

A REPACTUAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: REGIME JURÍDICO ATUAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Por Erick Halpern, Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Título	A REPACTUAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: REGIME JURÍDICO ATUAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO
Autor	Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Autor	Erick Halpern

A REPACTUAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: REGIME JURÍDICO ATUAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA

Pós-doutor pela *Fordham University School of Law (New York)*. Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito - Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados.

ERICK HALPERN

Pós-graduado em Direito do Estado e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas. Procurador do Município de Angra dos Reis. Advogado.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o regime jurídico da repactuação nos contratos administrativos de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra. Após a apresentação de suas principais características, o texto pretende apresentar uma perspectiva crítica de algumas normas vigentes que tratam da repactuação, inclusive com a utilização do arcabouço da Análise Econômica do Direito (Direito e Economia).

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar os limites e as possibilidades da repactuação nos contratos administrativos, com a descrição do estado atual da arte do instituto e a apresentação de uma proposta de releitura a partir da Análise Econômica do Direito (AED).

Considerada importante instrumento de preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra, a repactuação, espécie de reajuste em sentido amplo, tem seu regime jurídico delimitado, especialmente, em normas infralegais.

Inicialmente, o estudo apresentará os institutos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, com as principais características do reajuste (reajuste em sentido estrito e a repactuação) e da revisão

Na sequência, o trabalho descreverá o regime jurídico vigente da repactuação, com a apresentação de suas características a partir das normas jurídicas vigentes e o entendimento fixado na doutrina e na jurisprudência.

Por fim, o artigo promoverá uma leitura da repactuação a partir da perspectiva da AED.

2. INSTITUTOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato encontra-se consagrado no art. 37, XXI, da CRFB, que estabelece a necessidade de manutenção das “condições efetivas da proposta” vencedora na licitação ou na contratação direta.¹

A equação econômica é definida no momento da apresentação da proposta e leva em consideração os encargos do contratado e o valor pago pela Administração, devendo ser preservada durante toda a execução do contrato.

É importante ressaltar que o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pode ser invocado tanto pelo particular (contratado) quanto pelo Poder Público (contratante).²

A legislação consagra, especialmente, dois mecanismos para evitar o desequilíbrio dessa equação econômica no curso do contrato: o reajuste e a revisão.

Em primeiro lugar, o reajuste em sentido amplo, previsto nos arts. 40, XI, e 55, III, da Lei 8.666/1993,³ constitui gênero do qual são espécies o reajuste em sentido estrito e a repactuação.⁴

O reajuste em sentido estrito é cláusula necessária dos contratos administrativos, cujo objetivo é preservar o valor do contrato em razão da inflação. Em virtude da previsibilidade das oscilações econômicas que acarretarão desequilíbrio no contrato, as partes elegem, previamente, determinado índice que atualizará automaticamente o ajuste (exs.: IPC-A, IGP-M, INCC).

Assim, o reajuste possui periodicidade anual e deve ser estipulado por “índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos” (art. 2.º, § 1.º, da Lei 10.192/2001).⁵

Ressalte-se, contudo, que a periodicidade anual do reajuste deve levar em consideração a data de apresentação da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir (art. 40, XI, da Lei 8.666/1993 e art. 3.º, § 1.º, da Lei 10.192/2001),⁶ visto que é o valor da proposta que deve ser preservado no curso do contrato. Verifica-se, assim, que o prazo de 12 meses para o reajustamento não é contado da assinatura do contrato, o que permite concluir que o reajuste será possível inclusive nos contratos com prazo inferior a um ano, desde que ultrapassado o prazo anual iniciado na forma indicada nos dispositivos legais em cometo.⁷ É possível, inclusive, que o reajuste ocorra antes da assinatura do contrato, desde que ultrapassado o prazo de 12 meses da apresentação da proposta.⁸

Se o edital e o contrato não estabelecerem a cláusula do reajuste em sentido estrito, considera-se irreajustável o valor da proposta, especialmente pela ausência de índice geral ou setorial para reajustamento periódico dos valores pactuados.⁹

Em resumo, as características do reajuste em sentido estrito são: a) cláusula contratual; b) incide sobre as cláusulas econômicas do contrato (valor do contrato); c) refere-se aos fatos previsíveis; d) “preserva” o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e, e) depende da periodicidade mínima de 12 meses, contados da data de apresentação da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir.

De outro lado, a repactuação encontra-se prevista no art. 12 do Decreto Federal 9.507/2018, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da Administração Pública federal direta e indireta, bem como na Instrução Normativa 5/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.¹⁰

Ao contrário do reajuste, em que as partes estipulam o índice que reajustará automaticamente o valor do contrato, a repactuação é implementada mediante a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato.

A análise do regime jurídico da repactuação, objeto central do presente estudo, será aprofundada no próximo tópico.

Por fim, o instituto da revisão refere-se aos fatos supervenientes e imprevisíveis (ex.: caso fortuito e força maior) ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis (ex.: alteração unilateral do contrato) que desequilibram a equação econômica do contrato (arts. 58, § 2.º, 65, II, “d” e §§ 5.º e 6.º, da Lei 8.666/1993). Em virtude da impossibilidade de se prever a amplitude do desequilíbrio, constatado o fato superveniente, as partes formalizarão a revisão do contrato para restaurar o equilíbrio perdido.¹¹

A revisão representa um direito do contratado e um dever do Estado que deve ser observado independentemente de previsão contratual sempre na hipótese em que for constatado o desequilíbrio do ajuste.¹²

Da mesma forma, a revisão, ao contrário do reajuste, não incide apenas em relação às cláusulas econômicas ou de preço, mas, também, em relação às cláusulas regulamentares (ex.: revisão para prorrogar o prazo de execução do contrato).

De acordo com o entendimento do TCU, a mera variação de preços ou flutuação cambial não é suficiente para a efetivação da revisão, sendo fundamental a presença de uma das hipóteses elencadas no art. 65, II, d, da Lei 8.666/1993, associada à demonstração objetiva de que ocorrências supervenientes tornaram a execução contratual excessivamente onerosa para uma das partes.¹³

Em suma, as características da revisão são: a) decorre diretamente da lei (incide independentemente de previsão contratual); b) incide sobre qualquer cláusula contratual (cláusulas regulamentares ou econômicas); c) refere-se aos fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis; d) “restaura” o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e, e) não depende de periodicidade mínima.

3. O REGIME JURÍDICO VIGENTE DA REPACTUAÇÃO

3.1. Repactuação e álea ordinária

A repactuação possui aplicação exclusiva nos contratos de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra,¹⁴ com o objetivo de preservar a remuneração do contratado, em razão de um desequilíbrio contratual ordinário gerado pela majoração dos encargos trabalhistas e dos insumos na relação contratual.¹⁵

Assim, a repactuação possui notável semelhança com o reajuste em sentido estrito, uma vez que ambos relacionam-se com os eventos previsíveis (álea ordinária).¹⁶ Contudo, no reajuste em sentido estrito, o contrato elege um índice geral ou setorial de inflação. Na repactuação, por sua vez, o contratado possui o ônus de demonstrar analiticamente a variação dos custos que compõe a base do contrato de serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva.

É oportuno destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite a revisão dos contratos administrativos em razão dos aumentos dos salários dos empregados da contratada, derivados de acordos coletivos do trabalho, uma vez que não configura evento imprevisível.¹⁷

Neste cenário, a revisão contratual (art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993), fundada na teoria da imprevisão e relacionada a álea extraordinária, não se configura como o meio apto a permitir o equilíbrio econômico do contrato na hipótese de aumento de custos com empregados decorrente de norma coletiva de trabalho.

A repactuação, dessa forma, se conforma como o mecanismo idôneo para regular as variações dos custos de mão de obra nos contratos de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra, afastando-se, pois, o reajuste¹⁸ e a revisão contratual¹⁹ nessas hipóteses.

3.2. Regulamentação e autonomia federativa

Um dos pilares do Federalismo consiste na autonomia dos entes federados, materializada através de um sistema constitucional de repartição de competências. No âmbito das contratações públicas, o art. 22, XXVII, da CRFB estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais sobre licitações e contratos administrativos.²⁰ Em consequência, o texto constitucional estabeleceu a competência privativa apenas em relação às normas gerais, razão pela qual é possível concluir que todos os Entes Federados podem legislar sobre normas específicas.

A repactuação, não obstante ser considerada espécie do gênero reajuste *lato sensu*, o que atrai a incidência dos arts. 40, XI e 55, III, da Lei 8.666/1993, não foi detalhada na legislação nacional e, conforme já destacado, possui características próprias. De fato, o contorno jurídico da repactuação, em âmbito federal, foi definido por atos normativos infralegais, com destaque para o Decreto Federal 9.507/2018 e a Instrução Normativa 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Dessa forma, o Decreto Federal 9.507/2018 e os demais atos normativos infralegais relacionados à repactuação ostentam caráter de normas federais, com incidência restrita à Administração Pública Federal, uma vez que as eventuais limitações à autonomia político-administrativa dos demais entes somente seriam possíveis por expressa autorização constitucional.²¹

Destarte, cada ente federado possui autonomia para editar ato normativo próprio com a função de regulamentar a repactuação, seja para aderir a regulação federal, seja para regular de forma diversa, desde que respeitadas as normas gerais fixadas na Lei 8.666/1993.

Ademais, o próprio Decreto Federal 9.507/2018, em seu art. 1º, dispõe que a sua incidência é restrita à contratação “de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”.

Desse modo, os atos normativos infralegais relativos à repactuação, especialmente o Decreto Federal 9.507/2018, não são aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios, cabendo ao respectivo Ente Federado dispor sobre o instituto.²²

3.3. Necessidade de previsão editalícia ou contratual?

A previsão da cláusula de repactuação no edital da licitação ou no próprio contrato administrativo tem sido exigida como requisito necessário a concessão do direito de repactuação ao contratado, uma vez que os arts. 40, XI, e 55, III, da Lei 8.666/1993 dispõem que os critérios de reajustamento devam constar em tais instrumentos.

Assim, na hipótese de omissão no edital e/ou no contrato do reajustamento *lato sensu*, relevante parcela parte da doutrina, compreende que o preço proposto na licitação será irrealizável, tanto por reajuste em sentido estrito, quanto por repactuação.

Isto porque a repactuação se caracteriza como um direito patrimonial disponível do contratado, o que revela a possibilidade do seu afastamento nas contratações públicas.²³ Por outro lado, os contratados, ao participarem das licitações, com instrumentos convocatórios que deixam de estipular o reajustamento em sentido amplo, já precisariam, na proposta oferecida, o custo do incremento dos encargos trabalhistas que revelam evento previsível.²⁴

Aliás, como argumento de reforço à tese, a iniciativa privada possui liberdade para participar ou não de licitações públicas, inclusive com o oferecimento de impugnação ao edital. O princípio da isonomia, ainda, representaria mais um fundamento negativo a aplicação da repactuação, visto que, possivelmente, diversos interessados deixaram de comparecer ao certame em função da sua omissão no edital ou no contrato.

A regulação jurídica da repactuação em âmbito federal, inicialmente,²⁵ acompanhou esse posicionamento doutrinário, aliás com esteio na Orientação Normativa 23 da Advocacia-Geral da União.²⁶

O assunto, contudo, sempre gerou polêmicas.

Em sentido contrário ao entendimento dominante, parcela da doutrina admitia a repactuação nos contratos administrativos mesmo nas hipóteses de ausência de previsão expressa nos instrumentos convocatórios e contratuais.²⁷

Em primeiro lugar, defendem que os arts. 40, XI, e 55, III, da Lei 8.666/1993 não estabelecem uma faculdade ao Poder Público, mas determina que o edital e contrato disponha sobre os critérios de reajustamento. Na hipótese de sua omissão, o instrumento convocatório encontra-se viciado, não cabendo a Administração afastar o direito do contratado com base num ato ilegal e contrário ao princípio do equilíbrio econômico financeiro do contrato.²⁸ A gravidade de tal vício é de tal monta que impede a sua convalidação, seja pela ausência de impugnação ao instrumento convocatório, seja pela omissão em requisitar esclarecimentos da Administração.

É preciso distinguir, ainda, a lógica do reajuste em sentido estrito e da repactuação. Conforme já destacado, apesar de relacionarem-se aos eventos previsíveis que desequilibram o contrato administrativo, há uma diferença importante entre os institutos: enquanto o reajuste em sentido estrito decorre de um índice inflacionário eleito pelas partes no contrato, a repactuação não é implementada de forma automática, pois está condicionada à comprovação da variação dos componentes dos custos nos contratos de serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva.

Verifica-se, portanto, ser natural afirmar a impossibilidade de reajustamento em sentido estrito nos contratos que não possuem índice clausulado. Se as partes não definiram, *a priori*, o índice que efetuará o reajuste de preços na periodicidade anual, não se revela possível a atualização automática os valores.

O raciocínio, todavia, não se aplica à repactuação que, frise-se, não decorre de índice previamente estipulado, mas de atualização consensual dos valores contratuais a partir da comprovação da variação de custos pelo contratado. Independentemente de previsão editalícia, a repactuação sempre demandaria uma processualização prévia, com a apresentação da documentação comprobatória da alteração dos custos.

Ademais, a tese de que a ausência de previsão editalícia e contratual acarretaria a impossibilidade de repactuação apresenta efeito econômico indesejado. Sob o prisma da Análise Econômica do Direito (AED), os participantes da licitação precificariam a impossibilidade de repactuação nas suas propostas. Em outras palavras: a tese dominante incentiva a instituição de preços artificiais, desconectados da realidade do mercado privado, tendo em vista a impossibilidade de previsão *ex ante* da mutabilidade dos custos nos contratos de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra.

Revela-se fundamental a definição prévia em normas regulamentares dos procedimentos e das condições da repactuação, com o objetivo de garantir tratamento uniforme e isonômico aos contratados pela Administração Pública, independentemente de previsão do instituto no edital ou no contrato.

Atualmente, o art. 12 do Decreto Federal 9.507/2018 afastou o requisito da necessidade da previsão editalícia ou contratual:²⁹

Dessa forma, a atual regulação federal condiciona a repactuação apenas à comprovação da majoração das bases da proposta de preço pelo contratante privado, em concomitância com a anualidade da alteração.³⁰ O direito à repactuação, portanto, decorre diretamente do próprio ato regulamentar federal, independentemente de previsão no edital e no respectivo contrato.

3.4. Periodicidade da Repactuação

A repactuação, por se tratar de espécie de reajustamento, observa a periodicidade anual prevista no art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei 10.192/2001.³¹

O termo inicial da periodicidade anual da repactuação será: (i) a data limite para apresentação das propostas constante do ato convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço, tais como os custos dos materiais e dos equipamentos necessários à execução do serviço; ou (ii) a data do Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalente vigente à época da apresentação da proposta quando a variação dos custos for decorrente da mão de obra e estiver vinculada às datas-bases destes instrumentos.³²

A repactuação posterior terá como termo inicial, para o cômputo da periodicidade anual, a data da concessão da repactuação anterior, ou seja, a contagem do prazo anual se iniciará a partir dos efeitos financeiros da repactuação anteriormente realizada.³³

Como o contrato pode abranger diferentes categorias profissionais, com datas-bases diferentes, poderá haver diversas repactuações relacionadas a cada acordo, convenção ou dissídio coletivos de trabalho.³⁴

Quanto ao termo final para implementação da repactuação nos contratos continuados com mão de obra exclusiva, a Administração Pública, em geral, tem reconhecido como termo final o momento da prorrogação do ajuste, com fundamento no artigo 57, II, da Lei 8.666/1993, ou, ainda, o término do prazo do ajuste.

De acordo com essa linha de entendimento, a assinatura do termo aditivo de prorrogação ou a extinção do contrato, sem a formalização do requerimento à repactuação, acarretaria a preclusão lógica, na forma do art. 57, § 7º, da IN 05/2017 do MPDG³⁵ e do entendimento consagrado pelo Tribunal de Contas da União³⁶ e pela Advocacia-Geral da União.³⁷

3.5. Formalização

A repactuação, conforme já destacado, pressupõe a comprovação da variação dos componentes dos custos nos contratos de serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva. Ao contrário do reajuste, que pode ser automaticamente implementado a partir do índice mencionado no ajuste, a repactuação é implementada por meio de requerimento acompanhado da documentação comprobatória da alteração dos custos contratuais.³⁸

Ademais, como espécie de reajustamento, a repactuação pode ser formalizada por mero apostilamento, mas não há impedimento ou irregularidade para sua formalização por meio de termo aditivo, especialmente quando for implementada no mesmo aditivo de prorrogação do prazo contratual.³⁹

Apresentadas as principais características da repactuação, que demonstram o estado atual da arte, o presente estudo, no próximo tópico, abordará o instituto através do instrumental da Análise Econômica do Direito.

4. REPACTUAÇÃO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (LAW AND ECONOMICS)

4.1. Fundamentos e perspectivas da Análise Econômica do Direito

A íntima relação entre Direito e Economia demonstra a necessidade de consideração dos aspectos econômicos no processo de elaboração e de aplicação das normas jurídicas.

De acordo com a Análise Econômica do Direito – AED (*Law and Economics*), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por essa razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.⁴⁰

Existem interpretações distintas da AED (Escola de Chicago, Escola da *Public Choice*, institucionalistas, neo-institucionalistas, Movimento dos Estudos Críticos etc.), mas é possível apontar algumas premissas comuns a todas elas, a saber: a) o ser humano, inserido no ambiente de recursos escassos, escolhe racionalmente aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação, comparando os custos e os benefícios (econômicos, sociais etc.) das diferentes alternativas decisórias (análise consequencialista); b) no processo de maximização da sua utilidade, as pessoas reagem a incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preços (importância do contexto); c) as regras moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influenciam nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc.⁴¹

O objetivo principal da AED é promover a eficiência do Direito que pode ser considerada a capacidade de alcançar os melhores resultados com o menor ônus possível, ou seja, a pretensão de atingir o maior rendimento e obter a função objetivada na norma jurídica de modo produtivo.⁴²

Em relação ao direito contratual, a utilização dos instrumentos da economia favorece o reconhecimento dos incentivos a que os contratantes estão sujeitos nas fases de negociação, celebração e execução dos contratos, assim como permite ao direito debelar as eventuais externalidades negativas que surjam nesse caminho, a exemplo da assimetria de informações.⁴³

O contrato, entendido como operação econômica, caracteriza-se por uma relação jurídica entre agentes econômicos que facilita a circulação de bens e serviços ofertados em razão de contraprestações, seja equivalente ou não.⁴⁴

A relação contratual, portanto, objetiva a diminuição e a distribuição dos riscos, uma vez que se estabelecem cláusulas e condições com o intuito de antever situações futuras, e, conseqüentemente, alocar responsabilidades diante das suas ocorrências, garantindo-se maior segurança jurídica aos negócios. Constitui meio de proteção dos interesses dos contratantes, com a instituição de um sistema de incentivos e desincentivos que estimulam os comportamentos das partes.

Desta forma, os contratos, inclusive os administrativos, devem possuir partilhas de risco fundadas em critérios objetivos, posto que a inobservância dessa sistemática, impreterivelmente, resultará em diminuição da sua eficiência econômica, inclusive com o aumento dos custos contratuais. Como regra, os riscos devem ser alocados a parte que tem as melhores condições para avaliar, controlar e gerenciar o seu advento ou, ainda, a parte com o menor custo para suportá-los.⁴⁵

A principal externalidade negativa de uma equivocada alocação de riscos consiste na majoração dos custos de transação do contrato,⁴⁶ uma vez que todo o risco é precificado na forma de custo pelo agente econômico. Desse modo, se o contratante não possuir maior expertise para impedir ou mitigar a ocorrência do risco adverso, embutirá no seu preço a totalidade do custo para se desincumbir do evento danoso.

Na busca de eficiência, existe outra técnica de alocação de riscos contratuais que deixa de atribuir o risco *ex ante*, no momento da celebração do contrato, postergando-o para o futuro, caso o evento inconveniente venha a acontecer. Sendo assim, o contratante, propositalmente, deixa uma lacuna a ser integrada quando da materialização do risco. Tal metodologia é denominada como gestão negativa de riscos, ou ainda, teoria do contrato incompleto.⁴⁷

De fato, a teoria econômica dos contratos demonstra que inexistem contratos completos, ou seja, um ajuste em que os contratantes redijam cláusulas que alberguem a cobertura de todos os riscos, caracterizando-se a incerteza como um elemento natural nas relações contratuais.

Dessa maneira, caso os custos de transação com o preenchimento da lacuna sejam inferiores aos benefícios auferidos com o contrato, a tendência será a alocação *ex ante* dos custos pelo agente econômico, de modo a expressamente fixar as cláusulas e enrijecer o contrato. De outro lado, na hipótese de tais custos serem elevados, o contratante penderá a distribuir os riscos *ex post*, por meio da instituição de procedimentos destinados a suprir a lacuna, flexibilizando o contrato.⁴⁸

O contrato incompleto, ainda, pode ocorrer involuntariamente, quando presente uma assimetria de informação entre os contratantes.⁴⁹ A assimetria informacional se caracteriza por um dos contratantes possuir maior conhecimento acerca do objeto negociado que a outra contraparte. Nesse contexto, os ajustes inclinam-se a serem incompletos, por faltarem as informações necessárias a integração das lacunas, conferindo maior flexibilidade para se moldar as futuras contingências.⁵⁰

4.2. Análise da repactuação a partir da Análise Econômica do Direito (AED)

A partir das premissas no tópico anterior, é possível abordar o instituto da repactuação nos contratos administrativos sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED).

Os contratos de serviços contínuos, com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, possuem algum grau de incerteza, o que é inerente a qualquer relação negocial. Nessa espécie contratual, o principal componente do seu preço final é o custo relacionado aos salários dos colaboradores e demais encargos trabalhistas. Malgrado os incrementos salariais ocorrerem anualmente, através dos acordos e convenções coletivas, e, portanto, serem previsíveis, é inviável estimar, com exatidão, a sua majoração ou antever a sua extensão no momento da celebração do contrato.

Dessa feita, nos contratos de serviços contínuos, constitui uma estratégia economicamente eficiente a alocação *ex post* do risco da majoração dos custos da mão de obra decorrentes de acordos, convenções e dissídios coletivos de trabalho, com a instituição voluntária de um contrato incompleto que defina apenas o procedimento a ser adotado quando da ocorrência da majoração de custos decorrentes dos referidos eventos.

Esse procedimento é a própria repactuação, uma vez que ocorrido posteriormente o evento (acordos, convenções e dissídios coletivos), o contratado deverá comprovar analiticamente o incremento de seus custos internos a fim de equilibrar novamente a relação contratual. Na hipótese contrária, em que a extensão da repactuação é estabelecida *ex ante*, o agente econômico precificará na sua proposta o incremento dos custos de transação, assim como, o risco de os custos do aumento salarial não ocorrer nos parâmetros planejados. A precificação do risco, sem a exata noção da efetiva majoração dos encargos trabalhistas, com aumentos dos custos de transação, também ocorreria se a ausência de previsão no edital e no contrato inviabilizassem a efetivação da repactuação.

Ressalta-se que a repactuação, inclusive sua metodologia de alocação *ex post*, não é um benefício gracioso concedido aos contratantes, mas um instituto que almeja impedir a precificação imprecisa ou exagerada de um risco e, conseqüentemente, evitar aumento do preço final do contrato, com a violação aos princípios da eficiência e da economicidade.⁵¹

Por essa razão, o projeto da nova Lei de Licitações e Contratos (PL n.º 1.292/1995),⁵² ao determinar que apenas caberá a repactuação com a expressa previsão editalícia e contratual, na linha do entendimento atualmente prevalecente, incrementará os custos de transações nos editais omissos, e, conseqüentemente, fomentará o oferecimento de propostas mais onerosas ao interesse público.

A tese da preclusão lógica, ou renúncia tácita, da repactuação quando não há solicitação antes do término da relação contratual ou da assinatura do termo aditivo de prorrogação pode ser questionada, inclusive pelos efeitos indesejados à eficiência econômica e à racionalidade jurídica.

Em primeiro lugar, a preclusão é instituto tipicamente de direito processual,⁵³ o que revela a impropriedade de sua aplicação à repactuação que é instituto de direito material.

Ademais, a eventual renúncia à repactuação deve ser expressa, não se afigurando legítimo presumir a renúncia tácita ao direito em comento. Nesse sentido, o art. 114 do Código Civil, aplicável supletivamente aos contratos administrativos por força do art. 54 da Lei 8.666/1993, dispõe: "Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente."

Destarte, a assinatura do termo aditivo de prorrogação não tem o condão de inviabilizar a repactuação, cuja renúncia, frise-se, deve ser expressa.⁵⁴

Dessa maneira, como não se aplica à repactuação a teoria da preclusão processual, tampouco a renúncia tácita pela formalização de termo aditivo de prorrogação ou pelo encerramento da relação contratual, deveria ser considerado o prazo prescricional de cinco anos para formulação da pretensão da repactuação, na forma do art. 1º do Decreto 20.910/1932.⁵⁵ O termo inicial da prescrição seria a data do evento que ensejou a majoração dos custos contratuais.

Impedir o direito à repactuação, nos casos em que não há solicitação expressa durante a vigência do contrato ou no momento da celebração do termo aditivo de prorrogação, acarreta aumento de risco à contratação, o que, por consequência, será embutido no valor contratual, bem como representa interpretação contrária às normas jurídicas aplicáveis ao caso.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado ao longo do presente estudo, o regime jurídico da repactuação não foi definido, de forma detalhada, na legislação, mas, sim, normas regulamentares, o que gera discussões quanto à aplicação e incidência das normas federais aos demais Entes Federados.

Em razão do seu enquadramento no gênero reajuste, grande parte da doutrina tem aplicado à repactuação o mesmo regime jurídico relativo ao reajuste em sentido estrito, inclusive a necessidade de sua previsão editalícia ou contratual.

Ocorre que os referidos institutos, apesar de constituírem espécies do mesmo gênero, não se confundem e a leitura da repactuação a partir da perspectiva da AED demonstra a necessidade de sua aplicação aos contratos de serviços contínuos, com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, mesmo que inexistente previsão nos instrumentos convocatório e contratual.

A tese da inviabilidade da repactuação, quando inexistente previsão no edital ou no contrato, acarreta efeitos econômicos indesejados, uma vez que ensejará a precificação do risco nas propostas apresentadas na licitação, sem a exata noção da efetiva majoração dos custos, com a violação aos princípios da eficiência e da economicidade.

Igualmente, deve ser revista a tese que sustenta a ocorrência da preclusão lógica da repactuação quando não há solicitação do contratado antes da extinção do contrato ou da assinatura do aditivo de prorrogação, uma vez que o instituto da preclusão é de natureza processual e o direito à repactuação somente poderia ser afastado em caso de renúncia expressa ou se ultimado o prazo da prescricional para sua efetivação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

- BANDEIRA, Paula Greco. Os contratos incompletos e a soft law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 145-165, abr. 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana. Contrato incompleto: uma perspectiva entre Direito e Economia para contratos de longo termo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, p. 1562-163, jan.-jun., 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- COASE, Ronald H. Coase. The nature of the firm. *Economica*, New Series, v. 4, Issue 16, nov. 1937, p. 386-405.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Contratos administrativos: a equação econômico-financeira do contrato de concessão. Aspectos pontuais. Direito público: estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. A equação econômico-financeira no contrato de concessão. Aspectos Pontuais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 7, ago./set./out. de 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 de abril de 2020.
- FRIEDMAN, David. Law and economics. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (org.). *The new palgrave: a dictionary of economics*. London: The Macmillan Press Limited, 1987, v. 3.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. Aspectos polêmicos da cláusula de reajuste nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, nº 61. Rio de Janeiro, 2006.
- GASPARINI, Diógenes. Reajuste, Revisão e Repactuação. *Informativo de Licitações e Contratos – ILC 123*, mai./2004.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento dos encargos sociais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, IBDP, n.º 21, fev/mar/abr, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Correção Monetária e Econômica no Contratos Administrativos e a Nova Lei. In: Maria Garcia. (Org.). *Estudos Sobre a Lei nº 8.666/93*. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1995.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Normas gerais sobre licitações e contratos administrativos – Natureza e identificação no Estatuto Jurídico Federal vigente – Perspectivas de novos projetos modernizadores, *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, 189, jul./set. 1992.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- _____. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*, Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____; GOMES, Jose Maria Machado; MENDONÇA, Jose Vicente Santos de. Concorrência e serviços públicos: a influência da análise econômica do Direito na introdução de um regime de eficiência prestacional. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (orgs.). *Tratado de Direito constitucional*, v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceira PúblicoPrivada Fundamentos Econômicos-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. Que é revisão contratual? Comparação com o reajuste e com a repactuação. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, NDJ, ano 29, n. 5, p. 409-421, maio 2016.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. Repactuação de contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra. Zênite Fácil. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>, categoria Doutrina. Publicado em: 23.08.2019.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Direito administrativo regulatório*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1994.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economics institutions of capitalism: firms, market, relational contracting*. New York: The Free Press, 1985.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. O novo posicionamento do TCU acerca da repactuação contratual. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, 82, ano 7 out./2008.

¹ De acordo com Carlos Ari Sundfeld, “o regime jurídico dos contratos da Administração, no Brasil, compreende a regra da manutenção da equação econômico-financeira originalmente estabelecida, cabendo ao contratado o direito a uma remuneração sempre compatível com aquela equação, e a Administração o dever de rever o preço quando em decorrência de ato estatal (produzido ou não a vista da relação contratual) de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia, ele não mais permita a retribuição da prestação assumida pelo particular, de acordo com a equivalência estipulada pelas partes no contrato.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 239.

² No mesmo sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 255; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Contratos administrativos: a equação econômico-financeira do contrato de concessão*. Aspectos pontuais. Direito público: estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 113.

³ Lei 8.666/1993: “Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...) XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

⁴ De acordo com Benjamin Zymler, a repactuação é uma espécie de reajuste e encontra seu fundamento legal nos arts. 40, XI, e 55, III, da Lei 8.666/1993. ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 112. No mesmo sentido: SANTOS, José Anacleto Abduch. Repactuação de contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra. Zênite FÁCIL. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>, categoria Doutrina. Publicado em: 23.08.2019. RIGOLIN, Ivan Barbosa. Que é revisão contratual? Comparação com o reajuste e com a repactuação. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, NDJ, ano 29, n. 5, p. 409-421, maio 2016. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 536; TCU: Acórdão 1.827/2008. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler; Acórdão 128/2011, Plenário, Rel. Min. Weder de Oliveira; Acórdão 1488/2016, Plenário, Rel. Vital do Rêgo.

⁵ Lei 10.192/2001: “Art. 2.º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano. § 1.º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.”

⁶ Lei 10.192/2001: “Art. 3.º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. § 1.º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir”. TCU, Acórdão 83/2020, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 383. A Orientação Normativa/AGU 24 dispõe: “O contrato de serviço continuado sem dedicação exclusiva de mão de obra deve indicar que o reajuste dar-se-á após decorrido o interregno de um ano contado da data limite para a apresentação da proposta”.

⁷ Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 256; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 462; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 276-277; MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 171.

⁸ Nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Contratos administrativos: a equação econômico-financeira do contrato de concessão*. Aspectos pontuais. Direito público: estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 112. O reajustamento antes da assinatura do contrato já foi admitido pelo TCU: “(...) na hipótese de vir a ocorrer o decurso de prazo superior a um ano entre a data da apresentação da proposta vencedora da licitação e a assinatura do respectivo instrumento contratual, o procedimento de reajustamento aplicável, em face do disposto no art. 28, § 1.º, da Lei 9.069/95 c/c os arts. 2.º e 3.º da Lei 10.192/2001, consiste em firmar o contrato com os valores originais da proposta e, antes do início da execução contratual, celebrar termo aditivo reajustando os preços de acordo com a variação do índice previsto no edital relativa ao período de somente um ano, contado a

partir da data da apresentação das propostas ou da data do orçamento a que ela se referir, devendo os demais reajustes ser efetuados quando se completarem períodos múltiplos de um ano, contados sempre desse marco inicial (...)” (TCU, Plenário, Acórdão 474/2005, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, DOU 09.05.2005).

⁹ Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 257; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 279-281; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 334; Enunciado 14 da Procuradoria do Estado do RJ: “(...) Não é cabível o reajuste se não há previsão expressa no edital e no contrato administrativo”. Sobre o tema, confira-se, ainda, importante decisão do STJ: “Processual civil e administrativo. Contrato administrativo. Reajuste de preços. Ausência de autorização contratual. Descabimento. 1. O reajuste do contrato administrativo é conduta autorizada por lei e convencionada entre as partes contratantes que tem por escopo manter o equilíbrio financeiro do contrato. 2. Ausente previsão contratual, resta inviabilizado o pretendido reajustamento do contrato administrativo. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido” (REsp 730.568/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma, DJ 26.09.2007, p. 202).

¹⁰ Decreto Federal 9.507/2018: “Art. 12. Será admitida a repactuação de preços dos serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vistas à adequação ao preço de mercado, desde que: I – seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos para os quais a proposta se referir; e II – seja demonstrada de forma analítica a variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.”

¹¹ De acordo com o TCU: “O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato não pode ser constatado a partir da variação de preços de apenas um serviço ou insumo, devendo, ao contrário, resultar de um exame global da variação de preços de todos os itens da avença.” TCU, Plenário, Acórdão 1.466/13, Rel. Min. Ana Arraes, DOU 12.06.2013 (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 155).

¹² Nesse sentido dispõe a Orientação Normativa/AGU 22: “O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra ‘d’ do inc. II do art. 65, da Lei n.º 8.666, de 1993”.

¹³ TCU, Plenário, Acórdão 1.085/15, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. 06.05.2015 (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 241). De acordo com o Relator, os pleitos de reequilíbrio “não podem se basear exclusivamente nos preços contratuais ou na variação de valores extraídos de sistemas referenciais de custos, sendo indispensável que se apresentem outros elementos adicionais do impacto cambial, tais como a comprovação dos custos efetivamente incorridos no contrato, demonstrados mediante notas fiscais”. No mesmo sentido: Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 326.

¹⁴ Nesse sentido, o art. 12 do Decreto Federal 9.507/2018 dispõe: “Art. 12. Será admitida a repactuação de preços dos serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vistas à adequação ao preço de mercado (...). A jurisprudência do TCU já delimitava a incidência da repactuação aos contratos de mão de obra com dedicação exclusiva (TCU, Acórdão 1488/2016, Plenário, Monitoramento, Rel. Min. Vital do Rêgo). A Instrução Normativa 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão define os serviços de dedicação exclusiva de mão de obra nos seguintes termos: “Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que: I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços; II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos. Parágrafo único. Os serviços de que trata o caput poderão ser prestados fora das dependências do órgão ou entidade, desde que não seja nas dependências da contratada e presentes os requisitos dos incisos II e III.”

¹⁵ O art. 55 da Instrução Normativa 5/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão faz referência aos custos dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço, bem como aos custos decorrentes da mão de obra. Por outro lado, o art. 33, §§ 1º e 2º, da Portaria-TCU 444/2018, que dispõe sobre o processo de contratação de serviços no âmbito da Secretaria do Tribunal de Contas da União, prevê aplicações distintas para a repactuação e o reajuste em sentido estrito, a saber: “Art. 33. É admitido o reajustamento dos preços dos contratos, mediante utilização dos mecanismos do reajuste ou da repactuação, conforme o caso. § 1º A repactuação é aplicável aos contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra. § 2º O reajuste é aplicável aos contratos de serviços continuados sem dedicação exclusiva de mão de obra, aos contratos de serviços por escopo, aos contratos de serviços de natureza não continuada e aos insumos de serviços dos contratos continuados com dedicação exclusiva de mão de obra.”

¹⁶ Registra-se que parte da doutrina classifica o reajuste como um gênero, no qual estão enquadrados o reajuste em sentido estrito e a repactuação. De outro lado, a repactuação aproxima-se da revisão quanto à metodologia aplicada, uma vez que os dois institutos exigem uma demonstração analítica dos aumentos dos custos componentes do preço contratual. Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 732.

¹⁷ STJ: “É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão o contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que não se trata de fato imprevisível - o que afasta, portanto, a incidência do art. 65, inc. II, “d”, da Lei n. 8.666/93.” AgRg no REsp 957.999/PE, Rel.

Mauro Campbell Marques, Segunda Turmas, DJe 05.08.2010. De forma semelhante: STJ, REsp 134.797/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, Segunda Turma, DJU 1.8.2000; REsp 471.544/Sp, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJU 16.6.2003; e AgRg no REsp 417.989/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24.3.2009.

¹⁸ De acordo com o art. 7º do Decreto Federal 9.507/2018, “é vedada a inclusão de disposições nos instrumentos convocatórios que permitam: I - a indexação de preços por índices gerais, nas hipóteses de alocação de mão de obra.”

¹⁹ Diversamente do entendimento ordinário sobre o tema, Fernando Vernalha elenca a revisão como instituto apto a equilibrar o contrato com o advento da majoração dos custos trabalhistas do contrato, posto que se trata de fato previsível, porém de efeitos incalculáveis, conforme o disposto no artigo 65, II, “d” da Lei Federal 8666/1993. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento dos encargos sociais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, IBDP, n.º 21, fev/mar/abr, 2010. Em outra perspectiva, Flávio Amaral Garcia entende admite a revisão nas hipóteses em que o dissídio coletivo fixa índice superior a inflação. GARCIA, Flávio Amaral. Aspectos polêmicos da cláusula de reajuste nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, nº 61. Rio de Janeiro, 2006.

²⁰ CRFB: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.”

²¹ Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma: “É, portanto, em decorrência desse princípio fundamental das federações, que qualquer condicionamento da competência administrativa das entidades federadas é sempre uma exceção à sua auto-administração, isto é, à plena disposição, por parte de cada unidade, de sua organização, de seu pessoal, de seus bens, de seus atos e de seus serviços. Essa é a razão pela qual só pode prevalecer se estiver inequivocamente explicitada no próprio texto constitucional e apenas nos limites expressos, inadmitindo-se cerceamento de poderes federativos por extensão interpretativa”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Normas gerais sobre licitações e contratos administrativos – Natureza e identificação no Estatuto Jurídico Federal vigente – Perspectivas de novos projetos modernizadores, *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, 189, jul./set. 1992, p. 43).

²² Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 149. De forma semelhante, o Enunciado 23 da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, ao tratar do antigo Decreto Federal sobre repactuação, dispõe: “Repactuação dos contratos administrativos de serviços continuados. Os parâmetros previstos no Decreto Federal nº 2.271/97 de repactuação dos contratos administrativos de serviços continuados não são aplicáveis à Administração Pública Municipal, que deverá observar as normas próprias da legislação local e o disposto no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93”.

²³ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed., Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009, p. 160.

²⁴ GASPARINI, Diógenes. Reajuste, Revisão e Repactuação. *Informativo de Licitações e Contratos – ILC 123*, mai./2004, p. 416. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 334. GARCIA, Flávio Amaral. Aspectos polêmicos da cláusula de reajuste nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, 61. Rio de Janeiro, 2006, p. 133/134. RIGOLIN, Ivan Barbosa. Que é revisão contratual? Comparação com o reajuste e com a repactuação. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, São Paulo, NDJ, ano 29, n. 5, mai./2016, p. 419/420. ZYMLER, Benjamin. O novo posicionamento do TCU acerca da repactuação contratual. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, 82, ano 7 out./2008. SANTOS, José Anacleto Abduch. Repactuação de contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra. Zênite FÁCIL. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>, categoria Doutrina. Publicado em: 23.08.2019; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 624/625.

²⁵ Confira-se o art. 5º do revogado Decreto Federal 2.271/1997: “Art. 5º. Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, **desde que previsto no edital**, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstrarão analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.” (Grifo nosso). Igualmente, o art. 53 da Instrução Normativa 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão dispõe: “Art. 53. **O ato convocatório e o contrato de serviço continuado deverão indicar o critério de reajustamento de preços, que deverá ser sob a forma de reajuste em sentido estrito**, com a previsão de índices específicos ou setoriais, **ou por repactuação**, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.” (Grifo nosso).

²⁶ Orientação Normativa 23 da AGU: “O Edital ou o contrato de serviço continuado deverá indicar o critério de reajustamento de preços, sob a forma de reajuste em sentido estrito, admitida adoção de índices gerais, específicos ou setoriais, ou por repactuação, para os contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.”

²⁷ Essa doutrina minoritária, mas relevante, defende que o gênero reajuste seja aplicado aos contratos administrativos, mesmo na hipótese de omissão no edital e no instrumento contratual. Vide, por exemplo: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Correção Monetária e Econômica no Contratos Administrativos e a Nova Lei. In: Maria Garcia. (Org.). *Estudos Sobre a Lei nº 8.666/93*. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1995, p. 155-167. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 1023/1024. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 515. Em sentido parcialmente diverso, mas com a característica da desnecessidade de previsão no edital e no contrato, Fernando Vernalha Guimarães defende a possibilidade de revisão contratual em razão da majoração dos encargos salariais advindos dos dissídios coletivos. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento dos encargos sociais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, IBDP, n.º 21, fev./mar./abr., 2010. Disponível em: ? <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

²⁸ Marçal Justen Filho afirma: "O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação não deriva de cláusula contratual nem de previsão no ato convocatório. Tem raiz constitucional. Portanto, a ausência de previsão ou de autorização é irrelevante. São inconstitucionais todos os dispositivos legais e regulamentares que pretendem condicionar a concessão de reajustes de preços, recomposição de preços, correção monetária a uma previsão no ato convocatório ou no contrato." JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 515.

²⁹ Lembre-se, mais uma vez, que o art. 5º do revogado Decreto Federal 2.271/1997 exigia a previsão editalícia para incidência da repactuação. Atualmente, o art. 12 do atual Decreto Federal 9.507/2018 dispõe: "Art. 12. Será admitida a repactuação de preços dos serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vistas à adequação ao preço de mercado, desde que: I - seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos para os quais a proposta se referir; e II - seja demonstrada de forma analítica a variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada."

³⁰ Ressalta-se que os doutrinadores que defendem a necessidade de previsão da cláusula de repactuação no edital ou contrato para o seu exercício se manifestaram anteriormente ao Decreto Federal 9.507/2018, ou ainda, não revisitaram o tema sob as suas novas luzes.

³¹ Lei 10.192/2001: "Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano. § 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano."

³² O art. 55 da IN 05/2017 do MPDG dispõe: "Art. 55. O interregno mínimo de um ano para a primeira repactuação será contado a partir: I - da data limite para apresentação das propostas constante do ato convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou II - da data do Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalente vigente à época da apresentação da proposta quando a variação dos custos for decorrente da mão de obra e estiver vinculada às datas-bases destes instrumentos.." A Orientação Normativa/AGU 25 prevê: "No contrato de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra, o interregno de um ano para que se autorize a repactuação deverá ser contado da data do orçamento a que a proposta se referir, assim entendido o acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho, para os custos decorrentes de mão de obra, e da data limite para a apresentação da proposta em relação aos demais insumos.". Nesse sentido, o TCU: "(...) 44. Contudo, sendo a repactuação contratual um direito que decorre de lei (artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93) e, tendo a lei vigência imediata, forçoso reconhecer que não se trata, aqui, de atribuição, ou não, de efeitos retroativos à repactuação de preços. 45. A questão ora posta diz respeito à atribuição de eficácia imediata à lei, que concede ao contratado o direito de adequar os preços do contrato administrativo de serviços contínuos aos novos preços de mercado. Em outras palavras, a alteração dos encargos durante a execução contratual deve resultar na compatibilização da remuneração da contratada, de modo que se mantenha inalterada a equação financeira do ajuste. O direito à repactuação decorre de lei, enquanto que apenas o valor dessa repactuação é que dependerá da Administração e da negociação bilateral que se seguirá. 46. Assim, a partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços. (...) 50. (...) considero que a repactuação de preços, sendo um direito conferido por lei ao contratado, deve ter sua vigência reconhecida imediatamente desde a data da convenção ou acordo coletivo que fixou o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado." (Acórdão TCU 1.827/2008, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler).

³³ Art. 56 da IN 05/2017 do MPDG: "Art. 56. Nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação."

³⁴ Confira-se a IN 05/2017 do MPDG: "Art. 54. (...) § 3º Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, com datas-bases diferenciadas, a repactuação deverá ser dividida em tantos quanto forem os Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho das categorias envolvidas na contratação."

³⁵ IN 05/2017 do MPDG: "Art. 57. (...) § 7º As repactuações a que o contratado fizer *jus* e que não forem solicitadas durante a vigência do contrato serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato."

³⁶ TCU: “A partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços. Todavia, ao firmar o termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados, a contratada deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita, dando azo à ocorrência de preclusão lógica.” (TCU, Acórdão 1.827/2008, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, 27.08.2008).

³⁷ Veja-se a conclusão do Parecer AGU/JTB 01/2008, aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Presidente da República, na forma do art. 40, § 1º, e 41 da LC 73/1993, com efeitos vinculantes para Administração Pública federal: “(...) e) **quanto ao termo final para o contratado requerer a repactuação, tem-se que a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo certo que, se não o for de forma tempestiva, haverá a preclusão do direito do contratado de repactuar.**”

Confira-se a IN 05/2017: “Art. 57. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação”.

³⁸ Confira-se a IN 05/2017: “Art. 57. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação”.

³⁹ IN 05/2017: “Art. 57. (...) § 4º As repactuações, como espécie de reajuste, serão formalizadas por meio de apostilamento, exceto quando coincidirem com a prorrogação contratual, em que deverão ser formalizadas por aditamento.”

⁴⁰ Apesar de ser antigo o diálogo entre o Direito e a economia, o movimento de *Law & Economics* desenvolve-se, principalmente nos Estados Unidos, a partir da década de 1960, por meio dos estudos de Ronald Coase (*The Problem of Social Cost*), professor da Universidade de Chicago e prêmio Nobel de Economia em 1991, e de Guido Calabresi (*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*), da Universidade de Yale. Atualmente, um dos grandes expoentes do movimento é o professor Richard Posner (*Economic Analysis of Law*), da Escola de Chicago. Apesar de sua origem norte-americana, a AED tem sido estudada em países europeus (Alemanha, Itália etc.) e no Brasil.

⁴¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 36/37; PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 89. Nesse sentido: “A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos.” SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 03

⁴² Sob essa ótica, existem dois critérios que garantem a eficiência na circulação de riquezas: a) eficiência de Pareto (“ótimo de Pareto”): a medida é eficiente quando melhorar a situação de determinada pessoa sem piorar a situação de outrem, ideia que, atualmente, é de difícil aplicação concreta, pois desconsidera as externalidades negativas cada vez maiores nas sociedades complexas; e b) eficiência de Kaldor-Hicks: as normas devem ser desenhadas para produzir o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas (os benefícios de “A” superam os prejuízos de “B”). OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 37/38. Sobre a eficiência econômica como uma função do direito, confira-se a David Friedman: “Portanto, enquanto maximizar a eficiência econômica pode não ser o único propósito das leis, é um importante objetivo – que a teoria econômica pode, em princípio, nos dizer como alcançar” FRIEDMAN, David. *Law and economics*. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (org.). *The new palgrave: a dictionary of economics*. London: The Macmillan Press Limited, 1987, v. 3, p. 145.

⁴³ A assimetria de informações é considerada uma falha de mercado que justificaria a intervenção estatal para sua correção ou mitigação. Em síntese, existem quatro fontes que podem acarretar falhas de mercado: a) monopólio e poder de mercado: o monopólio é o cenário em que existe apenas uma empresa responsável pelo fornecimento do produto ou do serviço, sem qualquer concorrência, que poderá determinar unilateralmente os preços com o objetivo de maximizar seus lucros; b) externalidades (negativas ou positivas): os custos e os benefícios gerados pelo desempenho de atividades econômicas não são absorvidos integralmente pelos agentes econômicos (produtores e consumidores) que se relacionam no mercado, mas também por terceiros que não fazem parte diretamente das transações econômicas; c) “bens coletivos”: de acordo com o conceito econômico (e não jurídico), bens públicos seriam bens não rivais (o consumo por um indivíduo não impede o consumo do mesmo bem ou serviço por outro consumidor) e não exclusivos (pessoas que não pagam pelo bem ou serviço, denominadas “caroneiros”, beneficiar-se-iam por sua prestação a terceiro); d) assimetrias de informações: desequilíbrio de informações entre as partes em determinada transação. A precariedade das informações a que tem acesso o consumidor, diante de uma empresa, acarreta dois problemas: i) *moral hazard*: o problema da assimetria de informação ocorre após a transação; e ii) seleção adversa: a informação assimétrica está presente *ex ante*. A intervenção estatal pode impor a prestação obrigatória de determinadas informações e de garantias para diminuir ou afastar a assimetria de informações. Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho

Rezende; GOMES, Jose Maria Machado; MENDONCA, Jose Vicente Santos de. Concorrência e serviços públicos: a influência da análise econômica do Direito na introdução de um regime de eficiência prestacional. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (orgs.). *Tratado de Direito constitucional*, v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 252-272.

⁴⁴ De acordo com Fernando Araújo: “A análise econômica do contrato pretende ser complementar da análise jurídica, fazendo ressaltar o escopo utilitário que preside, quase invariavelmente, à deliberação de contratar, e fazendo recair uma especial atenção nos efeitos geradores de riqueza que podem associar-se àquele acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades.” ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 14. Adiante, o autor afirma que, a partir do prisma económico, “o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou governação) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses”. *Op. cit.*, p. 18.

⁴⁵ Segundo Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado: “O primeiro deles é que o risco deve ser sempre alocado à parte que a um custo mais baixo pode reduzir as chances do evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances do evento desejável ocorrer. Esse critério leva em conta a capacidade das partes de adotar ações preventivas para evitar eventos indesejáveis ou incentivar a ocorrência dos eventos desejáveis. (...) O segundo critério para alocação de riscos, considera, ao invés da capacidade de prevenção dos eventos indesejados, a capacidade de gerenciar as conseqüências danosas, caso o evento indesejado se realize. Por esse critério, o risco deve ser alocado à parte que pode melhor mitigar os prejuízos resultantes do evento indesejável. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceira PúblicoPrivada Fundamentos Econômicos-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 117/118.

⁴⁶ Os custos de transação, no campo das contratações, podem ser entendidos como todas os custos necessários para a negociação, a execução, e a fiscalização de um contrato. A teoria dos custos de transação relaciona-se aos trabalhos de Ronald H. Coase (The nature of the firm. *Economica*, New Series, v. 4, Issue 16, nov. 1937, p. 386-405) e Oliver E. Williamson (*The economics institutions of capitalism: firms, market, relational contracting*. New York: The Free Press, 1985).

⁴⁷ BANDEIRA, Paula Greco. Os contratos incompletos e a soft law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 145-165, abr. 2016.

⁴⁸ Nessa linha, Fernando Araújo: “Em termos de eficiência, dir-se-á que o inacabamento contratual se encara como uma deliberação assente numa ponderação de custos, os custos do contrato completo, de um acordo em que tivessem sido levadas em conta, no clausulado final, todas as variáveis que podem ter impacto nas condições da relação entre as partes pela duração do acordo (...). O inacabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto econômico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas – é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficiente os riscos subsistentes, ou quando elas se tornassem insusceptíveis de desencadear reações tutelares adequadas.” ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 151.

⁴⁹ O custo de transação possui relação com a teoria dos contratos incompletos. Nesse sentido: “Verifica-se que o custo de transação é o elemento que a Escola de Chicago identifica como responsável pela incompletude dos contratos, podendo se apresentar em razão da racionalidade limitada das partes, principalmente quando os contraentes estão diante de decisões complexas, já que nem sempre os indivíduos possuirão todas as informações necessárias para se alcançar a decisão ‘ótima’, bem como em virtude da assimetria de informação, da conduta oportunista, dentre outros fatores.” CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana. Contrato incompleto: uma perspectiva entre Direito e Economia para contratos de longo termo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, p. 1562-163, jan.-jun., 2014.

⁵⁰ BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto e a análise econômica do direito. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. p. 2.696-2.718.

⁵¹ Marçal Justen Filho destaca: “Se os particulares tivessem de arcar com as conseqüências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. (...) Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 528/529. Fernando Vernalha Guimarães, por sua vez, afirma: “por um lado, haveria o risco das licitantes embutirem em suas propostas uma previsão exacerbada do quantum, buscando-se acautelarem-se quanto aos prejuízos futuros decorrentes da hipótese do incremento mostrar-se elevado. A tendência, em situações dessa natureza, é a precificação referenciada por um cenário pessimista, eliminando-se os riscos de prejuízo. Neste caso, a Administração experimentaria propostas mais caras comparativamente à hipótese em que se assegura-se o restabelecimento da equação econômico-financeira ante a ocorrência do reajustamento e na exata medida de sua valorização. Haveria ofensa ao princípio da economicidade e a adoção de uma orientação que prestigiaria a elevação dos custos transacionais.” GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento dos encargos sociais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, IBDP, n.º 21, fev./mar./abr., 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

⁵² “Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] LIX – repactuação: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação

das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra". Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁵³ Sobre a preclusão, Alexandre Câmara afirma: "Chama-se preclusão a perda da possibilidade de praticar um ato processual. (...) Ocorre a preclusão lógica quando um sujeito do processo, em razão da prática de um determinado ato, perde a possibilidade de praticar outro que com ele seja incompatível. É o que se tem, por exemplo, no caso da parte vencida aceitar a sentença e, posteriormente, pretender impugná-la por meio de recurso (art. 1.000). A preclusão lógica é uma manifestação da boa-fé processual (art. 5º), que tem, entre seus corolários, a vedação de comportamentos contraditórios (*nemo venire contra factum proprium*). CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 301/302.

⁵⁴ Nesse sentido, Lucia Valle de Figueiredo: "Afirmar-se ter havido renúncia tácita pelo só fato de ter sido assinado Termo Aditivo com mudanças contratuais é admitir uma Administração que não estaria a tutelar o interesse público primário (suas finalidades essenciais), porém, apenas, seus interesses secundários." FIGUEIREDO, Lucia Valle. A equação econômico-financeira no contrato de concessão. Aspectos Pontuais. *Revista Eletro^nica de Direito Administrativo Econo^mico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Pu´blico, n. 7, ago./set./out. de 2006. Disponível em: ?<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

⁵⁵ Decreto 10.910/1932: "Art. 1º: As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim, todo e qualquer direito contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram."

Como citar este texto:

HALPERN, Erick e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A repactuação nos contratos administrativos: regime jurídico atual e Análise Econômica do Direito, *Zênite Fácil*, categoria Doutrina, 25 mai. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.

Fonte: