal é a perda do prazo processual e de preclusão lógica é aquele decorrente do hipotético caso em que a parte manifesta concordância com a decisão judicial, mas, ainda assim, recorre. A preclusão lógica pode estar ou não positivada em lei, como é exemplo o Art. 1.000 do CPC, e pode se dar tanto de modo expresso quanto tácito.

Exemplo jurisprudencial de preclusão lógica tácita e não prevista de modo expresso em lei é o caso de interposição simultânea ou sucessiva de embargos de declaração e apelação antes do julgamento dos embargos, caso em que se entende

que o apelo não deve ser conhecido por preclusão lógica. Exemplo disso é o REsp n. 1.951.197/AM, de Relatoria do Ministro Gurgel de Faria, da Primeira Turma do STJ.

A utilização do instituto da preclusão em matéria contratual pública é sustentada na doutrina em virtude de que o contrato é, em essência, uma relação processual (Do Couto, 2006). Nesse sentido Niebuhr (2022, p. 1161) recorda o Acórdão 1827/2008 do TCU – Plenário, segundo o qual:

a aplicação de um instituto processual tal qual a preclusão ao feito sob exame decorre do entendimento de que a execução de um contrato é um processo, composto por diversos atos, que concede direitos e impõe obrigações às partes.

Tal digressão é para sustentar-se que independente do nome jurídico que se dê ao ato da prática de comportamento contraditório, a expressão “preclusão” parece ter prevalecido em sede da doutrina administrativista quando da análise do reequilíbrio econômico-financeiro, nos casos em que a contratada pratica atos incompatíveis com a intenção de revisão do contrato. Nesse sentido, a expressão “preclusão” é utilizada, por exemplo, em Torres (2021, p. 655) e Niebuhr (2022, p. 1155).

Percebe-se, no entanto, que muitas vezes, no âmbito contratual público, o instituto da preclusão envolve a prática de comportamentos relacionados a violação da boa-fé objetiva⁷, o que permite aproximar o instituto da preclusão com os conceitos parcelares da boa-fé objetiva.⁸

Em outras palavras, a ausência de uma cultura de aplicação da boa-fé e suas manifestações específicas no contexto público levou a qualquer perda de direito devido à falta de comportamento alinhado à boa-fé ser referida como preclusão. No entanto, do ponto de vista jurídico, as preclusões ao reequilíbrio econômico-financeiro mencionadas pela doutrina administrativista estão ligadas à aplicação da boa-fé objetiva no âmbito do direito público negocial.

Portanto, a análise dessas preclusões à luz do desenvolvimento privatístico da boa-fé objetiva, além de ser mais coerente, facilita a compreensão racional da perda do direito ao reequilíbrio pela violação da boa-fé objetiva.

⁷ Nesse sentido o Resp 2.018.575/PR da 4ª Turma do STJ, no qual se afastou no caso analisado a preclusão lógica, com remissão expressa em ementa da expressão “comportamento contraditório”.

⁸ Exemplo claro de como o comportamento contraditório pode ser analisado validamente sob o ponto de vista dos dois institutos encontra-se no AgInt em Resp 2.353.061/RJ da Terceira Turma do STJ, no qual o voto do Ministro Humberto Martins faz consignar que “o recolhimento do preparo, ainda que irregular, induz ao reconhecimento da preclusão lógica em relação à condição de pobreza, tendo em vista o comportamento contraditório das partes recorrentes, com fundamento na aplicação do princípio do venire contra factum proprium”.

A boa-fé se apresenta em três dimensões: as funções interpretativa, integrativa e corretiva. A primeira serviria para aclarar o sentido das estipulações negociais, a segunda tem o propósito de explicitar os deveres de comportamento das partes, ainda que não previstos no respectivo negócio jurídico ou na norma; e a terceira tem o condão de impedir o exercício abusivo de direitos nas relações negociais (Farias; Rosendal, 2017, p. 183).

Da função interpretativa, decorre que a compreensão das cláusulas negociais privilegiará o sentido mais consentâneo com o objetivo comum pretendido pelas partes. Isso significa que se deve buscar o compreender o sentido social visado pelas declarações de vontade e pelas expectativas despertadas pelo comportamento alheio (*idem*, p. 183).

Por outro lado, da função integrativa decorrem outros deveres que se impõem na relação firmada, completamente desvinculados da vontade de seus participantes, expressa no termo negocial. Há uma intervenção heterônoma que se extrai de parâmetros éticos, que culminam por alargar o conteúdo ajustado: os deveres anexos.

Destaca-se os deveres de cooperação e informação. O dever de informação vincula os partícipes à satisfação de todos os esclarecimentos necessários a uma conclusão efetiva e leal do respectivo negócio jurídico. Esse dever pode ser violado tanto por ação, como por indicações inexatas, ou por omissão acerca de elementos que o outro partícipe teria um interesse objetivo de conhecer (Cordeiro, 2001, p. 583-584).

Assim sendo, poderia ser caracterizada como violação da boa-fé a conduta do contratado que, consciente de que os preços estipulados no contrato estão defasados em comparação com os praticados no mercado, omite tal informação da administração, aguardando o momento mais vantajoso para sua estratégia econômica.

Da função de corretiva ou de controle, é possível depreender os deveres de lealdade e cooperação que proíbem o comportamento abusivo, como a figura prevista no art. 187 do Código Civil, em que aquele que mesmo exercendo direito próprio comete ato ilícito, se exercido de forma abusiva. Torna-se ilícito, ao exercer direito originalmente lícito, se excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Também se depreendem da boa-fé objetiva e do seu caráter de controle todas as proibições de comportamento que violam o dever de lealdade presente nos negócios jurídicos como as figuras do *venire, tu quoque, suppressio*, tão ventiladas no direito civil (Farias; Rosendal, 2017, p. 195-215).

Destaca-se a figura do “*venire contra factum proprium*”, expressão que transparece a contrariedade desleal com a própria conduta do agente. Trata-se, portanto, de

dois comportamentos executados pelo mesmo partícipe. As condutas, quando analisadas de forma isolada, são lícitas, mas ocorre que a segunda conduta é contraditória em relação à primeira.

Destarte, a mera contradição não é suficiente para a caracterização do *venire*. É necessário que a segunda conduta frustrasse o legítimo investimento de confiança pela parte que alega a contradição, ou seja, a contradição deve ser injustificada (Martins-Costa, 2018, p. 674-675). Trata-se do comportamento contraditório que fura a relação de confiança recíproca essencial para o bom desenvolvimento de qualquer ajuste, sobretudo o dos convênios administrativos.

Utilizando como exemplo o contratado que, inicialmente, informa à administração sua falta de interesse na revisão contratual, afirmando estar comprometido em cumprir o contrato conforme os preços originalmente acordados. No entanto, após a execução dos serviços, ele demanda que a administração reavalie os valores já executados e faturados. Ou, ainda, na eventualidade de uma variação significativa dos preços antes da assinatura do contrato, o particular firma o contrato com a Administração, comprometendo-se a honrar a proposta inicial. Posteriormente, ele solicita a revisão dos preços contratados. Tais situações podem caracterizar violação à boa-fé objetiva devido ao comportamento contraditório.

Todas essas facetas da boa-fé incidem em maior ou menor grau nas relações entre os entes públicos, contudo deve ser analisado à luz das regras próprias do regime administrativo e dos princípios do direito público.

Dessa maneira, torna-se essencial analisar as situações que configuram preclusão ao direito de reequilíbrio econômico-financeiro, frequentemente suscitadas na prática administrativa, sob a perspectiva da boa-fé objetiva. Entretanto, também será empregado o termo “preclusão”, considerando sua consagração no âmbito do direito público.

Antes de examinarmos a preclusão em si, é fundamental entender o instituto da revisão contratual.

4. O instituto da revisão contratual

O conceito de equilíbrio econômico-financeiro não pertence totalmente ao campo do direito, mas sim às ciências econômicas, uma vez que traduz a equação econômico-financeira que precifica o contrato. Em certa medida, o conceito de equilíbrio confunde-se com o de equação. Ou em outro sentido, a equação é a fórmula pela qual o equilíbrio se faz matematicamente presente.

Segundo Carvalho Filho (2019, p. 325), a equação econômico-financeira “é a relação de adequação entre o objeto e o preço”. Justen Filho (2014, p. 1012), a seu turno, conceitua o equilíbrio econômico-financeiro enquanto a “relação (de fato)

existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente”.

Os diversos conceitos doutrinários de equilíbrio econômico-financeiro convergem para a ideia de que este equilíbrio se refere à relação entre os encargos assumidos pela contratada e a remuneração paga pelo contratante, ante o caráter sinalagmático dos contratos bilaterais. Essa relação é essencial para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não se confundindo com conceitos contábeis de lucro ou prejuízo. O Acórdão 2901/2020 – Plenário do TCU reforça que propostas com valores excessivamente baixos não justificam revisão contratual com base na baixa remuneração oferecida ou prejuízo resultante.

Identifica-se que o desequilíbrio pode surgir tanto nos encargos quanto na remuneração do contrato⁹. Quando as modificações nas condições iniciais do contrato geram um impacto significativo na equação original, observa-se um desequilíbrio. Portanto, torna-se essencial restabelecer a situação inicial por meio de medidas elaboradas com o propósito de reequilibrar a equação econômico-financeira. Eis os remédios de reequilíbrio habitualmente conhecidos na legislação brasileira e doutrina:

1) Aditivo contratual: correspondente à alteração nas obrigações contratuais iniciais, unilateral ou bilateral, incidente no campo dos encargos. No caso de obras e serviços de engenharia são os casos das adequações de projetos, com os acréscimos e supressões de serviços, bem como as alterações de quantidade nas empreitadas por preço unitário. No aditivo há a previsão das adequações do objeto e a remuneração a elas correspondentes (Art. 130 da Lei de Licitações).

2) O reajuste de preços, disciplinado no art. 6º, inciso LVIII da Lei de Licitações, é a forma de manutenção do valor inicial real (e não apenas o nominal) do contrato consistente na aplicação do índice de correção inflação previsto contratualmente, que deve retratar a variação dos custos de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

⁹ No que diz respeito aos encargos, isso pode ocorrer devido à imposição de encargos adicionais não previstos inicialmente na proposta, como ajustes nos projetos por decisão unilateral da administração ou variações nas quantidades estimadas. Além disso, o não cumprimento de obrigações por parte da administração, como desapropriações ou atrasos na concessão de licenças, também pode gerar desequilíbrio. Outra possibilidade é que o desequilíbrio decorra de determinações supervenientes da administração, como obrigações que se aplicam imediatamente a contratos já em execução, como uma nova legislação que exija vigilância por vídeo em obras públicas.

Por outro lado, no que se refere à remuneração, o desequilíbrio pode ser causado pela defasagem monetária devido à inflação, pelo aumento dos salários mínimos e encargos trabalhistas relacionados à mão de obra dedicada exclusivamente à administração, pelo atraso no pagamento das remunerações, pelo aumento dos impostos que o contratado deve arcar devido ao contrato, pela defasagem de preços além das perdas inflacionárias normais de cada setor devido a eventos externos às partes, de acordo com as condições de mercado do contrato, ou pelo aumento dos impostos incidentes sobre o contrato, conforme o Art. 134 da Lei de Licitações.

Ou seja, refere-se a um mecanismo utilizado para readequar o valor contratual, em razão das variações econômicas ou do aumento no preço da produção. É necessário que seja previsto no edital os índices ou critérios que serão utilizados para conservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

3) Repactuação: é a expressão utilizada especificamente para a atualização dos preços em contratos com mão de obra exclusiva ou predominante – Art. 25, § 8º, II da Lei de Licitações, incidente no campo da remuneração.

4) Correção monetária: decorre do atraso no pagamento da remuneração ao particular, no prazo estabelecido em contrato. A Lei de Licitações indica que deve conter no contrato cláusula que estabeleça os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento¹⁰.

5) A revisão contratual (ou reequilíbrio em sentido estrito¹¹) – objeto desta investigação – fundamenta-se na teoria da imprevisão, aplicada ao direito público: a superveniência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, alheios as vontades das partes e que modificam de maneira considerável o equilíbrio econômico-financeiro, implica na alteração contratual para que seja mantida a equação inicialmente estabelecida.

Por opção legislativa não é todo e qualquer descolamento do preço frente ao comportamento de mercado que autoriza a revisão contratual, mas somente aquelas decorrentes de “força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis”, conforme disciplinado no Art. 124, II, d da Lei de Licitações.

Ainda, é necessário que o contratado efetivamente tenha suportado o sacrifício decorrente de tais fatos. Não sem razão que o supramencionado dispositivo menciona a expressão “que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado”. Ou seja, não basta a mera circunstância fática, mas é preciso que o contratado prove o impacto concreto no contrato.

Todas as espécies acima elencadas são formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, contudo, o conceito mais problemático corresponde ao reequilíbrio decorrente de revisão contratual.

Inobstante tal fato, verifica-se que a Lei de Licitações persistiu na omissão de regulamentar a forma concreta de se instrumentalizar o instituto (isto é, metodologias de cálculo, forma de apresentação e momento de apresentação), o que traduz a clara ideia de que preferiu o legislador não engessar o instituto,

¹⁰ Art. 92, V da Lei de Licitações.

¹¹ Para fins de delimitação conceitual no presente artigo, reputa-se todas as remissões de reequilíbrio econômico-financeiro como sendo o reequilíbrio em sentido estrito (revisão contratual). Quando não, mencionar-se-á o reequilíbrio como “em sentido lato”.

abrindo margem de interpretação e regulação, para que o mesmo se amolde e adeque à realidade fática de cada uma das unidades federativas.

Isso evidencia que a matéria disposta na Lei de Licitações não esgota, nem tem a intenção de esgotar, todo o regramento necessário para aplicar o reequilíbrio de forma eficiente. Trata-se apenas de uma moldura que estabelece as balizas, a qual pode ser especificada pelos regulamentos.

Entretanto, o efeito adverso da persistência de uma omissão regulamentar (em nível nacional) é a relativização da segurança jurídica¹², de modo que atrai a necessidade de estabelecimento de parâmetros e balizas jurisprudenciais. Em sede de contratos administrativos, agrava-se o fato de sujeição de controle administrativo pelos Tribunais de Contas e pelo controle judicial, o que abre amplo espectro de controle jurisprudencial.

Não havendo claras balizas e métodos universalmente estabelecidos na legislação, abre-se espaço para a discussão doutrinária, expondo diferentes teorias e visões sobre o instituto, inclusive opondo visões antagônicas que não podem ser reputadas como corretas ou incorretas *a priori*, dado que a margem de discussão foi aberta pelo próprio legislador.

Por esse motivo, especialmente diante do impacto da Lei de Licitações, é crucial examinar quais situações de preclusão podem surgir durante a revisão contratual.

Antes, porém, é necessário fazer algumas digressões sobre o conceito de álea extraordinária devido à sua importância e como condição essencial para a concessão do reequilíbrio econômico em sentido estrito.

5. O difícil delineamento da álea extraordinária na revisão administrativa

É comum nas obras acadêmicas sobre o tema afirmar que a ruptura que demanda uma revisão ocorre apenas quando os valores ultrapassam os limites considerados habituais para o respectivo empreendimento econômico, sendo frequentemente referido como álea ordinária/extraordinária¹³.

¹² Destaca-se que a segurança jurídica costuma ser ramificada em duas partes. Uma de natureza objetiva, que se refere aos limites da retroatividade dos atos do Estado, mesmo que legislativo, e englobam, portanto, os conceitos de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. A segunda ramificação, de natureza subjetiva, concerne à proteção e à confiança das pessoas aos atos, aos procedimentos e às condutas do Estado, nas mais diferentes esferas de atuação. O princípio da segurança jurídica no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99) (Couto; Silva, 2015, p. 46-47).

¹³ Álea ordinária aquela parcela do desequilíbrio que se encontra dentro dos padrões normais daquele negócio, e por isso não passível de revisão. E álea extraordinária quando o desequilíbrio rompe os padrões normais, e por isso necessário o reequilíbrio econômico (Niebuhr, 2022, p. 1148).

Contudo, persiste a indefinição de uma métrica de quando é considerado habitual ou extraordinário uma variação de preço no contrato de obras públicas. Na prática, essa ausência de critério se revela inadequada para uma avaliação conclusiva, deixando a definição do ponto de rompimento da álea ordinária totalmente subjetiva e em aberto.

A gestão administrativa, portanto, se torna desafiadora, uma vez que não dispõe de uma metodologia confiável para determinar com segurança o que constituiria uma álea extraordinária. Isso acarreta o risco de contestações tanto por parte dos particulares como por órgãos de controle, gerando uma situação delicada para a Administração Pública.

Destaca-se nesse sentido os estudos de Guidi (2022, p. 301) o qual refuta a análise do rompimento da equação de equilíbrio baseando-se exclusivamente no valor total do Contrato (um percentual arbitrário sobre o valor do contrato). Isso ocorre porque tal critério negligência completamente a estrutura de custos e a subsequente formação de preços nos orçamentos das obras de engenharia.

No Acórdão nº 1905/2020 – Plenário, o Tribunal de Contas da União adotou um raciocínio alinhado a essa perspectiva, destacando que não seria plausível uma empresa alegar desequilíbrio econômico-financeiro devido à onerosidade excessiva, enquanto simultaneamente apresentasse lucro líquido, pagasse Juros sobre o Capital Próprio (JSCP) e/ou distribísse dividendos acima do limite legal.

Não se deve negligenciar, ao tentar estabelecer um parâmetro para definição da álea extraordinária, a fórmula econômica que compõe um orçamento de obras públicas, a qual incorpora a figura do BDI.

Como se sabe, o orçamento de uma obra é a peça de fechamento do projeto do empreendimento, traduzindo-o em termos econômicos e financeiros. Este exercício de tradução, porém, nunca será perfeito, dada a complexidade da realidade. Nesse sentido, um bom orçamento nada mais será do que uma estimativa, sendo que quanto maior for a sua assertividade, menores serão as incertezas. É dentro deste contexto que se insere a necessidade do cálculo da taxa do BDI, uma vez que, para se estimar o real preço de um empreendimento, é preciso levar em consideração as despesas feitas pela construtora em função da obra, mas que não estão diretamente relacionadas a ela.¹⁴

O preço de execução de um serviço de construção civil (preço de venda ou valor final) é igual ao custo da obra mais a taxa de BDI. Este é um conceito especialmente

¹⁴ Classicamente são consideradas enquanto despesas indiretas que têm o construtor: a taxa representativa de seguros, o risco do empreendimento, as despesas financeiras incorridas, os tributos incidentes na operação, a taxa de rateio da administração central e o lucro do empreendedor. Essas parcelas podem ser identificadas, por exemplo no Acórdão nº 325/2007-Plenário. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, 14 mar. 2007, bem como o Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013

importante para a elaboração do orçamento de obras ou serviços públicos de engenharia, uma vez que, quando somado aos custos diretos de um empreendimento, determina o preço final.¹⁵

O IBAPE¹⁶, DNIT¹⁷ e TCU coincidem na orientação para determinar o que seria um dano razoável ou não, tendo em vista a estrutura dos custos de uma obra, a ser absorvido pela empreiteira em um caso de um fato superveniente não previsível vir a impactar o equilíbrio original do contrato. Sob essa perspectiva, essas instituições adotam como parâmetro de análise para os desequilíbrios contratuais a parcela do BDI preço relacionada ao lucro.¹⁸

Contudo, apesar dessas instituições convergirem para a variável do lucro, o dilema central persiste. Isso ocorre devido ao significativo conflito em torno do percentual do lucro deve ser sacrificado¹⁹ a ser considerado na identificação do desequilíbrio.²⁰

¹⁵ A fórmula simplificada de um orçamento de obras e serviços de engenharia pode ser exposta da seguinte forma:

$$\text{PREÇOS} = \text{CUSTOS} + \text{BDI}$$

$$\text{PREÇO} = \text{CUSTOS} + (\text{DESPESAS INDIRETAS} + \text{LUCRO})$$

¹⁶ NT IBAPE 003, que calcula o grau de impacto do desequilíbrio com base no lucro, e não no valor absoluto do contrato: “12 Graus de Impacto do desequilíbrio valorado [...] 12.2 Após a valoração do desequilíbrio calcula-se o seu Grau de Impacto econômico-financeiro sobre o contrato analisado, por comparação com o valor do lucro ofertado no Cenário 1 [...]”

¹⁷ Resolução/DNIT Nº 13/2021: “Art. 28 [...] determinações contidas no Acórdão nº 1604/2015 TCU/Plenário, ficam definidos os seguintes critérios para que o DNIT aceite, para fins de análise, os pedidos de reequilíbrio dos contratos em função da alta dos materiais asfálticos: I- Somente será aceita proposta de reequilíbrio cujo impacto financeiro (IF) seja comprovadamente superior ao lucro operacional referencial (LOR) do período considerado desequilibrado.”

¹⁸ No mesmo sentido a doutrina de Meirelles (2009, p. 218): “1.2.2.2 [...] essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento.”

¹⁹ É possível encontrar metodologias que mantêm intacta a parcela relativa do lucro – como a oferecido por Guidi (2022, p. 326). E metodologias que entendem que enquanto existir lucro não há desequilíbrio. Para a jurisprudência do TCU e para o DNIT, o equilíbrio será rompido se, e somente se, a parcela de lucro financeiro for suprimida à totalidade. É a inteligência que se extrai do já citado Acórdão Nº 1905/2020-P do TCU, no qual a Corte de Contas anotou que “[...] não seria plausível que determinada empresa alegasse desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de onerosidade excessiva, e ao mesmo tempo apresentasse lucro líquido, pagando Juros sobre o Capital Próprio [...]” Por sua vez, o DNIT é categórico, exigindo em sua Res. Nº 13/2021 que o impacto financeiro seja superior ao lucro operacional referencial. Em outras palavras, TCU e DNIT sugerem que a contratada deverá suportar um prejuízo econômico limitado pelo ponto de equilíbrio financeiro, marco a partir do qual faria jus à recomposição.

²⁰ Para a jurisprudência do TCU e para o DNIT, o equilíbrio será rompido se, e somente se, a parcela de lucro financeiro for suprimida à totalidade. É a inteligência que se extrai do já citado Acórdão Nº 1905/2020-P do TCU, no qual a Corte de Contas anotou que “[...] não seria plausível que determinada empresa alegasse desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de onerosidade excessiva, e ao mesmo tempo apresentasse lucro líquido, pagando Juros sobre o Capital Próprio [...]” Por sua vez, o DNIT é categórico, exigindo em sua Res. Nº 13/2021 que o impacto financeiro seja superior ao lucro operacional referencial. Em outras palavras, TCU e DNIT sugerem que a contratada deverá suportar um prejuízo econômico limitado pelo ponto de equilíbrio financeiro, marco a partir do qual faria jus à recomposição.

Ademais, com o intuito de delinear o rompimento da álea ordinária, deve-se atentar para o impacto contratual e não o impacto em determinado insumo ou serviço específico. Dado que as obras de engenharia representam um conjunto organizado de atividades, alterações significativas nos custos de determinados insumos não implicam necessariamente em variações relevantes na execução do contrato²¹.

No entanto, a resolução desse desafio oferece várias opções. Uma delas seria uma revisão completa do orçamento, a fim de identificar o saldo contratual final com base nos novos preços de cada insumo. Isso incluiria considerar as possíveis compensações entre o aumento de alguns insumos e o decréscimo de outros. No entanto, essa abordagem é excessivamente laboriosa, pois implica refazer o orçamento para determinar se a álea extraordinária foi ultrapassada ou não.

Outra possibilidade seria examinar apenas os agrupamentos de itens mais significativos para o valor final do contrato, utilizando a ferramenta da curva ABC. A Curva ABC é uma técnica de análise que classifica itens em categorias com base na importância relativa, priorizando os mais significativos para facilitar a gestão e tomada de decisões (Bonatto, 2018, p. 369).

Por fim, é crucial observar como é evidenciado o aumento nos preços dos insumos em relação ao orçamento inicial. A utilização única de notas fiscais fornecidas pelas empreiteiras é vulnerável. Além de propiciar possíveis fraudes, a simples constatação de preços de compra mais elevados do que os inicialmente orçados não comprova necessariamente um aumento nos preços de mercado. Isso pode ser resultado de uma compra inadequada ou da diferença entre a proposta do contratado na licitação e o preço de mercado, o que, evidentemente, não pode ser respaldado em um contexto de revisão contratual.²²

²¹ Preocupação corroborada pelo TCU: Acórdão Nº 1827/2008 do Plenário do TCU: “32. [...], na repactuação a variação dos componentes dos custos do contrato deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a planilha de custos e formação de preços, e o contrato é corrigido na exata proporção do desequilíbrio que a parte interessada lograr comprovar”. Acórdão Nº 1431/2017 do Plenário do TCU: “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 [...]”.

²² Inteligência que pode ser retirada dos acórdãos: Acórdão 2901/2020-Plenário que dispõe que a constatação de inexecutabilidade 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 inexecutável na licitação deve onerar exclusivamente o contratado, mesmo diante de aditivo contratual, em face do que prescreve o art. 65, § 1º, da mencionada lei; e do Acórdão 7249/2016-Segunda Câmara que manifestou no sentido que as Notas fiscais de fornecedores da contratada são insuficientes, por si só, para caracterizar qualquer uma das hipóteses legais para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução ou, ainda,

Assim, torna-se fundamental que, no âmbito da regulamentação da Lei de Licitações, as administrações públicas desenvolvam metodologias objetivas para identificar claramente até que ponto o contratado pode absorver como parte do risco normal do empreendimento, bem como determinar o que seria considerado extraordinário, permitindo assim a possibilidade de um aditivo de revisão.

Estabelecendo esse método, é totalmente possível que essa disposição do quanto deve ser absorvido pela Contratada, e o que deve ser suportada pela Administração seja fixada em uma matriz de riscos. A matriz de riscos é conceituada pelo inciso XXVII do art. 6º, da Lei de Licitações e se refere ao documento, parte integrante do contrato, que delinea as responsabilidades entre as partes acerca dos riscos contratuais, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes que possam impactar o equilíbrio financeiro previamente estabelecido.

6. A renunciabilidade do direito a revisão

Ao contrário do reajuste financeiro, que já está definido no contrato original por meio de índices pré-determinados e sujeito apenas a cálculos matemáticos, não necessitando de um aditivo e podendo ser realizado por meio de uma simples apostila (art. 136, I, da Lei de Licitações), o reequilíbrio econômico-financeiro, devido à sua própria natureza ligada à teoria da imprevisão, está relacionado a eventos que não podem ser previstos no contexto original do contrato. Ele não pode ser realizado automaticamente, dependendo não apenas do pedido do interessado, mas também da comprovação do impacto real sobre o contrato para configurar a ocorrência de eventos extraordinários que justifiquem uma nova negociação por meio de um aditivo.

Uma vez que é inerente à própria natureza da revisão que ela deva ser solicitada, é natural que o ordenamento jurídico ou até mesmo as partes, por meio de cláusulas contratuais, estabeleçam um prazo máximo para a solicitação do pedido de reequilíbrio, conforme previsto no Artigo 131 da Lei de Licitações.

Resta, portanto, enfrentar se o direito ao equilíbrio se constitui em um direito subjetivo da contratada e se está sujeito à renúncia ou não exercício, bem como quanto à possibilidade de reconhecer-se a preclusão ao direito ante o fato de que possui natureza constitucional (conforme previsto no Art. 37, XXI da Constituição Federal).

O fato de a Constituição Federal assegurar o direito à manutenção das condições da proposta não significa qualificar o direito ao reequilíbrio como irrenunciável, notadamente porque tal direito não parece ter recebido o tratamento

caso de força maior, caso fortuito ou fato de príncipe), que deve estar demonstrada por meio da quantificação dos efeitos que extrapolaram as condições normais de execução e prejudicaram o equilíbrio global do contrato.

constitucional de direito fundamental. Ora, não sendo direito fundamental, o direito é renunciável ou sujeito ao não exercício pelo titular. Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 61-62) expõe que apesar de se falar em inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, “Parece possível encontrar um sem número de casos em que a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais – e também a sua inalienabilidade e imprescritibilidade – são colocadas em xeque”.

Se os próprios direitos fundamentais possuem a irrenunciabilidade e inalienabilidade relativizados ou sujeitos no mínimo ao não exercício, então não parece haver fundamentação suficiente para sustentar que o reequilíbrio econômico-financeiro não poderia ser renunciado por presunção. Isso repercute, como será visto adiante, quanto à discussão sobre a subsistência de preclusões ao reequilíbrio econômico-financeiro com o advento da Lei de Licitações.

A seu turno, como se trata de um direito sujeito ao exercício, não há dúvidas de que o direito ao equilíbrio contratual é direito subjetivo. Contudo, trata-se de um direito patrimonial e, portanto, renunciável ou sujeito ao não exercício.

Niebuhr (2022, p. 1159/1160) sustenta que o não exercício expresso de pleito de revisão contratual deveria ser estudado não sob a ótica da preclusão, mas sim pela renúncia²³. E a renúncia no direito civil teria contornos bem próprios, exigindo requisitos para a lei (inclusive com interpretação restritiva), o que não poderia ser tomado por presunção em virtude do silêncio.

Daí ser salutar analisar o papel do silêncio na relação contratual. Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 401) cita que no direito romano o silêncio tinha efetivamente valor jurídico em diversas situações. No direito moderno e, no caso da legislação brasileira (Art. 111 do Código Civil), o silêncio somente possui efeitos quando acompanhado de determinadas circunstâncias ou condições.

E quais seriam essas circunstâncias e condições? Segundo Serpa Lopes (*apud* Venosa, 2005, p. 402) a análise é casuística e, na controvérsia, incumbe ao juiz a ponderação.

Não há de se perder de vista que topograficamente o Art. 111 do Código Civil se encontra situado nos dispositivos que tratam da formação do negócio jurídico, daí

²³ “Advirta-se que o direito à repactuação e à revisão são direitos patrimoniais, que podem ser renunciados. Ou seja, o contratado pode, por sua livre vontade, abdicar de tais direitos. Isto acontece com alguma frequência em negociações travadas entre a Administração e o contratado no momento da prorrogação dos contratos. No entanto, em face do princípio da boa-fé contratual e da prescrição contida no artigo 114 do Código Civil, a renúncia deve ser interpretada restritivamente, por efeito do que, para ser reconhecida, deve ser direta, unívoca e clara, o contratado deve ter ciência que está renunciando ao direito, por efeito do que a Administração não deve utilizar estratégias, subterfúgios, entrelinhas ou expressões dúbias e indiretas para formalizar e documentar a renúncia” (Niebuhr, p. 1159/1160).

que se deve ter um cuidado adicional em se reputar a formação de um negócio jurídico apenas com base no silêncio do oblato.

Outra situação totalmente diversa é a análise do silêncio dentro do contexto de uma execução contratual. Por esta razão, entende-se que o Art. 111 não pode servir de fundamento para sustentar a tese de que o mero silêncio da contratada não deve implicar em presunção de renúncia ou não exercício ao direito de reequilíbrio. Ou seja, não parece razoável dizer que o mero silêncio da contratada não possui efeito jurídico nesta circunstância. Ao contrário: o silêncio numa relação contratual, associado à prática de atos contratuais (tais como subscrição de aditivos, protocolos de faturas), faz gerar à luz da boa-fé objetiva, expectativa de concordância com as condições propostas, inclusive quanto aos valores previamente combinados. É nesse sentido que deve ser lido o Art. 111 da legislação civil na relação contratual. Não há de se esquecer que os contratos de obras e serviços de engenharia públicos pressupõem um rito de execução de obras, atesto de fiscalização, protocolo de fatura com apuração de medições. Ou seja, há atos praticados pela contratada para o recebimento de parcelas.

É essa circunstância que levou ao entendimento da preclusão lógica de revisão e repactuação na prorrogação na antiga ordem normativa, quando inexistente previsão normativa expressa. Ou seja, não se interpretou nos casos editados sob a Lei nº 8.666/1993 que tais casos seriam ilegais por se tratarem de renúncias contrárias à lei em virtude de não serem renúncias expressas de direito. Ao revés: a jurisprudência se consolidou nesse sentido a ponto de ser positivado na Lei de Licitações como hipóteses expressas de preclusão.

O reequilíbrio em sentido estrito pressupõe um sacrifício nos encargos ou remuneração suportado e comprovado pelo particular dentro das hipóteses autorizadas e permitidas em Lei, estando sujeito a postulação do direito pelo titular, diferentemente das hipóteses de adequação de projeto, alterações quantitativas e variações de quantidades. Em tais casos, o suporte adicional de encargo que gera direito ao reequilíbrio em sentido lato é proposto ou no mínimo autorizado (previamente) pela própria administração.

Nesse sentido não é difícil colher manifestações do TCU e dos próprios órgãos judiciários acerca da preclusão ao direito ao reequilíbrio, todos tomados sob a ótica da antiga legislação (quando inexistente hipótese expressa): Acórdão TCU nº 4365/2014 – Primeira Câmara; Acórdão TCU nº 1828/2008 – Plenário; STJ, Decisão Monocrática AREsp nº 1.359.742 – PR; Acórdão TCE/PR nº 1026/2021 – Tribunal Pleno; Acórdão TCU nº 1828/2008 – Plenário; Acórdão TCU nº 477/2010 – Plenário; Acórdão TCU 2135/2023 - Plenário.

Portanto, entende-se que apesar do fato de o direito ao reequilíbrio (quer lato quer em sentido estrito) ser um direito subjetivo, a própria natureza do reequilíbrio em sentido estrito pressupõe a necessidade de exercício do direito pelo titular (direito

de ação no sentido material). Considerando o princípio da boa-fé objetiva que rege a relação contratual, mesmo pública, o não exercício deste direito de modo reiterado no tempo faz gerar consequências jurídicas. Disso decorre a ideia de comportamento contraditório quando a parte exerce o direito após criar a legítima expectativa de não exercício.

Raramente no contexto da Lei 8.666/93 encontraríamos a posição de que não haveria nenhuma forma de preclusão (perda do direito à revisão devido ao surgimento de comportamento contraditório por parte da contraparte). Contudo, a controvérsia ressurgiu. Isso ocorre porque a Lei de Licitações, no art. 131, positivou apenas um tipo de “preclusão”, relativa ao término da vigência do contrato. Não se pronunciou explicitamente sobre a existência de outras possibilidades ou não. Passa-se então a análise do art. 131 da Lei de Licitações.

7. Os impactos do art. 131 da Lei 14.133/21

A Lei de Licitações trouxe hipótese expressa de preclusão no Art. 131²⁴. O dispositivo levantou uma série de discussões e polêmicas que podemos sintetizar – tendo em visto o escopo desse estudo - em torno de dois debates:

- 1) Quanto à constitucionalidade do dispositivo ao estabelecer que o pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro somente pode ser formulado durante a vigência do contrato.
- 2) Se tal dispositivo é a única hipótese de preclusão levantada pelo legislador, não havendo outras possibilidades de o intérprete ou mesmo a jurisprudência criar outras espécies.

A despeito dos posicionamentos²⁵ quanto à inconstitucionalidade do dispositivo em virtude de obrigar o pleito de reequilíbrio dentro do prazo de vigência, exigir a

²⁴ Art. 131. A extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório.

Parágrafo único. O pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação nos termos do art. 107 desta Lei.

²⁵ Ainda que o pedido possa ser reconhecido após o fim da vigência, sustenta Pires e Parziale (2023, n.p.) que “impedir que o contratado pleiteie a modificação da cláusula financeira após a extinção do contrato é flagrantemente inconstitucional, pois colide frontalmente com a determinação contida na parte final do artigo 37, inciso XXI, da CF/88, que estabelece que a administração pública deve manter as condições efetivas ajustadas entre o poder público e o particular”. Também Justen Filho (2021, p. 1434) vem sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo. Embora não repete o Art. 131 inconstitucional, Niebuhr (2022, p. 1114) sustenta que o dispositivo constitucional “traz muitas implicações, com enormes repercussões práticas. Essas implicações devem ser limitadoras da atuação do Poder Legislativo e da Administração Pública, bem como deve nortear a interpretação por parte dos órgãos de controle e do Poder Judiciário.” Sustenta, entretanto, a possibilidade de o legislador prever restrições, enfatizando que, de um lado, não se pode perder de vista que o instituto é bilateral (ou seja, se aplica tanto à revisão a favor da administração quanto a do particular), muito embora seja muito mais invocado pelo particular por suportar o encargo do adiantamento dos insumos do contrato. Por outro lado, a

prática de um ato para o posterior exercício do direito de reclamo administrativo ou judicial é algo lícito no sistema, sintomático do que é o instituto da decadência e da prescrição, mesmo quando o direito é assegurado em comando constitucional.

A Constituição assegura ao direito de manutenção das condições da proposta, delegando à lei a forma de seu exercício. Não fosse assim, inútil seria a expressão “nos termos da lei” seguida à expressão “mantidas as condições efetivas da proposta” contida no Art. 37, XXI, visto que os recursos de pontuação devem ser usados de forma judiciosa (Art. 11, I, e da LC 95/1998)²⁶, de modo que só se pode reputar que justamente foi o constituinte que autorizara o legislador a estabelecer marcos e condições. Se fosse para não criar limites, o constituinte não teria usado técnica de norma de eficácia contida ou limitada.

Por outro lado, não parece conflitar com o Art. 37, XXI da CF/88 o estabelecimento na lei de marcos temporais, sob pena de preclusão do direito. Não parece o referido dispositivo constitucional estabelecer um direito fundamental e irrenunciável ao reequilíbrio ou restringir que lei o faça, até mesmo porque o próprio comando constitucional informa que a lei é que deve estabelecer como se dá a forma de assegurar as condições da proposta. Daí ser lícito à lei estabelecer marcos temporais ou até mesmo condições para o exercício do direito à revisão contratual. Não fosse assim, seria inconstitucional também a previsão de que só cabe a revisão nas condições do Art. 124, d da Lei de Licitações.

Não há de se ignorar, ainda, que o processo de hermenêutica da norma, inclusive a constitucional, envolve a atuação do intérprete, texto e o contexto, ou seja, “a interpretação não ocorre em um vazio, fora do tempo e de um contexto social”, conforme Sérgio Alves Gomes (2010, p. 304). Por isso, não parece se sustentar uma interpretação restritiva no sentido de que o constituinte proibiu o estabelecimento de marcos temporais para o exercício do direito de revisão ou autorizou que somente a lei estabelecesse limites, notadamente porque é uma alteração contratual bilateral, que depende essencialmente da manifestação e prova da contratada e inclusive está sujeita ao auto regramento (matriz de riscos).

Digno de nota que a solução de permitir o reconhecimento da revisão após finda a relação contratual, desde que formulado o pedido durante a vigência, é solução que desobriga as administrações a realizarem prorrogações fictas de contratos apenas porque estão com pendência de pedidos de reequilíbrio.

relação contratual nos contratos administrativos implica em “posição privilegiada” da Administração. Portanto, conquanto seja um instituto bilateral, o direito é fundamental para os contratados (Niebuhr, 2022, p. 1114-1116).

²⁶ A esse respeito, é preciso ter em mente que a LC 95/1998 prevê que a redação normativa deve observar clareza, precisão e ordem lógica. Na obtenção de clareza deve ser utilizada a ordem direta e recursos de pontuação, tal como a vírgula, de forma judiciosa (afastando o caráter estilístico).

Resta enfrentar o debate sobre ser o Art. 131 a única hipótese de preclusão admitida em contratos públicos a partir da Lei de Licitações. Tal conclusão aparenta não ser a mais acertada, pois a preclusão, enquanto uma faceta da boa-fé objetiva, não pode ser exaustivamente definida em todas as suas implicações, as quais dependem das condutas concretas das partes. Portanto, não há que se falar de uma enumeração taxativa das hipóteses de perda do direito ao reequilíbrio por violação da boa-fé objetiva, dada a possibilidade de sua aplicação em situações variadas.

Parece que a intenção do dispositivo é mais estabelecer uma preclusão máxima por lei do que limitar outras condições contratuais ou interpretações do direito de solicitar o reequilíbrio econômico-financeiro.

Passa-se, então, a analisar, segundo o prisma da boa-fé, as mais comuns possibilidades de preclusão.

8. Preclusão das parcelas já medidas e faturadas

Outra questão que suscita considerável controvérsia²⁷ diz respeito à abrangência da revisão, ponderando se esta deve incidir sobre as parcelas já faturadas (retroativa) ou sobre as parcelas futuras (prospectiva).

Aqueles que defendem que a revisão deve incidir apenas sobre as parcelas subsequentes sustentam tal posição com base no argumento da preclusão lógica ou da violação ao comportamento contraditório. Uma vez que o contratado aceitou o pagamento de acordo com as premissas estabelecidas no orçamento do contrato original, qualquer requisição posterior de revisão das parcelas já medidas, faturadas e pagas violaria a boa-fé objetiva.

Outra forma de se observar o advento dessa preclusão é o dever de informação. O dever de informar está diretamente conectado ao dever de lealdade, que significa contribuir, positivamente, com o interesse alheio, e, diversas vezes, a forma de contribuir é informando corretamente e sendo proativo em alertar sobre riscos que porventura venham a surgir. O dever de agir segundo a boa-fé pressupõe que cada partícipe informe a outra parte sobre os dados que esta ignora e que, por não ter acesso a todas as minúcias do objeto do eventual negócio jurídico, não está em condições de conhecer por si só.

Como bem destaca Martins-Costa (2018, p. 584), o dever da informação é maior quando os deveres envolvidos transcendem a relação jurídica e ultrapassam

²⁷ Controvérsia essa que ficou bem delineada – mais especificamente a partir do minuto 4:40:00 - no Webinar da FGV, coordenado pelo Benjamin Zymler I Ministro do Tribunal de Contas da União e Professor da Fundação Getúlio Vargas Antonio Saldanha Palheiro I Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Coordenador Acadêmico da FGV Conhecimento. Transmitido ao vivo em 20 de maio de 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8_8dBxLaj5g&t=13481s. Acesso em: 10 jun. 2024.

questões meramente relacionadas à autonomia do ente interessado. Em outras palavras, frequentemente a Administração pode não perceber as variações nos insumos, e o contratado, diante dessa informação, deveria, no mínimo, comunicar à Administração sobre essa discrepância de preços, permitindo que ela adote as medidas que julgar pertinentes.

Nesses cenários, a Administração poderia revisar o projeto para mitigar o impacto do aumento de preços, ou até mesmo optar pela rescisão do contrato, caso avalie que o projeto se tornou inviável, remunerando o contratado pelo trabalho já executado.

Além disso, a Administração deve verificar a disponibilidade orçamentária para viabilizar os novos valores do projeto, sendo que a comunicação do contratado se torna imprescindível nesse contexto.²⁸

Em outras palavras, ocorre uma violação ao dever de lealdade e informação quando, ciente do aumento nos preços dos insumos, o contratado se abstém de notificar a Administração. Posteriormente, após a conclusão do contrato, busca a revisão de parcelas já faturadas de maneira indefinida, acumulando lapso temporal significativo de medições.

De acordo com esse entendimento, a revisão contratual corrigiria os preços do orçamento a serem impactados somente nas futuras medições.²⁹

²⁸ A assunção de obrigações por parte dos Entes Públicos, nos termos da Constituição Federal de 1988, depende de previsão orçamentária específica para a despesa a ser realizada. De acordo com o Texto Supremo, são vedados tanto “início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual”, (art. 167, I), quanto “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentária ou adicionais” (art. 167, II). Caso a obrigação ultrapasse o exercício financeiro, deve ainda instruir o feito, portanto, com “estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes” (art. 136, XIV) e “declaração do ordenador de que a despesa tem adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual e compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias” (art. 136, XV).

Destarte, a Lei nº 14.133/21 não contém disposições expressas e assertivas acerca da imperiosidade da previsão de recursos orçamentários como requisito para a realização de procedimentos licitatórios. A Lei 14.133/21 prevê que “nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa” (art. 150); e de que, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a Administração deverá comprovar a disponibilidade de créditos orçamentários (art. 105).

Porém, isso não implica um relaxamento das salvaguardas retromencionadas, isso porque a assunção de obrigações por parte dos Entes Públicos, nos termos da Constituição Federal de 1988, depende de previsão orçamentária específica para a despesa a ser realizada. De acordo com o Texto Supremo, são vedados tanto o “início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual” (art. 167, I), quanto “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentária ou adicionais” (art. 167, II).

²⁹ Esse parece ser o entendimento do especialista André Pachioni Baeta - Engenheiro e Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União - quando apresentou proposta de metodologia para reequilíbrio econômico no Webinar da FGV, coordenado pelo Benjamin Zymler I

O posicionamento encontra respaldo em julgados do TCU, do qual é exemplo:

Não parece se amoldar ao princípio da segurança jurídica a revisão de preços de serviços executados há mais de três anos sem nenhuma manifestação da empresa contratada que ofertou sua proposta no certame e depois realizou sua obrigação, recebendo sem nenhuma oposição o pagamento avençado. A apresentação desse tipo de pleito pelos contratados violaria os princípios da boa-fé objetiva e da proibição de comportamentos contraditórios, os quais devem nortear e orientar o comportamento das partes não apenas no âmbito das relações contratuais, mas, também, nos processos judiciais. (...)

Assim, em um juízo sumário da matéria, considero que o efeito financeiro do pleito de reequilíbrio possui efeito ex nunc do seu fato gerador, caso o pedido de reequilíbrio seja apresentado de forma contemporânea ao evento que impactou na equação econômico-financeira do ajuste. Caso contrário, a incidência do REF, caso sua concessão seja julgada procedente pela administração deve ocorrer somente após a apresentação do pedido pelo particular, incidindo somente sobre os serviços ainda não medidos e pagos. (...) (Acórdão 2135/2023 – Plenário - TCU)

Entretanto, parece razoável pleitear que o reequilíbrio deva incidir sobre serviços já executados. Isso ocorre porque ele representa uma constatação matemática da discrepância entre a realidade e o que foi contratado, o que só é possível após a medição adequada dessa realidade.

Dessa maneira, ajustar o orçamento apenas para faturas futuras não seria benéfico, uma vez que a própria causa do reequilíbrio pode agravar a situação, exigindo novas revisões, assim como o fim do fator de desequilíbrio pode resultar no pagamento de valores ao contratado acima do praticado no mercado.

Se a alternativa para o impasse for examinar o reequilíbrio a cada medição, essa abordagem se torna uma tarefa desafiadora, quase impossível, demandando um considerável esforço contábil tanto para o contratado quanto para a administração. Isso é agravado pelas considerações do item anterior sobre a importância de levar em conta o impacto contratual das variações nos itens.

É possível que o reequilíbrio englobe as parcelas já quantificadas, sem que ocorra preclusão devido à falta de atenção ao dever de informação das partes, desde que o comportamento esperado esteja claramente estabelecido de forma satisfatória no

Ministro do Tribunal de Contas da União e Professor da Fundação Getúlio Vargas Antonio Saldanha Palheiro I Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Coordenador Acadêmico da FGV Conhecimento. Transmitido ao vivo em 20 de maio 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8_8dBxLaj5g&t=13481s. Acesso em: 10 jun. 2024.

termo contratual, especialmente por meio do instituto da "matriz de riscos" – o qual será analisado mais detalhadamente em um próximo tópico.

Essa possibilidade foi mencionada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão retromencionado:

Explicando melhor o raciocínio externado, se após a ocorrência do fato gerador do desequilíbrio a empresa presta o serviço para o qual foi contratada, solicita a medição dos serviços e recebe o pagamento acordado sem nenhuma ressalva, há preclusão no direito de pleitear o desequilíbrio de parcela já executada e liquidada do contrato, a não ser que o próprio instrumento contratual ou normativo específico fixe um prazo para que a empresa exerça tal direito (Acórdão 2135/2023 do Plenário - TCU).

A regra parece ser que, na falta de qualquer acordo entre as partes, a medição, faturamento e recebimento sem objeções por parte do contratado podem ser interpretados como um consentimento aos preços originalmente estipulados. Essa interpretação se torna mais evidente quando o contratado recebe os valores inicialmente acordados e somente ao término do contrato busca o reequilíbrio, o que pode se estender por vários anos de pagamentos.

O resultado dessa interpretação faz com que a revisão do contrato não tenha efeito retroativo, sendo implementado a correção dos valores dos insumos a partir do momento em que a contratada solicita. No entanto, considerando a autonomia contratual, não há impedimento para que, por meio de uma matriz de riscos, seja estabelecido como a administração será informada sobre os preços defasados, podendo resultar em reequilíbrio por meio de indenização, parcelas já executadas, faturadas e até mesmo pagas.

9. Preclusão por advento da assinatura do contrato sem contestação dos preços defasados

Nesta etapa, é analisado se a omissão da contratada em informar sobre um desequilíbrio nos preços ocorrido após a elaboração do orçamento e antes da assinatura do contrato, resultaria na perda do direito de revisão devido a uma atitude contraditória

Ao assinar o contrato, a contratada está assinando também a ciência e concordância do valor a ser pago. Isso porque eventual defasagem de preços poderia ser oposta inclusive como legítima causa de não assinatura do contrato ou de condicionar a assinatura à revisão do preço antecipada, nada impedindo, neste caso, uma revisão prévia do contrato ou a escusa de assinatura (Niebuhr, 2022, p. 1153).

Se o particular levasse previamente à administração o conhecimento de evento extraordinário de comprovada repercussão no preço antes da assinatura do contrato e posterior à proposta vencedora, isto permitiria à Administração rescindir o procedimento ou até mesmo adequar o projeto. Ao revés: admitir que o pleito relativo a fato anterior à assinatura do contrato possa ser levado adiante até o dia anterior ao final da vigência seria tirar da administração a possibilidade de remediar situação que poderia ter solução distinta se lhe fosse levado ao tempo oportuno o seu conhecimento.

Ainda, como há ato expresso de concordância com o preço (o ato de assinatura formal do contrato), viola a boa-fé objetiva, por comportamento contraditório, a oposição de defasagem de preços em momento posterior à assinatura.

Entende-se, portanto, que ocorre a perda do direito ao reequilíbrio por violação boa-fé objetiva (ou preclusão lógica no jargão administrativo) por advento da assinatura do contrato sem contestação dos preços defasados

Nesse sentido, o Acórdão 4365/2014 – TCU – Primeira Câmara previu que o início da execução dos serviços sem condicionar à revisão dos preços implica em renúncia ao reequilíbrio.

10. Preclusão por aditivo que envolvam adequações de projetos e às variações quantitativas

Nas hipóteses de aditivos que ocorra acréscimos de serviços (Art. 124 c/c 131 da Lei de Licitações), o mesmo termo aditivo deve prever a remuneração. Ao atribuir a remuneração no termo aditivo, opera-se situação semelhante à da assinatura do contrato: a contratada manifesta a concordância com o valor proposto ao subscrever o termo aditivo.

Qualquer defasagem de preços em relação aos encargos que serão objeto de aditivo deve ser corrigida imediatamente para evitar discordâncias. Portanto, a revisão dos valores resultantes de um aditivo só pode abranger eventos ocorridos após a celebração do mesmo, sob o risco de perder o direito devido à violação da boa-fé objetiva.

Precisamente esta situação restou enfrentada no AResp 1.359.742 – PR, em voto monocrático da Ministra Assusete Magalhães, a qual fez consignar na decisão que “ao pactuar termo aditivo ao contrato administrativo já com a aumento do valor total da obra, acabou por ratificar quaisquer outras cláusulas e ajustes devidos no contrato principal, perdendo, automaticamente, a sua faculdade de exercer o seu direito material por preclusão lógica do direito”.

Em tal caso, discutia-se o reajuste do contrato e não a revisão; no entanto, não se vislumbra motivo para não aplicar esse entendimento à revisão. Pelo contrário, o reajuste, por ser ajustado com índices definidos em contrato, torna mais difícil

reputar o comportamento contraditório por parte do contratado. Na revisão, por outro lado, as variações de preços já conhecidos pelo contratado e fornecedor podem surpreender a administração com pedidos de recomposição de preços defasados, sem que tenham cumprido seu dever de informar o fato ao assinar o termo aditivo.

11. Não preclusão por simples prorrogação de prazo

Quanto à possibilidade de preclusão em caso de prorrogação do prazo de vigência do contrato sem oposição de defasagem de preços, é necessário estabelecer uma distinção entre serviços contínuos e por escopo.

Nos contratos de serviços contínuos relacionados à mão de obra exclusiva, a prorrogação do prazo é equiparada a um novo contrato. A extensão do período de execução inevitavelmente resulta em uma demanda adicional de tempo da mão de obra, o que, por sua vez, afeta o preço final do contrato. Por essa razão, a jurisprudência consolidada sobre a preclusão decorrente da prorrogação está quase sempre direcionada aos contratos de serviços contínuos (Acórdão 1828/2008 – TCU – Plenário, Acórdão 477/2010 – TCU – Plenário, entre outros).

Por outro lado, nos contratos de escopo, como é frequentemente o caso dos contratos de obra e serviço de engenharia, não se aplica a preclusão ao direito de revisão contratual, uma vez que o preço discutido não está em questão nestes aditivos. Nestes casos, a obra foi contratada por um valor e prazo específicos e a mera extensão do prazo não implica em um novo pacto sobre os serviços e preços.

Nesse contexto, é essencial preservar a boa-fé objetiva, considerando apenas o que está em debate: o prazo. Como observa Niebuhr (2002, p. 1159): "Quem concorda em estender o prazo do contrato não está realizando um comportamento logicamente incompatível com a repactuação ou revisão. Um diz respeito ao prazo e o outro ao valor do contrato." Justen Filho (2021, p. 1435) também compartilha dessa visão: "Não há contradição lógica, pois a formalização do contrato não é incompatível com a pretensão de recompor a equação."

Assim, apenas assinar uma extensão de prazo não implica na renúncia ao direito de revisão em contratos de escopo. No entanto, isso não elimina a obrigação de informar à Administração o mais cedo possível sobre a defasagem dos preços, conforme estipulado no item 8 deste estudo.

Contudo, é importante estar atento às situações em que o atraso na obra, imputado à contratada, tenha dado causa ao desequilíbrio. Por exemplo, se a obra deveria ter sido entregue em fevereiro e o prazo foi estendido por mais 6 meses por culpa da contratada, e o fator de desequilíbrio ocorreu nesse meio tempo, é razoável que a contratada absorva essa variação de preços.

12. Contratualização do regime de preclusão por meio de cláusula de Matriz de Riscos

O princípio da autonomia da vontade se relaciona no direito contratual privado à liberdade de ajustar. É compreendido como a aptidão das pessoas (físicas ou fictícias), mediante sua declaração de vontade, de ter reconhecidos, pelo ordenamento jurídico, efeitos jurídicos do que foi acordado entre elas (Gomes, 2009, p. 25-26).

A autonomia da vontade diz respeito à liberdade de ajustar e reflete o poder atribuído aos indivíduos de autogerir seus interesses. Envolve a capacidade de estipulação das condições negociais, dentro dos limites do ordenamento. Manifesta-se, por conseguinte, sob os aspectos da liberdade de convencionar propriamente dita e da liberdade de determinar o conteúdo da avença, ou seja, o poder conferido às partes signatárias de suscitar os efeitos que pretendem.

Sobre a possibilidade de livre disposição das regras, no campo do direito civil, muito se escreveu sobre a paulatina publicização do direito privado, observada sobretudo no âmbito do Código Civil de 2002 com o princípio da socialidade, justificando o intervencionismo contratual. Corolário disso é o que já escreveu o jurista italiano Giorgianni (2010, p. 295): “Esta ‘socialização’ já impregnou intimamente todos os institutos do Direito Privado, e não somente a propriedade, que mais frequentemente chamou a atenção da doutrina.”

O maior dirigismo contratual ampliou as bases de revisões contratuais, a ponto de nas últimas décadas ter a doutrina civilista se voltado a uma nova reprivatização do direito privado, pautada na autonomia da vontade limitada pela boa-fé objetiva e os deveres de conduta. No âmbito brasileiro, sintomático de tal tendência foi a reforma legislativa de 2019, que positivou no Código Civil o princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual (Art. 421, parágrafo único), estabelecendo os limites na função social do contrato (Art. 421 *caput*). Ainda, o criado Art. 421-A estabeleceu uma presunção de simetria nos contratos civis, a qual somente é rompida de forma excepcional e limitada.

A seu turno, a teoria geral dos contratos civis se aplica aos contratos públicos de forma supletiva, conforme previsto no Art. 89 da Lei de Licitações (reverberando disposição semelhante da antiga ordem legal – art. 54 da Lei 8.666/93). Isso tudo propicia duas linhas de debate: a primeira, se é intenção do legislador estabelecer uma clara distinção entre o contrato público e privado, de modo que ante a menor liberdade contratual do particular no contrato público, justificaria um maior dirigismo para proteção do particular; ou uma segunda, se há no âmbito do direito administrativo um movimento de maior relativização do regime jurídico administrativo.

A Lei de Licitações de 2021 parece apontar para um modelo contratual mais cambiável (flexível e adaptável), ao introduzir ferramentas que fortalecem uma atuação mais dialógica por parte da Administração³⁰, o que se mostra de acordo com certa tendência de adoção de modelos mais flexíveis para a alocação de riscos entre os contratados (Gasiola, 2017, p. 61).

Nesse contexto, a possibilidade de disposição das formas como será implementado o reequilíbrio fica mais nítida ao se analisar o instituto da matriz de risco, que toma destaque com a nova legislação.

No contexto da Lei nº 8.666/1993, era possível inferir que a administração pública deveria suportar, na maioria das vezes, os encargos sobrevivendo diante da ocorrência das causas legais que ensejavam a revisão contratual. No entanto, a inclusão da matriz de riscos na Lei nº 14.133/2021³¹, abriu novos contornos, tendo em vista a possibilidade de divisão de responsabilidade acerca dos eventos que podem vir a impactar o equilíbrio contratual, levando em conta das particularidades das obrigações assumidas pelos contratantes em cada caso.

Caso adotada a matriz de alocação de riscos e caso determinado risco tenha sido atribuído ao contratado, este não poderá solicitar termo aditivo visando ao reequilíbrio com fundamento neste fato. Por outro lado, se o risco de um eventual fato que foi atribuído ao poder público ocorresse, o contratado teria direito a alteração contratual visando ao reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro e o encargo pecuniário seria incumbido à administração pública.

Na falta de um acordo entre as partes, a execução, faturamento e recebimento sem contestações por parte do contratado podem ser interpretados como aceitação dos preços inicialmente definidos. Essa interpretação, com já visto, conduz a uma revisão contratual sem retroatividade, implementando a correção dos valores dos insumos a partir do momento em que a contratada faz a solicitação.

No entanto, considerando a autonomia contratual, não há restrição para que, por meio de uma matriz de riscos, seja estabelecido como a administração será informada sobre os preços defasados, podendo resultar em reequilíbrio por meio de indenização, de parcelas já executadas, faturadas e até mesmo pagas.

A adoção de um procedimento para o reequilíbrio econômico-financeiro não apenas viabiliza o pagamento de parcelas já faturadas, como também facilita a

³⁰ Isso inclui a consolidação dos regimes de empreitadas da contratação integrada e semi-integrada, o procedimento de manifestação de interesse, a modalidade de licitação do diálogo competitivo, o contrato de eficiência (critério de julgamento por maior retorno econômico), o *Step In Right* (cláusula de retomada pela seguradora no seguro-garantia) e os modos não judiciais de solução de controvérsias.

³¹ A matriz de riscos era prevista no art. 9º, §5º da Lei nº 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações) e no art. 42, inciso X da Lei nº 13.303/16, Lei das Estatais, mas não tinha previsão de aplicação na principal Lei de Licitações a Lei 8.666/93.

correção matemática na implementação da revisão contratual e proporciona uma maior prevenção contra o desajuste de preços (tanto em prejuízo do contratado quanto da administração) nas parcelas subsequentes. Além disso, assegura a concretização do princípio da segurança jurídica, que deve zelar para que a administração não surpreenda o contratado com preclusões ou cálculos de eventos extraordinários dos quais ele não tinha ciência no momento da assinatura do contrato.

Aplicada a segurança jurídica³² ao direito público, é possível concluir que a Administração Pública deve agir de forma séria, leal e justificada, bem como deve respeitar os direitos fundamentais.

Todo esse processo visa a estabelecer um padrão de conduta. Na ausência de cláusula contratual que especifique se é permitido esperar até o término do contrato ou determine outro momento para comunicar à administração sobre a variação dos preços contratados, presume-se que seja responsabilidade da contratada manifestar seu interesse na revisão contratual assim que tomar conhecimento, sob o risco de o decorrer do tempo sugerir concordância com os preços estabelecidos, especialmente ao enviar faturas sem objeções. Portanto, uma solicitação de pagamento sem contestação sobre a defasagem de preços sugere a aceitação da equação econômico-financeira estabelecida.

Por outro lado, se a cláusula contratual explicitamente determina em que momento serão aceitos os pedidos de revisão (desde que dentro do prazo de vigência do contrato), independentemente do número de parcelas envolvidas nas condições predefinidas contratualmente, é a própria administração que cria a expectativa legítima de que se pode aguardar, de boa-fé, até o final da vigência. Essa é exatamente a disposição do Acórdão TCU 2135/2023 - Plenário, mencionado anteriormente.

13. Conclusão

O estudo em questão procurou demonstrar em que medida a boa-fé objetiva atua nos contratos públicos para analisar as consequências dos padrões comportamentais das empresas contratadas em contratos de obra e serviços de

³² O princípio da segurança jurídica indica, para Humberto Ávila, inspirado nas ideias de Max Rumelin, um estado de cognoscibilidade, confiabilidade e de calculabilidade. A concepção de cognoscibilidade deve ser adotada como aptidão, material e intelectual, de percepção das possibilidades interpretativas e dos parâmetros necessários para a sua materialização, em vez da concepção de determinação, como o conhecimento de um único sentido normativo anterior. Ainda, a confiabilidade deve ser aplicada, havendo a possibilidade de alteração das normas, que ao procedê-las seja para garantir a estabilidade e continuidade das situações reguladas, uma vez que para as decisões dos indivíduos sobre suas vidas é necessário que os direitos de liberdade e propriedade sejam assegurados. A visão de calculabilidade, em substituição à absoluta previsibilidade vez que o ordenamento jurídico vertido em linguagem largamente indeterminada e dependente de interpretação argumentativa para a concreção de sentidos, impede a existência de univocidade dos seus enunciados (Ávila, 2014, p. 265).

engenharia. Nesse sentido, buscou-se investigar em que hipóteses poderiam haver perdas do direito à revisão contratual (reequilíbrio econômico-financeiro em sentido estrito), tendo em vista o princípio da boa-fé.

Constatou-se a viabilidade em relacionar o instituto da preclusão com os componentes específicos da boa-fé objetiva. A preclusão, em sua maioria, surge de uma conduta contraditória por parte do requerente da revisão. Ao analisar tais preclusões à luz da boa-fé objetiva, não apenas se torna mais consistente, mas também facilita a compreensão racional da perda do direito ao reequilíbrio devido à violação desse princípio.

Destaca-se, nesse sentido, que a falta de notificação por parte do contratado sobre os aumentos nos preços dos insumos viola os deveres de conduta de lealdade e informação, o que pode resultar na perda do direito à revisão. Sem a comunicação entre as partes, a revisão contratual só terá efeito nas faturas emitidas após a notificação do contratado.

Contudo, a revisão, ao corrigir os preços do orçamento apenas para futuras medições, pode ser insuficiente, uma vez que a discrepância entre a realidade e o contrato firmado só é plenamente compreendida após uma medição adequada. Portanto, é razoável sustentar que o reequilíbrio também incidisse sobre serviços já executados.

A seu turno, em caso de falta de normativos específicos que estipulem prazos para a revisão contratual e possibilitem revisões retroativas (incidindo sobre parcelas já executadas), cabe à contratada manifestar seu interesse tão logo tenha conhecimento da necessidade de reequilíbrio, sob pena de ser interpretada a concordância com os preços estabelecidos. De igual modo, se existente cláusula contratual expressa quanto ao momento serão aceitos os pedidos de revisão (desde que dentro do prazo de vigência do contrato), a administração legítima a expectativa de que o contratado possa aguardar até esse momento clausulado, em conformidade com os princípios da boa-fé contratual.

Nesse sentido, verifica-se ser possível estabelecer a possibilidade de revisões retroativas em caso de previsão em matriz de riscos, normativos do órgão demandante e cláusula contratual. Na omissão, deve prevalecer, à luz da boa-fé objetiva, o entendimento de que o pleito de revisão deve ser prospectivo, contemporâneo à ocorrência.

A utilização da matriz de riscos, quando explicitada de forma satisfatória no termo contratual, emerge como uma ferramenta eficaz para prevenir preclusões e facilitar o reequilíbrio econômico-financeiro, permitindo a correção de valores não apenas para parcelas futuras, mas também para aquelas já mensuradas, faturadas e pagas. Esse instituto não só assegura o cumprimento da equação econômico-financeira do contrato, mas também fortalece a segurança jurídica ao evitar

surpresas e cálculos de eventos extraordinários para os quais o contratado não estava preparado no momento da contratação.

Em suma, a clarificação dos procedimentos para o reequilíbrio econômico-financeiro não apenas favorece a correção de valores, mas também promove a prevenção de desajustes de preços e reforça a segurança jurídica nas relações contratuais entre a administração pública e os contratados de obras públicas.

14. Referências

- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e a realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BONATTO, Hamilton. *Governança e gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, v. 12. p. 169-225, out./dez. 2002, DRT/2002/459.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.
- CORDEIRO, Menezes; ROCHA, António Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2001.
- COSTA, Rafael. *Convênios administrativos: a boa-fé entre entes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do Direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DO COUTO SILVA, Clóvis Veríssimo. *Obrigação como processo*. São Paulo: FGV Editora, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. Salvador: Juspodivm, 2017.

- FURTADO, Lucas Rocha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GASIOLA, Gustavo Gil. Fato da Administração: uma revisão bibliográfica. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 4 n. 2, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/131769>. Acesso em: 10 jun. 2024.
- GIORGIANNI, Michele. O Direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan. 1998. Republicado na coleção Doutrinas Essenciais- Obrigações e Contratos. São Paulo: RT, 2010, p. 275-303. v. 1.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2010.
- GONZÁLEZ, Jesús Pérez. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Monografías de Civitas. Madrid: Editorial Civitas SA, 1983.
- GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 1. Parte general. 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.
- GUIDI, José Eduardo. *Engenharia legal aplicada ao labirinto das obras públicas: soluções aos aspectos subjetivos da legislação*. São Paulo: Leud, 2022. v. 01.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. Malheiros: São Paulo, 2009.
- MORENO, Fernando Sainz. La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados. *Revista de Administración Pública*, n. 89, 1979.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabis, 2002.
- PIRES, Cecílio; PARZIALE, Aniello. Contornos da "preclusão lógica" do pedido de revisão no âmbito da NLLC. *Conjur*, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-10/pires-parziale-preclusao-logica-pedido-revisao-nllc/>. Acesso em: 10 jan. 2024.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 3. 26. ed. Atualizado por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*, v. 65, 1993.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.