

# CLÁUSULAS NECESSÁRIAS AO CONTRATO (L. 14.133/21, ART. 92)

*Ivan Barbosa Rigolin*

*(jul/23)*

I – Por mais enojativa que a esta altura esteja a invariável execração da Lei nº 14.133/21 na doutrina, nos comentários escritos e falados, nos inumeráveis artigos que se lêem a respeito, tanto quanto em palestras, congressos e seminários, ou na fala generalizada dos operadores de licitação – que ainda hoje experimentam calafrios ante a perspectiva de em 30 de dezembro de 2023 precisarem licitar com base apenas na nova lei -, é preciso admitir que aquela execração não é gratuita nem accidental. Dificilmente o seria, se é tão unânime.

É inegável que muito de bom e de proveitoso a nova lei contém, como são por exemplo a unificação das espécies e modalidades de licitações, a simplificação da divulgação, a sistematização dos procedimentos auxiliares, e diversas outras disposições em boa hora trazidas a lume.

Acontece porém que não são a maioria, e previsões como algumas do importantíssimo art. 92 sobre o conteúdo obrigatório dos contratos, são *de morder a nuca*, como no dizer do pranteado mestre Eurípedes Clóvis de Paula, do hoje extinto CEPAM,

fundação estadual paulista de assistência aos Municípios que foi durante as cinco últimas décadas.

Com efeito, a primeira impressão é a de que será difícil implementar algumas regras *também* do art. 92, porque, à luz da doutrina brasileira que mansamente se construiu durante cerca de setenta anos e que ainda hoje vigora em nosso país, o conflito de institutos, de ideias e de pressupostos lógicos é evidente, em, para nós, claríssimo prejuízo conceitual e técnico. Não são muitas no art. 92, porém o assunto é sério.

Vamos a elas.

II - O art. 92, sobre os conteúdos necessários do contrato, inicia bem, calcado no art. 55 da Lei nº 8.666/93, e praticamente o repete até o inc. V (da nova lei), e a partir desse ponto passa a criar.

Entretanto, nos requisitos enumerados nos incs. VI, VII, IX, X, XI, XII e XV entretanto faz constar a previsão ‘quando for o caso’, sendo que o *caput* reza: ‘São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:’

Ora, então seriam cláusulas necessárias *quando for o caso* ? De 19 incisos 7 são necessárias quando for o caso ? Que necessidade é essa, então ? Quando for possível ? Se não incomodar ?..

O aplicador, ao elaborar o edital e redigir a minuta do contrato, nesse átimo deve quedar meio pasmado ante o aparente inicial rigor e o seu afrouxamento logo a seguir, por

casualidade a partir do momento em que a nova lei passou a inovar !  
Quanta coincidência ! (1)

E não se recomenda simplesmente pular esses incisos facultativos porque muitas vezes *é o caso* de exigir. As exigências em geral não são despropositadas, e cabem perfeitamente em incontáveis contratos.

O que se questiona é o contraste da imperatividade do *caput*, que manda exigir, e a complacência dos apontados 7 incisos, que exigem apenas quando o autor da minuta entender que é o caso.

Aquele autor da minuta muita vez se perguntará – *e agora, que é que eu faço ?*

III – No inc. V do *caput*, que deveria conter a alternatividade (‘quando for o caso’), ela não existe, e assim passa por obrigatório que todo contrato contenha a cláusula de data-base e de periodicidade do reajustamento.

Essa impressão é reforçada e confirmada pelo § 3º do artigo, a rezar que

§ 3º Independentemente do prazo de duração, *o contrato deverá conter cláusula que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado, e poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou*

---

<sup>1</sup> A lembrar o rigor do cliente que ordenou ao barman uma Antártica, faixa azul, casco escuro, feita em Assis e estupidamente gelada, ao que o prestativo serviçal respondeu: - Só tenho Brhama, casco claro, feita em Morro Agudo, e está meio quente. O exigente freguês então disparou: - Manda !

setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos. (*Destaque nosso*).

Muito bem. Então a teor desse dispositivo um contrato para uma obra de 20 (vinte) dias de duração precisará ter data-base de reajustamento de preço ? Poderá ter reajuste de preço, aliás ?

Um contrato de compra de mil resmas de papel sulfite para entrega integral, idem, ibidem ? Reajustamento de preço ?

O legislador leu o que escreveu ? O Congresso leu o que aprovou ? O Presidente da República leu o que sancionou ?

É para levar a sério este § 3º ?

*Porventura o legislador não terá lido o subseqüente § 4º, que impõe o intervalo mínimo de um ano para o reajustamento ?*

Como cumprir, como executar o comando do § 3º, que o subseqüente § 4º já impede de cumprir ?

Sigamos, e ao final formula-se uma recomendação.

IV – Os incs. X e XI do *caput* são embaraçosos. Na ânsia de escrever algo diferente da antiga lei, o legislador envereda por – muitíssimo respeitosa – bobagens sem qualquer sentido, como esta de pretender obrigar que o contrato estabeleça prazo para resposta a pedidos de repactuação (inc. X) e de reequilíbrio econômico-financeiro (inc. XI).

Em primeiro lugar esse assunto jamais deveria constar de uma lei nacional, porque é interno de cada ente público, e se a lei entende tão importante fixar aqueles prazos já os deveria ter fixado.

Em segundo lugar porque repactuação de preços é o mesmo que reequilíbrio econômico financeiro, ou melhor dizendo: dá-se a repactuação exatamente para promover o reequilíbrio. Seria como dizer que *assim como são os homens são as criaturas*, outra máxima do citado mestre Eurípedes.

Quando a lei confunde e coloca no mesmo saco repactuação e reajustamento (art. 92, § 4º, incs. I e II) não é de se esperar coisa melhor que estes incs. X e XI.

V – Os incs. XVIII e XIX mantêm o nível subterrâneo da lei neste ponto.

O inc. XVIII manda que o contrato contenha o ‘modelo de gestão’. Alguém sabe o que seria isso ? A gestão contratual acaso tem modelos a seguir ?

Pretende a lei que o contrato informe como será realizada a gestão, passo a passo, centímetro por centímetro, de cada contrato ? Se é isso, então a lei desconhece que cada objeto de contrato exigirá um modelo diferente de gestão, e com isso exigirá que o autor do edital elabore um modelo de gestão para cada espécie de objeto ? Isso é racional ? Isso é exequível ?

E o dispositivo ainda remete a regulamento, como se as unidades administrativas nada mais tivessem a fazer.

O inc. XIX repete, agravada, a *asneira* do art. 55, inc. VIII, da Lei nº 8.666/93, o qual manda que o contrato contenha as cláusulas de rescisão, quando art. 78 já os especifica todos exaustivamente.

Neste caso da nova lei é pior: além de trocar a correta rescisão, da Lei nº 8.666/93, pela estapafúrdia *extinção* desta nova lei <sup>(2)</sup>. É imperfeição sobre imperfeição.

VI – O § 2º deste art. 92 é outra carta enigmática que a lei alegremente inventou. Não o transcrevemos, porque a paciência tem limite.

O que pretendeu o legislador com o contrato poder prever ‘período antecedente à expedição de ordem de serviço para verificação de pendências’ ? Para quê serve um elefante branco como esse ?

Outra questão: desde quando isso foi proibido ao contrato ? Jamais foi, e o contrato sempre pode e deve estabelecer regras, peculiares a cada peculiaridade do objeto, das quais dependa o ente público contratante para, no seu entender, obter o melhor resultado da execução.

É insuportável a mania do legislador de autorizar a fazer o que sempre foi permitido fazer, e de advertir a Administração de que pode realizar o que já há décadas desassombradamente realiza.

O legislador em momentos tais desempenha o mesmo papel – e vamos aludir mais uma vez a esse episódio literário

---

<sup>2</sup> V. nosso artigo *Extinção de contratos*, recentemente publicado nesta mesma Revista.

– do *soprador de verrumas* de Monteiro Lobato, do conto *A vingança da peroba*.

Ou então o mesmo papel da prosaica e decantada *pedra na sopa*, ingrediente culinário esse que, com o qual ou sem o qual, a sopa resta tal e qual. Ou ainda a qualidade que os detratores da filosofia lhe atribuem, ao afirmar que a filosofia é uma ciência tal que, com a qual ou sem a qual, o mundo resta tal e qual.

Lei nº 14.133/21: *quousque tandem Catilina abutere patientia nostra ?* <sup>(3)</sup>

VII – Encerrando (tarde) o artigo, o § 6º tece uma recomendação que ninguém pediu, ninguém sabe para quem serve e, seguramente, ninguém dos que lerem o dispositivo até o fim atenderá. Uma lei que recomenda ... a quem se presta ?

Então se recomenda: tão logo o leitor de uma lei depare com *preferencialmente, recomendavelmente, se possível, se for o caso*, pule para a unidade seguinte. Desse mato não sai coelho.

VIII - E agora recomendações finais:

- o que não fizer sentido não precisa ser observado, aliás nem deve o aplicador elaborar malabarismos mentais para tentar decifrar o que o legislador pretendeu, ou correrá o risco, se conseguir entender, de acabar pensando como

---

<sup>3</sup> Até quando Catilina abusará da nossa paciência ? – das Catilinárias de Cícero.

o legislador. *Ad impossibilia nemo tenetur*, reza o adágio segundo qual ninguém está obrigado ao impossível;

- duvida-se que algum fiscal das contas públicas irá um dia exigir que o contrato tenha observado dispositivos com os incs. X, XI, XVIII e XIX do art. 92. Ele por certo tem mais o que fazer;

- previsões (e nos recusamos a chamá-las de regras ou ordens) como o § 3º deste art. 92 precisam ser solenemente ignoradas. Não tem pé nem cabeça;

Se o contrato, observando o § 3º, previr cláusula de reajustamento num contrato de curto prazo, como de dois meses, ou num contrato de compra para entrega integral e imediata, estará contrariando o § 4º do mesmo art. 92, que proíbe cogitar-se de reajuste ou repactuação em menos de um ano *de interregno*.

E como a lei não informa interregno a contar do quê, lemos que é da assinatura do contrato, pois essa é uma data conhecida e pública;

- se o ente contratante não separar rigidamente reajuste de repactuação poderá esperar pelo pior. Recomenda-se manter os conceitos atuais, da Lei nº 8.666/93, e não enveredar pela insânia institucional que esta nova lei sugere ao tão grosseiramente confundir alhos com bugalhos.

Ou seja: repactuação é autorizada alteração (o aditamento) do contrato para reequilibrá-lo em face de fatos

supervenientes e não previstos, enquanto reajuste ou reajustamento é a mera aplicação do índice de reajuste previsto no contrato à ocasião devida, sem alteração do contrato, sem aditamento e sem autorização superior.

Confundir esses dois institutos é brincar com a morte.

E repetimos o voto: que todas as potestades celestiais, em concílio reunidas, protejam os operadores de licitação, e os ordenadores de despesa.