



2º Seminário Nacional de
TERCEIRIZAÇÃO
de **BENS E SERVIÇOS**

ONLINE 100% AO VIVO!

**NOVOS PRAZOS DE CONTRATO, CRITÉRIOS
PARA REEQUILÍBRIO, MEDIÇÃO E PAGAMENTO,
FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE
TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO**

Palestrante:

LINDINEIDE CARDOSO

AT HOME
AT COMPANY



NEGÓCIOS
PÚBLICOS

NOVOS PRAZOS DE CONTRATO, CRITÉRIOS PARA REEQUILÍBRIO, MEDIÇÃO E PAGAMENTO, FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO

Lindineide Cardoso^[1]

1. NOVOS PRAZOS DOS CONTRATOS

A Lei 14.133/2021 prescreve que a duração dos contratos por ela regidos será a prevista em edital, observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro. Estabelece também que os prazos contratuais nela previstos não excluem nem revogam os prazos previstos em lei especial.

1.1 Contratos com duração de até 5 anos

Notória evolução diz respeito à **possibilidade de a Administração celebrar contratos** de fornecimentos contínuos de bens, aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática^[2], **com prazo de até 5 (cinco) anos**, desde que observadas as seguintes diretrizes:

- » a autoridade competente do órgão ou entidade **atesta** a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;

[1] Advogada, professora e instrutora em licitações e contratos. Especialista em Direito Processual Civil, com habilitação para o Magistério Superior na área do Direito pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (2011). Pós-graduanda em Licitações e Contratos pelo Centro de Estudos Renato Saraiva. Aluna das Primeira e Segunda Turma do Curso Premium, do professor Ronny Charles. Servidora pública de carreira da Justiça Eleitoral. Larga experiência em Direito Eleitoral e Administrativo, com ênfase em Gestão e Fiscalização de Contratos. Palestrante, treinadora de mesários, membros de Juntas Eleitorais, gestores e fiscais de contratos públicos. Servidora pública desde 2000. Atua com Gestão e Fiscalização de Contratos desde 2011. Participou de várias capacitações com ênfase em Licitações, Contratos, Gestão e Fiscalização de Contratos Públicos. Atuou como Coordenadora de Equipes de Planejamento de Contratações. Atualmente é Chefe da Seção de Gestão de Contratos - SEGEC, do Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. Ministrou cursos para servidores de Institutos Federais de Educação, Universidades Estaduais e Federais, Prefeituras Municipais, Conselhos Federais, TRF, TRT, autarquias e empresas públicas. Criadora do perfil no Instagram @o_xdagestao onde compartilha, com humor e muito amor, conhecimento sobre Gestão e Fiscalização de Contratos.

[2] Serviços de natureza contínua são serviços auxiliares e necessários à Administração no desempenho das respectivas atribuições. São aqueles que, se interrompidos, podem comprometer a continuidade de atividades essenciais e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro. (TCU. Licitações e Contratos, p. 722)

- » a Administração **ateste**, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;
- » a Administração poderá extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.

FIQUE ATENTO!

A extinção acima mencionada ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, **contado da referida data**.

Explico:

NÃO PODERÁ OCORRER EM PRAZO INFERIOR A 2(DOIS) MESES, CONTADO DA REFERIDA DATA – **QUAL DATA?**

A data da decisão que identifique a ausência de vantajosidade na manutenção do contrato

O QUE SE PRETENDE?

- » evitar efeito surpresa;
- » oportunizar tempo para desmobilização/preparo do contratado para descontinuidade dos serviços
- » dever de planejamento da administração pública

EXEMPLO:

CONTRATO VIGENTE ATÉ 1º DE AGOSTO DE 2022

QUANDO DEFINO SOBRE CRÉDITO ORÇAMENTÁRIO?

- » NO INÍCIO DO EXERCÍCIO - 2022

QUANDO DEFINO SOBRE A VANTAJOSIDADE?

- » NO INÍCIO DE CADA EXERCÍCIO FINANCEIRO OU NO MOMENTO DE INSTRUIR SOBRE A PRORROGAÇÃO (4, 5, 6 MESES ANTES DE FINALIZAR O CONTRATO).

1.2 Prorrogações sucessivas e prazo decenal para contratos de serviços e fornecimentos contínuos

Para os contratos de serviços e fornecimentos contínuos a nova Lei admite a possibilidade de prorrogações sucessivas, respeitada a vigência máxima decenal, atendidos os seguintes requisitos:

- » haja previsão em edital;
- » que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração;
- » permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

1.3 Contratos celebrados com duração de até 10 (dez) anos

A recente Lei de Licitações e Contratos faculta à Administração celebrar contratos com prazo de até 10 (dez) anos nas situações previstas nas alíneas “f” e “g” do inciso IV e nos incisos V, VI, XII e XVI do caput do art. 75, hipóteses de dispensa de licitação que se referem, resumidamente, a:

- » alta complexidade tecnológica e defesa nacional;
- » materiais de uso das Forças Armadas, para fins de padronização (com exceções);
- » inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo;
- » comprometimento da segurança nacional;
- » transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS);
- » insumos estratégicos para a saúde.

FIQUE ATENTO!

A Administração poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação – art. 109.

Tal disposição não é uma novidade, uma vez que a Orientação Normativa da AGU, nº 36, de 13 de dezembro de 2011, já admitia essa possibilidade.

“A ADMINISTRAÇÃO PODE ESTABELECEER A VIGÊNCIA POR PRAZO INDETERMINADO NOS CONTRATOS EM QUE SEJA USUÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS DE ENERGIA ELÉTRICA, ÁGUA E ESGOTO, SERVIÇOS POSTAIS MONOPOLIZADOS PELA ECT (EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS) E AJUSTES FIRMADOS COM A IMPRENSA NACIONAL, DESDE QUE NO PROCESSO DA CONTRATAÇÃO ESTEJAM EXPLICITADOS OS MOTIVOS QUE JUSTIFICAM A ADOÇÃO DO PRAZO INDETERMINADO E COMPROVADAS, A CADA EXERCÍCIO FINANCEIRO, A ESTIMATIVA DE CONSUMO E A EXISTÊNCIA DE PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS.”

1.4 Contratos celebrados com duração de até 35 (trinta e cinco) anos

O contrato de eficiência é aquele cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

A Lei estabelece que na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de:

- » até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento (DO CONTRATADO);

- » até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas **do contratado**, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.

FIQUE ATENTO!

NOS CONTRATOS DE EFICIÊNCIA, O QUE OCORRE SE A ECONOMIA NÃO FOR ALCANÇADA?

Nos termos do art. 39 da Lei 14.133/2021, caso a economia não seja alcançada:

- » a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;
- » a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.

1.5 Contratos por escopo

Considera-se serviços não contínuos ou contratados por escopo aqueles que impõem ao contratado o dever de realizar a prestação de um serviço específico em período predeterminado, podendo ser prorrogado, desde que justificadamente, pelo prazo necessário à conclusão do objeto.

A Lei 14.133/2021 previu para esse tipo de ajuste que o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato, **entretanto se a não conclusão decorrer de culpa do contratado:**

- » o contratado será constituído em mora, aplicáveis a ele as respectivas sanções administrativas;
- » a Administração poderá optar pela extinção do contrato e, nesse caso, adotará as medidas admitidas em lei para a continuidade da execução contratual.

1.6 Contratos firmados sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado

O contrato firmado sob o regime de fornecimento e prestação de serviços associado é aquele em que, **além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou por ambas, por tempo determinado.**

Esse regime de contratação terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação decenal, prevista no art. 107 da nova Lei.

FIQUE ATENTO!

O contrato que prever a operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação poderá ter vigência máxima de 15 (quinze) anos.

Atenção:

- » Programa de informática - até 5 anos (art. 106)
- » Sistemas estruturantes - até 15 anos (art. 114)

2. CRITÉRIOS PARA REEQUILÍBRIO, MEDIÇÃO E PAGAMENTO

2.1 Critérios para reequilíbrio

O reequilíbrio econômico-financeiro equivale à manutenção da equação financeira do contrato, prejudicada pela incidência de fatores imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis (álea extraordinária)^[3]

2.1.1 Fundamento - inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, quando alude “**mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei**”, trata-se de verdadeira proteção à equação econômico-financeira do contrato, direito que assiste tanto ao contratado como à Administração contratante.

2.1.2 Regra geral - todo fato que cause um desequilíbrio ao contrato, impondo um peso desigual **a uma das partes**, impedindo-a de cumprir o contrato, **respeitada a repartição objetiva de risco (alocação de riscos, se houver)**, caracterizando-se como álea extraordinária, justifica o reequilíbrio contratual. Decorre do princípio da segurança jurídica (STF. RE 571.969/DF, Rel^a. Min. Carmen Lúcia)

2.1.3 Objetivos - garantir a estabilidade jurídica da relação contratual; servir de atrativo ao mercado fornecedor; gerar aumento da competitividade (maior interesse na competição).

2.1.4 Objeto do reequilíbrio - o restabelecimento/manutenção da equação econômico-financeira do contrato, quando abalada por:

- a)** fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado;
- b)** caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe.

2.1.5 Critérios para o reequilíbrio:

- i)** identificação de um fator extraordinário causador do desequilíbrio do contrato, que torne a revisão necessária - lembre-se: não é qualquer desequilíbrio, mas sim aquele que apto a representar um peso substancial para uma das partes;
- ii)** que o desequilíbrio enseje, obrigatoriamente, **revisão**, para que se recomponha o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato (reequilíbrio);

[3] Ronny Charles Lopes Torres. Leis de Licitações Públicas Comentadas. São Paulo Juspodivm. 221. p. 658.

- iii) não precisa haver estipulação contratual, pois decorre de mandamento constitucional, que tem por objetivo resguardar o interesse público
- iv) que o pedido seja formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação (art. 131);
- v) que o pedido de reequilíbrio comprove, além das situações previstas na legislação, a efetiva perda ou quebra da equação financeira, apontado, de forma precisa os itens afetados, através de planilha de custos.

2.1.6 Da matriz de alocação de riscos

O conceito de risco é encontrado no art. 2º, inciso XIII, da Instrução Normativa Conjunta CGU/MP nº 01 de 2016 como a “possibilidade de ocorrência de um evento que venha a ter impacto no cumprimento dos objetivos”. Já o gerenciamento de riscos é definido na IN 05/2017 como “processo para identificar, avaliar, tratar, administrar e controlar potenciais eventos ou situações, para fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização”. Quando a ocorrência do risco produz um efeito positivo, estamos diante de uma oportunidade, se negativo, somos afrontados por uma ameaça.

A matriz de riscos, **quando for o caso**, será cláusula essencial aos contratos administrativos. O artigo 6º, inciso XXVII, da nova Lei conceitua a matriz de riscos como cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, que deve conter, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
- b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
- c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

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

Assim, e não por acaso, a nova Lei de Licitações e Contratos cuidou de maximizar a eficiência econômica do contrato ao determinar que sejam obrigatoriamente definidos os riscos a serem suportados por cada contratante, através de ações que possibilitem sua correta mensuração e transferência, em contratações de alta materialidade.

Por meio de matriz de riscos, específica para determinada contratação, a Administração, valendo-se de estudos próprios e aprofundados, promove a alocação eficiente dos riscos, estabelecendo a responsabilidade cabível a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem ou mitiguem a ocorrência do sinistro ou seus efeitos - §1º do art. 22.

A alocação dos riscos do contrato, nos termos da Lei 14.133/2021, deve ocorrer especialmente quanto:

- I. às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento;
- II. à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;
- III. à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.

FIQUE ATENTO!

Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, **o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.**

Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

Em termos pragmáticos, a alocação dos riscos deve ocorrer previamente, **por meio de cláusulas contratuais que permitam a clara delimitação e compartilhamento de responsabilidades**, de forma a possibilitar que o seu proprietário (**o dono do risco**) adote medidas tendentes a evitar ou mitigar os efeitos do evento. Exatamente por isso, a NLLC ao adotar capítulo específico nominado “Da Alocação de Riscos” determina que sejam considerados:

- » os encargos atribuídos às partes no contrato;
- » a natureza do risco;
- » o beneficiário das prestações a que se vincula, e
- » a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

Além disso, estabelece que os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradora serão preferencialmente transferidos ao contratado e que **na solução de eventuais pleitos das partes, relativamente a eventos supervenientes, a matriz de alocação dos riscos deve sempre ser observada.**

É essencial considerar que sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

- I. às alterações unilaterais determinadas pela Administração;
- II. ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, da carga tributária que tenha correlação direta com os preços pactuados^[4].

Finalmente, explica-nos Matheus Carvalho, João Paulo Oliveira e Paulo Germano Rocha^[5] que o despreparo do corpo técnico poderá comprometer os benefícios da matriz de alocação de riscos, isso porque, embora a Lei estabeleça a **possibilidade de adoção de métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas**, para os autores:

“(…) não se trata de atividade singela, a ponto de, simplesmente, ser replicada. **Identificação, alocação e quantificação dos riscos não se faz por mero uso de fórmulas e modelos pré-formatados. Faz-se necessária a realização de estudos específicos e aprofundados acerca do objeto da contratação, bem como da frequência e severidade dos riscos envolvidos**”. (Grifei)

Atenção: Não confundir o reequilíbrio econômico financeiro dos contratos com as formas ordinárias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que se prestam ao realinhamento do valor contratual verificado em razão da elevação do custo de produção no curso normal da economia, tendo por base índices ou critérios previamente fixados em edital, a saber:

- a) **Reajustamento em sentido estrito:** forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais;
- b) **Repactuação:** forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.

2.2 Critérios de medição e pagamento

Os critérios de medição e pagamento estão presentes desde a fase do planejamento, quando da elaboração do Termo de Referência (alínea “g”, inciso XXIII, do art. 6º), sendo essenciais para viabilizar a efetividade da fiscalização.

[4] Neste sentido, vide ACÓRDÃO TCU 1742/2003 - PLENÁRIO.

[5] Carvalho, Matheus. Nova Lei de Licitações Comentada. Matheus Carvalho, João Paulo Oliveira e Paulo Germano Rocha - Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p 389.

Trata-se, ainda de cláusula essencial, presente no inciso VI, do art. 92, que estabelece: são necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam “os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento”.

No instrumento de contrato deve constar, expressamente, a fixação de prazos para execução de etapas, de forma que se assegure efetivo acompanhamento pela fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais relativas à:

- » medição, que nos contratos de obras e serviços de engenharia, sempre que compatível como regime de execução, será mensal (§5º do art. 94);
- » entrega;
- » observação;
- » recebimento definitivo;
- » fiscalização;
- » correção.

Necessário ainda o estabelecimento de indicadores e metas, objetivamente mensuráveis e que balizem a fiscalização e o pagamento dos valores pela Administração (ANS, IMR).

PRAZO DE EXECUÇÃO ≠ PRAZO DE VIGÊNCIA

- » Estes dois prazos devem estar bem estabelecidos no instrumento contratual de modo que todas as ações acima estejam dentro do prazo de vigência contratual.

PRAZO DE EXECUÇÃO ≠ PRAZO DE VIGÊNCIA

3. FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO

Executar o contrato é cumpri-lo no seu objeto, nos seus prazos e nas suas condições, sem mais nem menos. A Lei 14.133/2021 determina que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos em seu art. 7º, ou pelos respectivos substitutos, **permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.**

A nova Lei apresenta expressa proibição de que a Administração dê causa a atrasos injustificados na execução de obra ou serviço, **mesmo na hipótese de posse do chefe do Poder Executivo ou de mudança de titular no órgão ou entidade** (§1º do art. 115).

Consolida ainda entendimento de que em caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, **anotadas tais circunstâncias mediante simples apostila.**

A Instrução Normativa/MPOG nº 05/2017 estabelece que o setor requisitante, **no início do processo de contratação**, poderá indicar o agente que atuará como fiscal do contrato, o qual poderá participar de todas as etapas do planejamento da contratação^[6].

Por outro lado, o TCU há muito aponta que o fiscal do contrato deve ser designado antes do início da execução contratual, como condição para a plena execução de suas atribuições^[7].

Jamil Manasfi e Lindineide Cardoso^[8] explicam que, **quando o assunto é gestão e fiscalização de contratos não existe um modelo rígido a ser seguido, cumprindo a cada órgão ou entidade regulamentar, de acordo com sua estrutura e funcionalidade, o poder-dever de acompanhar e fiscalizar continuamente a execução de seus contratos.**

As atividades de acompanhar (fiscalizar) a execução do contrato visam assegurar o cumprimento das cláusulas pactuadas e a solução de problemas relativos ao objeto, representadas por um conjunto de ações que tem por objetivos:

- » aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados;
- » verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas;
- » prestar apoio à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente ao gestor contratual ou ao setor de contratos (se houver) para a formalização dos procedimentos relativos à repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outras, com vista a assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto.

A Instrução Normativa nº 05/2017 optou por decompor essas atividades em 5 (cinco) papéis diferentes em razão das distintas atribuições: **a gestão propriamente dita e as fiscalizações técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário**, visando garantir que o processo de execução contratual seja realizado de ponta a ponta, de forma preventiva, rotineira e sistemática. Mencionado acompanhamento implica na atuação, sempre que possível, dos seguintes agentes^[9]:

- » **Gestor ou unidade gestora da execução do contrato:** responsável pela coordenação das atividades relacionadas à fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, bem como dos atos preparatórios à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para formalização dos procedimentos quanto aos aspectos que envolvam a prorrogação, alteração, reequilíbrio, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outros.
- » **Fiscal técnico:** é o responsável por acompanhar e avaliar a execução do objeto nos moldes contratados e, se for o caso, aferir se a quantidade, qualidade, tempo e modo da prestação dos

[6] Art. 21, I, “d”, da IN nº 05/2017

[7] Acórdão 380/2011 - TCU Plenário

[8] Artigo “Quando a timidez cede lugar à expressão”. Disponível em: <https://inovcapacitacao.com.br/quando-a-timidez-cede-lugar-a-expressao-uma-analise-sobre-o-papel-da-gestao-e-fiscalizacao-de-contratos-a-luz-do-pl-4-253-2020/>

[9] Instrução Normativa de Serviços - IN nº 5, de 2017 — Português (Brasil)

serviços estão compatíveis com os indicadores de níveis mínimos de desempenho estipulados no ato convocatório, para efeito de pagamento conforme o resultado, podendo ser auxiliado pela fiscalização do Público Usuário.

- » **Fiscal administrativo:** responsável pelo acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento.
- » **Fiscal setorial:** será designado quando a prestação dos serviços ocorrer concomitantemente em setores distintos ou em unidades desconcentradas de um mesmo órgão ou entidade, o fiscal setorial representa um braço do órgão em todas as suas unidades, sendo o responsável por acompanhar a execução do contrato nos aspectos técnicos ou administrativos.
- » **Fiscalização pelo público usuário:** a fiscalização pelo público usuário já fazia parte da IN nº 2, de 2008, porém, foi reposicionada tendo em vista a sua importância. Referida fiscalização tende a ser extremamente eficiente, pois é realizada por quem de fato faz uso ou é beneficiário dos serviços, a exemplo dos servidores, de modo que é recomendável que a sua efetivação ocorra por intermédio de avaliações qualitativas relativas aos serviços e materiais disponibilizados pela contratada, bem como pela manutenção de canais de comunicação para recebimento de reclamações e sugestões.

FIQUE ATENTO!

A Fiscalização pelo público usuário ocorrerá mediante pesquisa de satisfação junto ao usuário, com o objetivo de aferir os resultados da prestação dos serviços, os recursos materiais e os procedimentos utilizados pela contratada, quando for o caso, ou outro fator determinante para a avaliação dos aspectos qualitativos do objeto.

3.1 Mas, afinal o que vamos fiscalizar?

O artigo 2º da Lei 14.133/2021 estabelece, de forma clara e muito objetiva, sua aplicabilidade às seguintes contratações:

- I.** alienação e concessão de direito real de uso de bens;
- II.** compra, inclusive por encomenda;
- III.** locação;
- IV.** concessão e permissão de uso de bens públicos;
- V.** prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados;
- VI.** obras e serviços de arquitetura e engenharia;
- VII.** contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

Assim, em razão da amplitude de objetos que devem ter sua execução rigorosamente acompanhada, a nova Lei estabeleceu para a autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou quem as normas de organização administrativa indicarem, o **dever de promover gestão por competência e designar, para o desempenho das funções essenciais (aqui destacamos a de gestor e fiscal de contratos) agentes públicos que possuam formação compatível** ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público^[10].

Para que se entenda a estratégia em que deve se desenvolver durante o acompanhamento da execução contratual, é relevante a resposta aos seguintes questionamentos:

- i. Quem pode ser gestor ou fiscal de contratos?
- ii. Quais são os requisitos necessários à designação?
- iii. Posso recusar a designação?
- iv. Quem é o “terceiro” e o que ele faz?
- v. Quem é o preposto e quando ele deve ser indicado?

3.2 Quem pode ser fiscal de contratos?

Ao mencionar os requisitos para a designação de agentes que atuarão nas Licitações e Contratos, a NLLC^[11] optou por **“preferir” servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública**, não vedando, em absoluto, o exercício da atribuição de acompanhamento da execução contratual por servidores em sentido amplo. **Entretanto, a atuação de servidores que não pertençam aos quadros efetivos ou que não sejam empregados públicos deve ser efetivamente justificada pela autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, sob pena de nulidade da prática do ato.**

Quem pode ser gestor ou fiscal de contrato?

Servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes (preferencialmente)

Servidor temporário
JUSTIFICADAMENTE

Servidor
Comissionado
JUSTIFICADAMENTE

[10] Nos termos do artigo 7º da Lei 14.133/2021.

[11] Art. 7º, da Lei 14.133/2021

3.3 Quais são os requisitos necessários à designação?

O art. 7º da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece que caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei, sendo a fiscalização de contratos uma dessas funções.

O art. 117 da NLLC deve ser interpretado em conjunto com os requisitos do art. 7º, sendo certo que, a designação de fiscais e substitutos deve atender aos seguintes requisitos:

- » sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;
- » tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e
- » não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

3.4 Posso recusar a designação?

O encargo de gestor ou fiscal não pode ser recusado pelo servidor, por não se tratar de ordem ilegal, devendo expor ao superior hierárquico as deficiências e limitações técnicas que possam impedir o diligente cumprimento do exercício de suas atribuições, se for o caso.

Ciente das limitações e impossibilidades do servidor, a Administração deverá providenciar sua qualificação para o desempenho das atribuições, conforme a natureza e complexidade do objeto, ou designar outro servidor com a qualificação requerida^[12].

Superada a questão quanto à designação, é importante registrar que o fiscal do contrato **anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato**, determinando o que for necessário para a regularização das faltas ou dos defeitos observados, inclusive informando a seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, a situação que demandar decisão ou providência que ultrapasse sua competência.

SUPER NOVIDADE!

A nova Lei estabelece que o fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.

[12] Artigos 42 e 43 da IN nº 05/2017

3.5 Quem é o terceiro e o que ele faz?

A parte final do caput do art. 117 da Lei 14.133/2021 estabelece a possibilidade de **contratação de terceiros para assistir e subsidiar os fiscais com informações pertinentes a essa atribuição.**

O terceiro é pessoa física ou jurídica contratada para auxiliar os agentes da fiscalização em suas tarefas. Tal contratação não é obrigatória, cabendo à Administração verificar se a complexidade do contrato exige a assistência desse terceiro e **justificadamente** promover a contratação.

Trata-se de uma atividade assistencial, cabendo a responsabilidade pela fiscalização à Administração Pública (Acórdão nº 1.930/2009 – Plenário/TCU).

Antes da Lei 14.133/2021 já havia previsão legal de sua contratação nos artigos 67 da Lei 8.666/93 e 42, § 2º, da IN nº 05/2017, entretanto a NLLC inova ao estabelecer que para a contratação de terceiros deve-se observar os seguintes requisitos:

- » a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato;
- » a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado.

Com isso, resta evidenciado que tanto a empresa ou profissional contratado para subsidiar o fiscal responderão objetivamente pela veracidade das informações ora prestadas, cabendo ao fiscal responsabilidade nos limites das informações recebidas.

3.6 Quem é o preposto e quando ele deve ser indicado?

O preposto é o representante da contratada que deve ser indicado por escrito, antes do início da prestação dos serviços. No instrumento de indicação deve constar, expressamente, os poderes e deveres relativos à contratação. Ele é o contato imediato da fiscalização do contrato com a empresa, podendo a Administração rejeitá-lo desde que justificadamente, devendo a empresa designar outro para o exercício da atividade^[13].

É importante a realização de reuniões periódicas com o preposto do contrato, de modo a garantir a qualidade da execução e os resultados previstos para a prestação dos serviços. Além disso, é salutar que os agentes e empregados públicos evitem ordens diretas aos empregados da contratada, devendo reportar-se somente ao preposto ou aos responsáveis indicados pela contratada.

- » **Previsão legal:** artigos 68 da Lei 8.666/93, 44 da IN nº 05/2017 e 118 da Lei 14.133/2021.

[13] Art. 44 da IN 05/2017

3.7 Responsabilidades do contratado

<p>Responsabilidades do contratado</p>	<p>Assim como na Lei 8.666/1993, a Lei 14.133/2021 estabelece que o contratado será obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, a suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes de sua execução ou de materiais nela empregados.</p> <p>Também estabelece a responsabilidade do contratado pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato, não excluindo nem reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante.</p> <p>Ainda seguindo o exemplo da antiga LGL, estabelece que somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.</p> <p>Mesma situação se dá quanto à inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais que não transfere à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada as situações relativas às contratações de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra, situação em que a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.</p>
<p>Medidas necessárias à mitigação dos riscos relativos aos descumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado</p>	<p>A NLLC determina que nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas; (ii) condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato; (iii) efetuar o depósito de valores destinados a férias, décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados em conta vinculada, bloqueada para movimentação, cujos valores serão absolutamente impenhoráveis. (iv) em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado; (v) estabelecer que os valores destinados a férias, décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.
<p>Solicitações e reclamações relacionadas à execução dos contratos</p>	<p>A Administração terá o dever de explicitamente emitir decisão sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas à execução dos contratos regidos pela NLLC, ressalvados os requerimentos manifestamente impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para a boa execução do contrato. Na ausência de disposição legal ou cláusula contratual que estabeleça prazo específico, concluída a instrução do requerimento, a Administração terá o prazo de 1 (um) mês para decidir, admitida a prorrogação motivada por igual período.</p>
<p>Reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz</p>	<p>Ao longo de toda a execução do contrato, o contratado deverá cumprir a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz, bem como as reservas de cargos previstas em outras normas específicas. Sempre que solicitado pela Administração, o contratado deverá comprovar o cumprimento da reserva de cargos, inclusive, com a indicação dos empregados que preencherem as referidas vagas.</p>

Por fim, é **relevante pontuar que as regras relativas à atuação de fiscais e gestores de contratos serão obrigatoriamente estabelecidas em regulamento, havendo possibilidade de apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, situação que aponta para uma aproximação entre essas áreas e a área operacional**^[14].

Tal apoio funda-se, sobretudo, na atuação eficaz no que toca ao esclarecimento de dúvidas e a fornecer subsídios aos agentes de fiscalização, através de informações capazes de prevenir riscos durante a fase de execução contratual.

4. DAS ALTERAÇÕES DOS CONTRATOS (CONTEÚDO BÔNUS)

A mutabilidade como uma das principais das características dos contratos administrativos, representa a possibilidade da Administração Pública promover alterações nas condições iniciais do contrato.

Tal prerrogativa, considerada a mais polêmica das prerrogativas da Administração, é autorizada por Lei, e, caso mal gerida, pode causar prejuízos à contratada ou à própria Administração Pública.

4.1 Alterações unilaterais

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece que os contratos por ela regidos poderão ser alterados, com as devidas justificativas, **unilateralmente, apenas nas seguintes situações e nos limites legalmente estabelecidos:**

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos, também denominada pela doutrina de **alteração qualitativa**, não podendo transfigurar o objeto da contratação;
- b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, obedecidos os limites legalmente permitidos, doutrinariamente denominada de **alteração quantitativa**.

MUITA ATENÇÃO!

Quando a **alteração contratual for do tipo qualitativa ou quantitativa (unilateral)** o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite **para os acréscimos** será de 50% (cinquenta por cento).

[14] Art. 8º, § 3º. As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções c/c art. 117. § 3º. O fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.

Se houver alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, **no mesmo termo aditivo**, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

4.2 Alterações por acordo das partes ou consensuais

A Lei 14.133/2021, na mesma toada da Lei 8.666/1993, também estabelece a possibilidade de alteração dos contratos por acordo entre as partes ou consensualmente, desde que obedecidos os limites legais para os acréscimos e **sem limite para supressões**, nas seguintes hipóteses:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, **em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários**;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, **mantido o valor inicial atualizado** e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, **respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato**.

MUITA ATENÇÃO!

Como a manutenção do equilíbrio econômico é um direito das partes contratantes, pode-se dizer que, embora as alterações contratuais se submetam a limites, **o reequilíbrio econômico não está submetido**. Assim, por exemplo, se a Administração já tiver realizado alterações contratuais (quantitativas ou qualitativas) alcançando o limite de 25%, a incidência de fato jurídico que configure álea econômica extraordinária e extracontratual, como, por exemplo, o aumento da carga tributária incidente sobre a contratação, será devido o pertinente reequilíbrio econômico do contrato^[15].

4.3 Alterações contratuais para obras e serviços de engenharia

A lei trata de forma pontual as alterações de contratos para as contratações de obras e serviços de engenharia, através das seguintes disposições:

[15] Ronny Charles Lopes de Torres e Fernando Ferreira Baltar Neto. Direito Administrativo. Coleção Sinopses para Concursos. Volume 9. Pág. 421.

<p>Alterações de contratos de obras e serviços de engenharia decorrentes de falhas de projeto</p>	<p>Se forem decorrentes de falhas de projeto, as alterações de contratos de obras e serviços de engenharia ensejarão a apuração de responsabilidade do responsável técnico e adoção das providências necessárias para o ressarcimento dos danos causados à Administração.</p>
<p>Quando o contrato não contemplar preços unitários para obras ou serviços</p>	<p>Esses serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, respeitados os limites legais estabelecidos</p>
<p>Diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência</p>	<p>Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária. Isso significa que, em caso de necessidade de celebração de termos aditivos em contratos de obras públicas, é necessário analisar a planilha confrontando a situação antes e depois do aditivo pretendido para averiguar quanto à eventual discrepância no percentual do desconto originalmente concedido.</p>
<p>Alterações contratuais para supressão de obras quando o contratado já houver adquirido os materiais e os colocados nos locais de execução dos serviços</p>	<p>Se assim ocorrer, os materiais deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente reajustados, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.</p>
<p>Alteração de valores para contratação integrada e semi-integrada</p>	<p>Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:</p> <p>I – para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;</p> <p>II – por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites legais estabelecidos.</p> <p>III – por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, mediante prévia autorização da Administração, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico^[16].</p> <p>IV – por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração.</p>

4.4 Preclusão do direito à revisão contratual e “antecipação dos efeitos da alteração contratual”

Segundo a nova Lei de Licitações e Contratos, **a extinção do contrato não significa restrição ao reconhecimento de eventual desequilíbrio econômico-financeiro**, hipótese em que a Administração Pública deverá conceder indenização mediante **termo indenizatório**, desde que o particular efetue o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro antes da emissão do termo de recebimento definitivo do objeto, nos contratos por escopo, e antes de eventual prorrogação, nos contratos de serviços e fornecimentos contínuos.

[16] Nos exatos termos do §5º do art. 46 da Lei 14.133/2021.

Percebam que se situação de desequilíbrio decorrer em razão de mudanças de projeto e/ou da inclusão de novos itens, o pleito de reequilíbrio deve ocorrer antes da execução propriamente dita desses serviços, mediante a celebração de termo aditivo específico, a fim de evitar a execução sem amparo contratual em afronta ao art. 95, § 2º – vedação a contrato verbal.

Neste sentido, o artigo 132 da NLLC estabelece que **a formalização do termo aditivo é condição para a execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração no curso da execução do contrato, salvo nos casos de justificada necessidade de antecipação de seus efeitos, hipótese em que deverá ocorrer no prazo máximo de 1 (um) mês.**

Trata-se de regulamentação que busca evitar situação bastante comum em que o contratado, por vezes, realiza serviços não previstos originariamente no contrato sem qualquer garantia.

Joel de Menezes Niebuhr^[17] já qualificava essa hipótese como “antecipação dos efeitos da alteração contratual”, definindo-a como “ato administrativo que determina a execução da alteração contratual antes de ultimado o procedimento para a formalização do termo aditivo”.

Finalizada a vigência do contrato por escopo e/ou havendo a prorrogação dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos, **ocorrerá a preclusão lógica^[18]** do direito do particular de pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro, salvo expressa previsão no instrumento de prorrogação de que “resta assegurado ao contratado o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

Por fim, cumpre ressaltar que o artigo 133 da Lei 14.133/2021 veda a alteração dos valores contratuais nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, admitida excepcionalmente para as situações:

- » decorrentes de caso fortuito ou força maior;
- » que impliquem adequações técnicas no projeto ou em suas especificações;
- » que envolvam alterações determinadas pela Administração não imputáveis a erros do contratado;
- » que impliquem alteração do projeto para acatar inovações propostas pelo contratado de comprovada superioridade nas contratações semi-integradas; ou em face de evento superveniente alocado na matriz de riscos à Administração, nos termos do § 5º do art. 46 desta Lei^[19].

[17] Ainda nas palavras do Professor Niebuhr: “A antecipação dos efeitos da alteração contratual é medida legítima e encontra amparo na legalidade, desde que fundamentada nos princípios jus administrativos, especialmente no princípio da proporcionalidade, evidenciando-se a necessidade da imediata execução da alteração contratual sob pena de perecimento dos interesses públicos e a impossibilidade de cumprir ao tempo as formalidades legais pertinentes ao termo aditivo” (NIEBUHR, J. de M. Licitação pública e contrato administrativo. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 998).

[18] Isabela Félix da Fonseca explica-nos: O instituto da preclusão lógica tem origem nas normas de direito processual e significa a perda de um direito, em virtude da prática de ato logicamente incompatível com o seu direito. Apesar disso, o instituto tem sido frequentemente invocado no direito administrativo como fundamento para rejeição dos pedidos de reajuste, revisão ou repactuação. Nesses casos, entende-se que o particular perde o direito à revisão, ao reajustamento ou à repactuação caso não formalize o pedido antes do término da vigência do contrato ou antes da assinatura do termo aditivo de prorrogação. O fundamento para o acolhimento da tese da preclusão lógica é que o particular renuncia tacitamente ao direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato ao assinar aditivo de prorrogação do prazo contratual. Fonte: <http://www.justen.com.br>

[19] Art. 46, § 5º Na contratação semi integrada, mediante prévia autorização da Administração, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade,

VOCÊ PRECISA SABER!

Contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

Contratação semi-integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

4.5 Dos preços contratados e da consagração formal da repactuação de preços na Lei 14.133/2021

O artigo 134 da nova Lei de Licitações e Contratos nos apresenta uma hipótese de reequilíbrio do contrato, para mais ou para menos, em razão da criação ou extinção de tributos ou de outros encargos legais de comprovada repercussão sobre os preços contratados, após a apresentação da proposta. Trata-se de situação que configura fato do príncipe.

EXEMPLO DE FATO DO PRÍNCIPE:

A Lei 13.932/2019 extinguiu a partir de 1º/01/2020 a cobrança da contribuição de 10% (dez por cento) devida pelos empregadores em caso de demissão sem justa causa, situação que obrigou a Administração Pública a realizar ajustes em contratos com mão de obra alocada.

A repactuação dos preços, como espécie de reajuste contratual, resta formalmente consagrada através da Lei 14.133/2021, uma vez que a Lei 8.666/1993 não tratou de forma específica sobre o tema.

Trata-se de mecanismo instituído pelo Decreto Federal 2.271/1997, mantido pelo Decreto 9.507/2018 e regulado de forma detalhada através da Instrução Normativa MPDG/SEGES nº 05, de 26 de maio de 2017, cujo teor foi praticamente repetido pela NLLC.

Repactuação é espécie de reajuste contratual utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para o qual a lei estabelece a possibilidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:

- » à da apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado;
- » ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra.

de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico.

A lei também consagra regras existentes no bojo da IN 05/2017 na medida em que estabelece que a **Administração não se vinculará às disposições contidas em acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de matéria não trabalhista, de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados do contratado, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade, e veda a órgão ou entidade contratante vincular-se às disposições previstas nos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.**

A rigor, os agentes responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização da execução contratual devem ficar atentos aos seguintes requisitos legais para que se dê a repactuação:

- » observar o interregno mínimo de 1 (um) ano, contado da data da apresentação da proposta ou da data da última repactuação;
- » poderá ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, observado o princípio da anualidade do reajuste de preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços.
- » quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, a repactuação em razão de acordo, convenção coletiva ou a dissídio coletivo poderá ser dividida em tantos quantos forem os acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias envolvidas na contratação;
- » **será sempre precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços, ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa que lhe dê fundamento.**

Por último, cumpre anotar que o art. 136 da Lei 14.133/2021 estabelece o uso de **simples apostila^[20] para situações que não caracterizam alteração do contrato**, listando algumas situações, a saber:

- » variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato;
- » atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento previstas no contrato;
- » alterações na razão ou na denominação social do contratado;
- » empenho de dotações orçamentárias.

[20] Apostila é a anotação ou registro administrativo de modificações contratuais que não alteram a essência da avença ou que não modifiquem as bases contratuais.