

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

LUIZ FELIPE BEZERRA ALMEIDA SIMÕES

**REVISITAÇÃO DO MECANISMO DA REPACTUAÇÃO DE PREÇOS NOS
CONTRATOS DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA, A PARTIR DA
JURISPRUDÊNCIA DO TCU E DAS NORMAS DE REGÊNCIA**

BRASÍLIA - DF

2021

LUIZ FELIPE BEZERRA ALMEIDA SIMÕES

**REVISITAÇÃO DO MECANISMO DA REPACTUAÇÃO DE PREÇOS NOS
CONTRATOS DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA, A PARTIR DA
JURISPRUDÊNCIA DO TCU E DAS NORMAS DE REGÊNCIA**

Dissertação de Mestrado desenvolvida no Programa de Mestrado Profissional em Direito, sob a orientação do professor Carlos Vinícius Alves Ribeiro, apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito Administrativo Contemporâneo: Estado e Mercado.

BRASÍLIA - DF

2021

LUIZ FELIPE BEZERRA ALMEIDA SIMÕES

**REVISITAÇÃO DO MECANISMO DA REPACTUAÇÃO DE PREÇOS NOS
CONTRATOS DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA, A PARTIR DA
JURISPRUDÊNCIA DO TCU E DAS NORMAS DE REGÊNCIA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Profissional em Direito do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo Contemporâneo: Estado e Mercado.

Brasília-DF, 29 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO

Prof. Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

LEONARDO ESTRELA BORGES

Prof. Avaliador 1

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

MARCOS NÓBREGA

Prof. Avaliador 2

Faculdade de Direito do Recife – UFPE

GUILHERME CARVALHO

Prof. Avaliador 3

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

À minha esposa e aos meus filhos, pelo
inestimável apoio nos momentos difíceis.

RESUMO

A dissertação tem por objetivo trazer ao debate os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, com enfoque na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, muitas vezes encampada pela doutrina majoritária e positivada em normas que disciplinam a temática, destacando-se o instituto da repactuação, que merece, no trabalho, dedicação especial. Em primeiro lugar, são aduzidas breves considerações sobre os instrumentos de reequilíbrio contratual existentes na ordem jurídica vigente, em especial o reajuste, a revisão e a repactuação de preços, apresentando-se as características intrínsecas a cada um deles. Na sequência, é demonstrado como o TCU e grande parte da doutrina chegaram ao entendimento de que repactuação é espécie de reajuste de preços. A seguir, faz-se análise crítica desse entendimento, a partir do exame de dois acórdãos do TCU prolatados no ano de 2008 e considerados paradigmáticos, para depois concluir que a repactuação guarda mais semelhanças com o instrumento da revisão do que propriamente com o mecanismo do reajuste. Por fim, são apresentadas algumas vantagens propiciadas ao universo das contratações públicas caso se passe a considerar a técnica da repactuação como espécie de revisão e não de reajuste de preços.

Palavras-Chave: equilíbrio reajuste repactuação revisão licitação proposta contrato serviços custos.

ABSTRACT

The dissertation aims to bring to the debate the mechanisms of economic and financial rebalancing of administrative contracts, focusing on the jurisprudence of the Federal Court of Accounts, often taken over by the majority doctrine and confirmed in rules that discipline the subject, highlighting the renegotiation institute, which deserves, at work, special dedication. First, brief considerations about the contractual rebalancing instruments existing in the current legal order are added, in particular the readjustment, the revision and the renegotiation of prices, presenting the intrinsic characteristics of each one of them. In the sequence, it is demonstrated how the TCU and a large part of the doctrine came to the understanding that renegotiation is a kind of price adjustment. Next, a critical analysis of this understanding is made, based on the examination of two TCU judgments issued in 2008 and considered paradigmatic, and then concluding that the renegotiation has more similarities with the review instrument than with the mechanism of the review. readjustment. Finally, some advantages offered to the public procurement universe are presented if the renegotiation technique is considered as a kind of review and not a price adjustment.

Key words: balance readjustment renegotiation revision bid proposal contract services costs.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONTORNOS JURÍDICOS DO REAJUSTE E DA REVISÃO DE PREÇOS	10
1.1 REGRA DA ANUALIDADE E MARCO INICIAL DO REAJUSTE	13
1.2 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DA REVISÃO	21
1.3 REQUISITOS PARA CONCESSÃO E ÔNUS DA PROVA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	27
1.4 DESNECESSIDADE DE LAPSO TEMPORAL MÍNIMO PARA REVISÃO	29
2 MECANISMO DA REPACTUAÇÃO DE PREÇOS	31
2.1 REPACTUAÇÃO COMO ESPÉCIE DE REAJUSTE DE PREÇOS	33
2.2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO	36
2.3 OBSERVÂNCIA DA ANUALIDADE E MARCO PARA CONTAGEM.....	38
2.4 EXIGÊNCIAS PARA O PLEITO E INÍCIO DOS EFEITOS FINANCEIROS	41
2.5 PRECLUSÃO E FORMALIZAÇÃO	47
3. REPACTUAÇÃO COMO ESPÉCIE DE REVISÃO E NÃO DE REAJUSTE	52
3.1 CARACTERÍSTICAS COMUNS ENTRE A REVISÃO E A REPACTUAÇÃO ..	52
3.2 ANÁLISE CRÍTICA DOS PARADIGMÁTICOS ACÓRDÃOS N ^{OS} 1827/2008 E 1828/2008 DO TCU	64
3.3 TÉCNICA HÍBRIDA DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	80
3.4 REPACTUAÇÃO COMO MECANISMO DE REALOCAÇÃO DE RISCOS.....	81
CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

O tema da pesquisa diz respeito ao mecanismo da repactuação de preços nos contratos administrativos que têm por objeto a prestação de serviços contínuos executados mediante dedicação exclusiva de mão de obra. A partir da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), com a análise crítica de acórdãos paradigmáticos, da evolução normativa acerca da temática do equilíbrio contratual e da doutrina correlata, propõe-se uma releitura, uma revisitação da técnica da repactuação.

Para tanto, faz-se necessário compreender os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pelos entes públicos, em especial o reajuste, a revisão e a repactuação de preços. A metodologia utilizada consiste na apresentação dos contornos jurídicos dos mencionados instrumentos. Sobre eles, o TCU se debruçou e firmou o seu entendimento, externou a sua compreensão, provocando acentuados reflexos na normatividade vigente, sendo esse o recorte feito na dissertação.

As principais referências teóricas, pela forma como tratam da temática do reequilíbrio contratual em suas respectivas obras, são: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Marçal Justen Filho, José dos Santos Carvalho Filho, Floriano de Azevedo Marques Neto, Marcos Nóbrega e Lucas Rocha Furtado, alguns dos quais mencionados em acórdãos selecionados na pesquisa.

O tema da dissertação tem relevância por conta do protagonismo do TCU no cenário das contratações públicas, interpretando e orientando a aplicação das normas que disciplinam a matéria. Importantes discussões jurídicas são postas em debate, algumas inclusive caracterizadas pelo seu ineditismo, em relação às quais não foram identificados trabalhos que sobre elas tenham se detido.

Espera-se que a pesquisa apresentada possa dar um norte seguro para os agentes públicos que lidam com pleitos de reequilíbrio em contratos administrativos, aumentando a segurança jurídica nas suas tomadas de decisão, além de ser um ponto de partida – longe de qualquer pretensão de exaurimento – para novas reflexões acerca da aplicação dos aludidos mecanismos, com especial destaque para o instrumento da repactuação.

No primeiro capítulo, são apresentados conceitos jurídicos imprescindíveis à pesquisa. Preliminarmente, contextualiza-se o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos à luz das normas vigentes, com proeminência da Constituição Federal, que, em seu art. 37, inciso XXI, deixa assente que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro tem raiz constitucional.

Acontece que, durante a vigência do contrato, ocorrem eventos (fatos geradores), alguns previsíveis e outros imprevisíveis, que impactam essa relação, aumentando ou reduzindo custos na execução do objeto demandado, desequilibrando a relação em proveito de uma das partes da relação contratual. Daí a necessidade de serem utilizados instrumentos de reequilíbrio econômico-financeiro, de forma a recompor essa equação.

Também no primeiro capítulo são apresentados os contornos jurídicos do reajuste e da revisão de preços, as disposições normativas que lhes são correlatas e a jurisprudência do TCU, com deliberações relevantes sobre os aludidos mecanismos.

O segundo capítulo trata especificamente do instrumento da repactuação, originalmente associado à prestação, em geral, dos serviços de natureza contínua. Foi o TCU, por intermédio de sua jurisprudência, que estabeleceu os mais recentes contornos jurídicos da repactuação, associando-a a serviços contínuos prestados mediante dedicação exclusiva de mão de obra, bem como qualificando-a como espécie de reajuste de preços.

No terceiro capítulo, faz-se análise crítica desse entendimento consolidado do TCU, e replicado nas normas pertinentes ao tema, de que repactuação é espécie de reajuste de preços. Num primeiro momento, busca-se demonstrar que a repactuação encontra mais semelhanças com o instrumento da revisão do que propriamente com o mecanismo do reajuste. Na sequência, é promovido o exame de dois acórdãos do Plenário do TCU prolatados no ano de 2008, considerados paradigmáticos para o delineamento jurídico que hoje se tem acerca desse mecanismo de reequilíbrio.

Ao final do terceiro capítulo, com base na doutrina administrativista mais recente, para a qual o contrato celebrado pelo Poder Público é naturalmente incompleto e visto, essencialmente, como um instrumento de repartição de riscos, explícita (materializada por meio da elaboração formal da matriz de riscos) ou implícita (em outras cláusulas do próprio contrato), procura-se demonstrar que a repactuação é, em essência, um mecanismo de realocação de riscos *ex post*.

Na conclusão da dissertação, são elencadas algumas vantagens que adviriam, para o universo das contratações públicas de serviços com predominância de custos de mão de obra, de se esposar entendimento no sentido de considerar o mecanismo da repactuação como espécie de revisão e não de reajuste de preços, ou então considerá-lo como uma técnica híbrida, isto é, revisão para os custos de mão de obra e reajuste para os outros insumos, a exemplo de materiais e equipamentos, ou mesmo como um instrumento de realocação de riscos.

1 CONTORNOS JURÍDICOS DO REAJUSTE E DA REVISÃO DE PREÇOS

Além de dar concretude ao princípio da isonomia e de promover o desenvolvimento nacional sustentável, a licitação tem por objetivo, conforme dispõe o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993¹, selecionar a proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública², com o vencedor do certame sendo, ao final da disputa, contratado para executar o objeto demandado (fornecimento de bens, prestação de serviços ou execução de obras).

Os interessados participam da licitação concorrendo entre si pelo objeto pretendido pela Administração e, para tanto, apresentam proposta de preço, a qual reflete, além da expectativa de lucro que o particular almeja auferir, os custos nos quais estima incorrer para: a) executar o objeto em conformidade com as especificações do projeto básico ou termo de referência; b) arcar com todas as obrigações fiscais, trabalhistas, previdenciárias, ou de qualquer outra natureza, incidentes em decorrência da legislação de regência.

O melhor preço ofertado pelo licitante vencedor na competição, isto é, o preço aceito pela Administração e que passa a constar do contrato que ele celebra com o poder público, representa aquilo que se convencionou chamar de ‘justa remuneração’ acordada com o particular em face dos encargos e obrigações envolvidos na execução do objeto pactuado.

Estabelece-se, assim, a chamada equação econômico-financeira original do contrato, a qual representa o equilíbrio presumido entre a prestação (encargos) a que se obrigou o contratado e o preço pactuado com o ente público.

E essa equação deve manter-se equilibrada até o término da vigência contratual. É o que preconiza o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal³, o qual assegura ao particular que contrata com a Administração Pública a manutenção das condições efetivas da proposta aceita.

¹ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

² Esse continua a ser um dos objetivos do processo licitatório, consoante o art. 11, inciso I, da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), que traz em seu bojo o novo marco regulatório de licitações e contratos para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

³ Art. 37. [...].

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei [...]; (grifos acrescidos)

A manutenção das “condições efetivas da proposta” implicaria a obrigatoriedade da preservação do equilíbrio entre as obrigações do contratado e a contraprestação da Administração contratante, assumidas ao tempo da celebração da avença resultante da licitação. Marçal Justen⁴ ressalta esse direito do contratado:

Existe direito do contratado de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se e quando vier a ser rompido. Se os encargos forem ampliados quantitativamente, a situação inicial estará modificada. Significa que a Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Deve-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com encargos mais onerosos e perceba a remuneração originariamente prevista. Ampliados os encargos, deve-se ampliar proporcionalmente a remuneração. (grifos acrescidos)

Carvalho Filho⁵ também assinala a proteção constitucional à manutenção das condições efetivas da proposta aceita na licitação:

Nunca é demais lembrar que o postulado da equação econômico-financeira do contrato se configura como verdadeira garantia para o contratante e para o contratado. Sua expressão, aliás, é marcada pelo art. 37, XXI, da CF, segundo o qual as condições efetivas da proposta devem ser mantidas enquanto perdurar o vínculo contratual.

Como os contratos de concessão de serviços públicos têm como fundamento constitucional o art. 175⁶ e não o art. 37, inciso XXI, tem-se instalado na doutrina controvérsia quanto à necessidade de preservação, por ocasião da revisão de preços no curso da execução de tais contratos, das condições efetivas da proposta aceita na licitação, isso como pressuposto do inafastável equilíbrio econômico-financeiro da avença.

Floriano Marques⁷ destaca essa maior complexidade que envolve o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos que têm por objeto a concessão de serviços públicos, em que outras variáveis, além daquelas inerentes aos contratos administrativos comuns, são levadas em consideração.

Temos, então, um mesmo dever de equilíbrio, só que com bases mais complexas. Sim, pois, enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimento, fluxo

⁴ FILHO, Marçal Justen. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

⁶ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁷ MARQUES NETO, Florianio de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. Revista de Direito Administrativo, vol. 227, jan./mar. 2002, p. 107.

de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio) etc.

Tanto nos contratos que estão sob a égide do art. 175 da Constituição Federal, quanto naqueles que se subsomem ao art. 37, inciso XXI, da Lei Maior, o equilíbrio econômico-financeiro se aperfeiçoa desde o momento da apresentação da proposta vencedora na licitação. Para fim de reequilíbrio, tem sido sustentado que estes últimos (contratos administrativos comutativos do regime geral ou contratos administrativos comuns) exigirão o restabelecimento das condições originalmente pactuadas, ao passo que aqueles outros (contratos de concessão) não necessariamente, conferindo assim maior liberdade às partes contratantes na conformação de um novo ponto ótimo de equilíbrio.

Para o escopo do presente trabalho, que tem como foco principal os contratos administrativos comuns, em especial os contratos de serviços de natureza continuada prestados mediante dedicação exclusiva de mão de obra, a controvérsia acima, que por ora não se afigura relevante, será retomada no terceiro capítulo desta dissertação.

Na ocorrência de eventos que, durante a execução do negócio jurídico, afetem o seu equilíbrio econômico-financeiro, aumentando ou reduzindo os encargos do particular, a legislação infraconstitucional prevê a possibilidade de alteração proporcional da retribuição devida, para manter-se hígida a sobredita equação. Isso se dá mediante a adoção de mecanismos de alteração dos preços pactuados. São eles:

a) o reajuste, que tem previsão nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, ambos da Lei nº 8.666/1993;

b) a revisão, que encontra amparo nos arts. 58, § 2º, e 65, inciso II, alínea “d”, c/c §§ 5º e 6º, todos da Lei nº 8.666/1993;

c) a repectuação, a qual, por não ter previsão expressa na Lei nº 8.666/1993, passou a ser considerada como espécie de reajuste de preços⁸.

Tanto para a apresentação da proposta de preço na licitação – momento em que se aperfeiçoa o equilíbrio econômico-financeiro do contrato –, quanto para um futuro pleito de readequação ou recomposição desse equilíbrio (mediante o manejo do instrumento adequado), tem-se levado em conta a existência de duas áleas – ordinária e extraordinária –, as quais abarcam os seguintes eventos:

⁸ O reajuste de preços então se subdivide em ‘reajuste por índice’ (ou ‘reajuste em sentido estrito’) e ‘reajuste por repectuação’.

a) álea ordinária – evento previsível e suportável, por ser usual no mercado, ou seja, pode ser mitigado por correto planejamento e conhecimento dos custos necessários para cumprir o contrato; tem-se entendido o fenômeno inflacionário como o fator determinante (fato gerador) do desequilíbrio; o instrumento adequado para, nessas situações, recompor a equação econômico-financeira do contrato é o reajuste de preços (conforme o TCU, tanto o reajuste por índice quanto o reajuste por repactuação⁹);

b) álea extraordinária – evento imprevisível que, pela onerosidade excessiva que acarreta a um dos contratantes, desafia os cálculos feitos quando da orçamentação e da formulação da proposta de preço; inclui-se também em tal categoria o evento futuro que, embora previsível na sua ocorrência, não possa ter suas consequências dimensionadas (evento previsível de consequências incalculáveis), bem como as modificações legislativas que interfiram, positiva ou negativamente, nos encargos suportados pelo particular para executar o objeto pactuado; nessas situações, o mecanismo aplicável é a revisão de preços.

1.1 REGRA DA ANUALIDADE E MARCO INICIAL DO REAJUSTE

O reajuste (por índice) tem por fim compensar, em decorrência do processo inflacionário, o incremento de custos experimentado pela empresa contratada na execução do objeto demandado pela Administração, por meio da simples aplicação, sobre os valores pactuados, de índice de preços definido em cláusula contratual.

Conforme assinala Marçal Justen¹⁰, “o reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independente de averiguação efetiva do desequilíbrio. Aprofundando os conceitos, o reajuste consiste em consequência de uma espécie de presunção absoluta de desequilíbrio”. O instituto seria aplicado, portanto, independentemente da prévia demonstração do efetivo desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

O reajuste de preços nada mais é do que a reposição da perda do poder aquisitivo da moeda (gerada pela inflação) por meio do emprego de índices de preços definidos no contrato administrativo. Portanto, o fato gerador do reajuste é a inflação (fenômeno inflacionário), evento situado na álea ordinária (risco previsível e de consequências calculáveis).

⁹ De acordo com a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), são dois os instrumentos de reajuste ou reajustamento: o reajustamento em sentido estrito (reajuste de preços) e a repactuação.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 478.

Tanto a Lei nº 8.666/1993 (arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III) quanto o Decreto Federal nº 1.054/1994 (art. 2º, *caput* e § 1º), o qual regulamenta o reajuste de preços nas contratações da Administração federal direta e indireta, estabelecem que o critério de reajuste deve, necessariamente, estar previsto no edital da licitação e no contrato, mediante cláusula indicando o índice a ser aplicado, o qual reflete, presumivelmente, a variação dos custos necessários à execução do objeto contratual.

Lei nº 8.666/1993

Art. 40. O edital [...] 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 a 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; (grifos acrescidos)

Decreto Federal nº 1.054/1994

Art. 2º Os critérios de atualização monetária, a periodicidade e o critério de reajuste de preços nos contratos deverão ser previamente estabelecidos nos instrumentos convocatórios de licitação ou nos atos formais de sua dispensa ou inexigibilidade.

§ 1º O reajuste deverá basear-se em índices que reflitam a variação efetiva do custo de produção ou do preço dos insumos utilizados, admitida a adoção de índices setoriais ou específicos regionais, ou, na falta destes, índices gerais de preços. (grifos acrescidos)

Não se pode olvidar que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato (manutenção das condições efetivas da proposta) tem raiz constitucional (art. 37, inciso XXI). Não deriva, em última análise, de disposição contratual ou editalícia, de sorte que eventual ausência dessa cláusula no instrumento contratual não pode inviabilizar a concessão do reajuste. O edital e o contrato devem disciplinar, como evidenciam os dispositivos acima transcritos, os critérios e procedimentos para sua aplicação.

Esse tem sido o entendimento esposado pelo TCU, a exemplo do Acórdão nº 7184/2018-Segunda Câmara¹¹, no qual restou deliberado:

O estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses. Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste de preços não constitui impedimento ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de ofensa à garantia inserta no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como de

¹¹ Relator Ministro Augusto Nardes.

enriquecimento ilícito do erário e conseqüente violação ao princípio da boa-fé objetiva. (grifos acrescidos)

Carvalho Filho¹², no entanto, perfilha entendimento diverso ao do TCU. Apesar de enfatizar que, por força do art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, a cláusula de reajustamento de preços deve vir expressa no instrumento contratual, ele sustenta que, “sem ela, entende-se que o preço ajustado é fixo e irreajustável”.

A Lei nº 8.666/1993 não estabelece qualquer distinção, relativamente ao objeto contratado, para fins de aplicação do reajuste por índice. Logo, este se aplica aos contratos que tenham por objeto obra, serviço ou fornecimento, como aliás, genericamente, preceitua o Decreto Federal nº 1.054/1994:

Art. 1º. O reajuste de preços nos contratos a serem firmados pelos órgãos e entidades da Administração Federal direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, rege-se pelo disposto neste decreto. (grifos acrescidos)

Entretanto, nas contratações de serviços efetivadas por órgãos e entidades da Administração federal, o Decreto nº 9.507/2018¹³ restringe a aplicação do reajuste por índice (o qual denomina de ‘reajuste em sentido estrito’), como regra, aos contratos em que não haja dedicação exclusiva da mão de obra. Todavia, mesmo no âmbito de tais contratos, quando o custo dos insumos for preponderante em relação ao custo da mão obra empregada na execução da avença, a norma admite o reajuste por índice.

Art. 13. O reajuste em sentido estrito, espécie de reajuste nos contratos de serviço continuado sem dedicação exclusiva de mão de obra, consiste na aplicação de índice de correção monetária estabelecido no contrato, que retratará a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

§ 1º É admitida a estipulação de reajuste em sentido estrito nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano, desde que não haja regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

§ 2º Nas hipóteses em que o valor dos contratos de serviços continuados seja preponderantemente formado pelos custos dos insumos, poderá ser adotado o reajuste de que trata este artigo. (grifos acrescidos)

Com regramento bastante similar, cabe invocar a Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017¹⁴, que assim dispõe:

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 326.

¹³ Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da Administração federal direta, autárquica e fundacional, bem como das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. O Decreto Federal nº 9.507/2018 revogou o Decreto Federal nº 2.271/1997.

¹⁴ Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução

Art. 61. O reajuste em sentido estrito, como espécie de reajuste contratual, consiste na aplicação de índice de correção monetária previsto no contrato, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

§ 1º É admitida estipulação de reajuste em sentido estrito nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano, desde que não haja regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

[...]

§ 4º Nos casos em que o valor dos contratos de serviços continuados seja preponderantemente formado pelos custos dos insumos, poderá ser adotado o reajuste de que trata este artigo. (grifos acrescidos)

Nesse mesmo contexto, é mister ressaltar que o art. 7º, inciso I (c/c o art. 12, *caput*, e o art. 13, *caput* e § 1º), do Decreto Federal nº 9.507/2018 veda expressamente a inclusão de disposições, nos instrumentos convocatórios, que permitam “a indexação de preços, por índices gerais, nas hipóteses de alocação de mão de obra”, isto é, quando há regime de dedicação exclusiva da mão de obra ou simples predominância dos custos de mão de obra. Em tais hipóteses, deverá incidir a técnica da repactuação ou, mais especificamente, o ‘reajuste por repactuação’, a que alude o art. 53 da IN Seges-MPDG nº 5/2017, mecanismo que será abordado em detalhes no segundo capítulo desta dissertação.

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. (grifos acrescidos)

Em complemento ao acima exposto, a aplicação da cláusula de reajuste por índice nos contratos de serviços deverá restringir-se, no âmbito do próprio TCU, às situações descritas na Portaria-TCU nº 444/2018¹⁵, que assim dispõe:

Art. 33. É admitido o reajustamento dos preços dos contratos, mediante utilização dos mecanismos do reajuste ou da repactuação, conforme o caso.

[...]

§ 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. (grifos acrescidos)

À vista de toda essa disciplina normativa relacionada à aplicação do reajuste, pode-se dizer, de forma resumida, que o reajuste por índice, o qual tem como fato gerador a perda do

indireta no âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional.

¹⁵ Dispõe sobre o processo de contratação de serviços no âmbito da Secretaria do Tribunal de Contas da União.

poder aquisitivo da moeda (fato previsível de consequências calculáveis – álea ordinária), é o mecanismo adequado de reequilíbrio de contratos que tenham por objeto:

- a) execução de obra pública;
- b) fornecimento de bens;
- c) prestação de serviços por escopo, ou não contínuos;
- d) prestação de serviços contínuos:

d. 1) sem dedicação exclusiva da mão de obra;

d. 2) com dedicação exclusiva da mão de obra:

d. 2.1) nos quais o valor do contrato seja preponderantemente formado pelos custos dos insumos, como materiais e equipamentos (regra do Decreto Federal nº 9.507/2018); ou então

d. 2.2) aplicável apenas aos insumos empregados na execução da avença (regra da Portaria-TCU nº 444/2018), isso quando o valor do contrato não for preponderantemente formado pelos custos dos insumos.

O art. 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993 estabelece que o critério de reajuste deve retratar a variação do índice adotado “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”, expressão esta que, interpretada literalmente, poderia sugerir, em contratos de serviços de natureza continuada, o reajuste mensal do preço pactuado.

Esse critério, no entanto, foi abandonado com a implantação da nova moeda circulante no Brasil, o Real, a partir da edição da Medida Provisória nº 542, de 30.06.1994. Após sucessivas reedições, foi revogada pela Medida Provisória nº 1.057, de 20.06.1995, a qual, por sua vez, foi convertida na Lei nº 9.069/1995, na qual foi estabelecida a regra da anualidade para o reajustamento dos contratos celebrados ou convertidos em Real.

Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual. (grifos acrescidos)

O simples transcurso do lapso temporal – anualidade – é, portanto, causa suficiente para o reajuste, implicando a aquisição do direito pelo contratado. O reajuste produz efeitos financeiros a partir do momento em que nasce o direito para o contratado, ou, em outros termos, uma vez ocorrido o transcurso de doze meses.

A interpretação sistemática do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, do art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.192/2001¹⁶, do art. 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993¹⁷, e do art. 61, *caput* e § 2º, da IN Seges-MPDG nº 5/2017¹⁸, indica que o marco inicial, a partir do qual se computa o período de um ano para aplicação de índices de reajustamento, é a data da apresentação da proposta ou a data do orçamento a que a proposta se referir, cabendo ao edital da licitação definir qual desses dois marcos será efetivamente adotado como parâmetro no caso concreto.

O mais comum tem sido o edital adotar, como marco para a contagem da anualidade, a data limite para apresentação da proposta de preço na licitação, a menos que haja grande defasagem de tempo entre a data da elaboração do orçamento pela Administração e a data por ela fixada no edital como limite para apresentação da proposta. Este segundo critério prestar-se-ia, pois, a reduzir os problemas advindos de orçamentos desatualizados em virtude do transcurso de vários meses entre a data-base da estimativa de custos e a data de abertura das propostas.

Segundo a norma interna do TCU que disciplina a contratação de serviços (Portaria-TCU nº 444/2018) – aplicada por analogia aos demais objetos, o reajuste deverá ser pleiteado tempestivamente, ou seja, desde o momento em que foi adquirido o direito até a prorrogação contratual, sob pena de preclusão.

Art. 36. Caso a contratada não requeira tempestivamente o reajustamento de preços e prorogue o contrato sem pleiteá-lo, ocorrerá a preclusão do direito.
Parágrafo único. Também ocorrerá a preclusão do direito ao reajustamento quando este for requerido após a extinção do contrato. (grifos acrescentados)

¹⁶ Art. 3º 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 nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º 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.

¹⁷ Art. 40. O edital [...] 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;

¹⁸ Art. 61. O reajuste em sentido estrito, como espécie de reajuste contratual, consiste na aplicação de índice de correção monetária previsto no contrato, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

[...]

§ 2º O reajuste em sentido estrito terá periodicidade igual ou superior a um ano, sendo o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, a data prevista para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa proposta se referir, ou, no caso de novo reajuste, a data a que o anterior tiver se referido.

A despeito de essa norma regulamentar editada no âmbito do TCU acenar no sentido de que o reajuste deve ser pleiteado pelo contratado, sob pena de preclusão¹⁹, merece destaque o entendimento de Joel Niebuhr²⁰ no sentido de que a Administração pode de ofício, prescindindo de pedido específico do contratado, conceder o reajuste de preços.

Pois bem, por força dos supracitados dispositivos legais, o reajuste deve ser disciplinado no edital. Então, a Administração deve determinar, no edital, o critério para o reajuste, que é devido depois de doze meses da data proposta ou do orçamento a que a proposta se refere. Em vista disso, vencidos os dozes meses, a Administração deve dar cumprimento de ofício ao edital e, em última instância, à legalidade, independentemente de requerimento do contratado. Se de fato ocorrem as condições que autorizam o reajuste, na forma de edital e do contrato, ele deve ser concedido quase que de forma automática, ainda que o contratado não tenha se manifestado. O cumprimento do edital e da legalidade em todos os seus aspectos e inclusive no que tange ao reajuste não é condicionado ao pleito do contrato. (grifos acrescidos)

Conforme estabelece a Lei nº 8.666/1993, a formalização da alteração do preço pactuado, em virtude do reajuste concedido, dar-se-á por simples apostilamento, sem a necessidade, pois, da celebração de termo aditivo ao contrato.

Art. 65. [...].

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento. (grifos acrescidos)

Por oportuno, cabe transcrever os dispositivos da Lei nº 14.133/2021²¹ (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) que dispõem sobre o reajuste por índice (ou reajustamento em sentido estrito).

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...].

LVIII – reajustamento em sentido estrito: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção

¹⁹ O instituto da preclusão será abordado com mais detalhes no capítulo seguinte, que versa sobre o mecanismo da repactuação.

²⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 890.

²¹ No dia 1º de abril do corrente, entrou em vigor a Lei nº 14.133/2021, que veio para substituir a antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), bem como a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC). Embora a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos já esteja em vigor, o seu art. 193, inciso II, estabeleceu o prazo de dois anos de transição até que aqueles outros regimes jurídicos sejam definitivamente revogados. Até lá, as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão optar por utilizar uma ou outra legislação em seus processos de licitação.

monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais;

Art. 25. [...].

[...]

§ 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço com data-base vinculada à data do orçamento estimado, com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

§ 8º Nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por:

I – reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;

Art. 92. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabelecem: [...]

V – o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

[...]

§ 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 setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

§ 4º Nos contratos de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento de preços será por:

I – reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais; (grifos acrescidos)

Constatam-se então as seguintes inovações promovidas pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

1ª) obrigatoriedade da previsão, no edital, de índice de reajustamento de preço independentemente do prazo de duração do contrato, ou seja, mesmo que a avença tenha vigência inferior a doze meses; esse, aliás, tem sido o entendimento esposado pelo TCU, a exemplo do Acórdão nº 7184/2018-Segunda Câmara²², no qual restou deliberado:

O estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses. (grifos acrescidos)

2ª) o marco inicial, a partir do qual se computa o período de um ano para aplicação de índices de reajustamento, deixa de ser a data da apresentação da proposta ou a data do orçamento a que a proposta se referir, passando a ser tão somente a data do orçamento estimado; no sentido de ser este último realmente o critério mais adequado, já se posicionou o TCU, por intermédio do Acórdão nº 19/2017-Plenário²³:

²² Relator Ministro Augusto Nardes.

²³ Relator Ministro Benjamin Zymler.

Embora a Administração possa adotar, discricionariamente, dois marcos iniciais distintos para efeito de reajustamento dos contratos de obras públicas, (i) a data limite para apresentação das propostas ou (ii) a data do orçamento estimativo da licitação (art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 e art. 3º, § 1º, da Lei 10.192/2001), o segundo critério é o mais adequado, pois reduz os problemas advindos de orçamentos desatualizados em virtude do transcurso de vários meses entre a data-base da estimativa de custos e a data de abertura das propostas. (grifos acrescidos)

3ª) possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial; embora a Lei nº 8.666/1993 não tenha previsão expressa nesse sentido, tal prática nunca foi vedada.

1.2 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DA REVISÃO

O mecanismo da revisão de preços (também chamado ‘reequilíbrio econômico-financeiro em sentido estrito’) é utilizado para promover a recomposição da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o desequilíbrio tem por origem eventos situados na álea extraordinária.

A revisão resulta, pois, no aumento ou diminuição do preço que fora ajustado quando da contratação, em face do impacto da variação de custos decorrente de fatos supervenientes à data de apresentação da proposta no certame, imprevisíveis para as partes contratantes ou que, embora previsíveis, não puderam ter seus efeitos precisamente dimensionados, de forma a inviabilizar sua repercussão no momento da formação do preço ofertado.

Não há imposição da lei para que o edital ou o contrato discipline o instituto da revisão de preços, até porque se está a tratar de eventos futuros que são, quer pela sua efetiva ocorrência, quer pelo dimensionamento dos seus efeitos, insuscetíveis de prévio conhecimento – fora, portanto, do contexto de previsibilidade – por parte daqueles que celebram a avença. É exatamente o que afirma Carvalho Filho²⁴:

Diferentemente do que ocorre com o reajuste, o direito à revisão independe de previsão expressa no instrumento contratual, bastando a comprovação da existência do fato superveniente que tenha causado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste. São dois os fundamentos para tal conclusão: primeiramente, cuida-se de direito oriundo diretamente do texto legal, que, obviamente, se situa acima do contrato; ademais, torna-se impossível qualquer previsão sobre fatos futuros que possam influir na relação contratual. Importante, pois, é a ocorrência do fato, e não sua formalização no contrato. (grifos acrescidos)

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 327-328.

Por se tratar então de evento situado na álea extraordinária, não haveria como exigir que o contrato firmado previsse tanto a sua ocorrência quanto os seus potenciais efeitos.

A partir do exame da Lei nº 8.666/1993, são identificadas as hipóteses de revisão dos preços pactuados, para mais ou para menos, isto é, em proveito da pessoa jurídica contratada ou da própria Administração contratante (via de duas mãos), a depender da situação concreta.

Primeira hipótese: revisão em decorrência de prorrogação de prazo de execução previsto no contrato, de conclusão ou entrega do objeto ou de parcela deste.

Lei nº 8.666/1993

Art. 57. [...].

[...]

§1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: [...].²⁵ (grifos acrescentados)

Segundo Maria Sylvia²⁶, tratar-se-ia do chamado ‘fato da Administração’, o qual compreende “qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, pode tornar impossível a execução do contrato ou provocar seu desequilíbrio econômico”.

Segunda hipótese: revisão em virtude de automática prorrogação do cronograma de execução do objeto decorrente de suspensão do contrato, total ou parcialmente, com fundamento no inciso XIV do art. 78 da Lei nº 8.666/1993, abaixo transcrito, por ato unilateral da Administração.

Lei nº 8.666/1993

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;²⁷

[...]

Art. 79....

[...]

²⁵ Não há disposição correspondente na Lei nº 14.133/2021.

²⁶ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32ª ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 601.

²⁷ Disposição correspondente nos §§ 2º, II, e 3º do art. 137 da Lei nº 14.133/2021.

§ 5º Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.²⁸ (grifos acrescidos)

Embora o dispositivo esteja topologicamente situado no elenco de situações que autorizam a rescisão contratual (na hipótese, em ação judicial proposta pela contratada), dele é possível extrair que a Administração está autorizada a suspender a execução do contrato, parcial ou totalmente, havendo razão suficiente para tanto.

A prorrogação do prazo de execução, conforme autorizam os incisos II e III do § 1º do art. 57, c/c o § 5º do art. 79, ambos da Lei nº 8.666/1993²⁹, com possível e consequente prorrogação da vigência do contrato, se amolda aos contratos de obras, de fornecimento parcelado e de serviços por escopo.

Interpretação finalística dos mencionados dispositivos, sistemicamente apreciados em conjunto com o inciso II do *caput* do art. 57 da Lei nº 8.666/93³⁰, permite afirmar que solução semelhante se aplica aos contratos que tenham por objeto serviços contínuos, vale dizer, a suspensão por ordem da Administração pode resultar na prorrogação automática do prazo de execução e, via de consequência, da própria vigência contratual.

Terceira hipótese: revisão em virtude de alteração unilateral do contrato, que pode ser de natureza qualitativa ou quantitativa.

Lei nº 8.666/1993³¹

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

[...]

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

²⁸ Disposição correspondente no § 5º do art. 115 da Lei nº 14.133/2021.

²⁹ Art. 57. [...]

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: [...]

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

[...]

Art. 79. [...]

§ 5º Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.

³⁰ Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...]

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

³¹ Dispositivos correspondentes na Lei nº 14.133/2021: arts. 104, I, 124 e 125.

[...]

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

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

[...]

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: [...]

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

[...]

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial. (grifos acrescidos)

Vários são os acórdãos do TCU que sustentam a necessidade do reequilíbrio econômico-financeiro em situações dessa natureza, em que novas circunstâncias materiais (motivações de cunho técnico), imprescindíveis à necessidade pública que se busca atender com a execução do objeto pactuado, surgem na vigência do contrato, com reflexos significativos nos custos originalmente previstos pelo contratado para se desincumbir das obrigações que ficaram a seu cargo. Apenas para exemplificar:

Acórdão nº 1874/2018-Plenário³²

A redução, durante a execução de obra rodoviária, da distância média de transporte de insumos (DMT) obriga a adequação dos preços aos serviços efetivamente realizados, sob pena de caracterização de superestimativa de quantidade, vício que não permite ponderação na análise do preço global do contrato.

A jurisprudência da Corte de Contas está em perfeita consonância com o entendimento de Carvalho Filho³³ acerca da hipótese em referência, ensejadora de reequilíbrio contratual:

De fato, se a alteração provoca ônus para o contratado, a equação econômico-financeira do contrato sofre maior ou menor rompimento à medida que maior ou menor seja o encargo oriundo da alteração. E o mecanismo próprio para restaurar o equilíbrio rompido é a revisão do preço, de modo a que este passe a refletir agora a relação de adequação que consubstancia a garantia da equação.

[...]

Por outro lado, dispõe o art. 65, § 6º, do mesmo Estatuto: ‘Em havendo alteração unilateral do contrato, que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial’.

³² Relator Ministro Vital do Rêgo.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 326-327.

Emana da norma, em correspondência ao dever da Administração, o direito subjetivo à revisão do preço em favor do contratado sempre que houver aumento de encargos impostos pela Administração. Verificado, então, o suporte fático do direito – o aumento de encargos –, faz jus o particular à revisão do preço inicial.” (grifos acrescidos)

Ao promover tanto alterações qualitativas quanto alterações quantitativas, a Administração deverá observar os limites legais previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993. A única ressalva dá-se nas supressões superiores aos limites previstos no referido dispositivo, que podem ser implementadas desde que o contratado com elas concorde expressamente (§ 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993).

Quarta hipótese: revisão para restabelecer, por acordo entre as partes, a equação econômico-financeira originalmente pactuada, em virtude da superveniência de fatos alheios à vontade delas, imprevisíveis – ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis –, que imponham a uma das partes onerosidade tal que comprometa a continuidade da execução do objeto contratado conforme as condições pactuadas; ou em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe.

Lei nº 8.666/1993³⁴

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

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

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

Como destacado, a letra “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 estabelece que também será cabível a revisão de preços na hipótese de ocorrência do que denominou ‘fato do príncipe’, assim considerado um ato normativo genérico e abstrato cuja aplicação afeta o segmento de mercado em que opera o contratado, produzindo efeitos diretamente sobre os preços pactuados, para mais ou para menos. É o que ocorre, por exemplo, com a edição de lei em matéria tributária que cria ou extingue tributo, bem como majora ou reduz alíquota.

A despeito de a letra “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 associar o fato do príncipe à “álea econômica, extraordinária e extracontratual”, Maria Sylvania³⁵ o enquadra na

³⁴ Disposição correspondente no art. 124, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 14.133/2021.

álea administrativa (e não econômica), que, a propósito, não se confunde com a álea ordinária. Para ela, a álea administrativa abrange três modalidades, quais sejam:

- a) uma decorrente do poder de **alteração unilateral** do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;
- b) a outra corresponde ao chamado **fato do príncipe**, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido;
- c) a terceira constitui o **fato da Administração**, entendido como ‘toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o cocontratante particular, a execução do contrato’ (Escola, 1977, v. I:434); ou, de forma mais completa, é ‘toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução’. (grifos no original)

Ainda de acordo com Maria Sylvia, no direito brasileiro, de regime federativo, “a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão”, inserindo-se aí sim na álea econômica.

Por seu turno, a álea econômica corresponde, segundo a referida autora³⁵, às “circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão”, respondendo a Administração Pública, em regra, pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Para ela, a álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, “é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado”.

Também para Lucas Furtado³⁷, “tanto o fato da administração quanto o fato do príncipe são atribuídos à própria Administração contratante; o fato da administração, porém, é atitude da Administração que irá afetar diretamente a execução do contrato, enquanto o fato do príncipe decorre de atos genéricos e abstratos da Administração Pública igualmente capazes de afetar o equilíbrio do contrato”. E arremata o autor: “A conclusão, válida tanto para o fato do príncipe quanto para o fato da administração, é que sempre que a

³⁵ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32ª ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 596-597.

³⁶ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32ª ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 329 e 332.

³⁷ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 4ª edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 311.

Administração afetar direta ou indiretamente o equilíbrio do contrato, deverão ser adotadas as medidas necessárias para restabelecê-lo, nos termos do art. 58, § 2º, da Lei nº 8.666/93”.

Tendo em vista a inexpressiva relevância jurídica da distinção entre os conceitos de ‘caso fortuito’ e ‘força maior’, reputa-se suficiente analisar tão somente os seus efeitos, como eventos ensejadores de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, constituindo inclusive motivo para rescisão contratual (art. 78, inciso XVII, da Lei nº 8.666/1993³⁸)³⁹.

1.3 REQUISITOS PARA CONCESSÃO E ÔNUS DA PROVA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Odete Medauar⁴⁰ associa o conteúdo do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993 à teoria da imprevisão nos seguintes termos:

A alínea *d* diz respeito à chamada teoria da imprevisão, que, em síntese, se expressa no seguinte: circunstâncias, que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, vêm modificar profundamente sua economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contratado; este tem direito a que a Administração o ajude a enfrentar a dificuldade, para que o contrato tenha continuidade. Tais circunstâncias ultrapassam a normalidade, revestindo-se de caráter excepcional; por isso passaram a ser incluídas na expressão *álea extraordinária*. A teoria da imprevisão, própria do direito administrativo, representa, nesse âmbito, o que a cláusula *rebus sic stantibus* (literalmente, estando assim as coisas, se as coisas tivessem se mantido no mesmo estado) significa nos contratos do direito privado. Na linha clássica, a imprevisão abria ao contratado o direito à indenização, para remediar uma situação extracontratual anormal, com o fim de não paralisar a execução do contrato.

O fundamento da teoria da imprevisão, segundo Carvalho Filho⁴¹, é o princípio da cláusula *rebus sic stantibus*, segundo o qual “o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário dentro do qual foi o pacto ajustado”. Uma vez alteradas acentuadamente tais condições, ocorrerá a ruptura do equilíbrio contratual. Segundo o autor, o seu elemento característico é a *álea econômica*, assim definida por Caio Tácito⁴²:

³⁸ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...]

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

³⁹ Disposição correspondente no art. 137, inciso V, da Lei nº 14.133/2021.

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 226.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 341.

⁴² Direito Administrativo, p. 210.

A álea econômica é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências.” (grifos acrescidos)

Para Maria Sylvia⁴³, a expressão *rebus sic stantibus* “designa a cláusula que é considerada implícita em todos os contratos de prestações sucessivas, significando que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem (*rebus sic stantibus*) como eram no momento da celebração”. Segundo ela, não seria justo obrigar a parte prejudicada a cumprir as suas obrigações contratuais, “sabendo-se que ela não teria firmado o contrato se tivesse previsto as alterações que o tornaram muito oneroso”.

Com amparo, portanto, na teoria da imprevisão, é pressuposto para a concessão da revisão de preços que os eventos (fatos supervenientes) sejam:

1º) imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis, posteriores à data de apresentação da proposta no certame licitatório⁴⁴, que desafiam qualquer cálculo no momento da sua elaboração;

2º) estranhos à vontade das partes, daí serem qualificados como extracontratuais; em outros termos, não são fatos provocados pelas partes contratantes;

3º) inevitáveis, vale dizer, cuja ocorrência se dá a despeito da possibilidade de atuação das partes; e

4º) ensejadores de acentuado desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato, de modo a elevar demasiadamente os encargos da parte, inviabilizando a continuidade do negócio jurídico sem acarretar-lhe prejuízo (onerosidade excessiva⁴⁵).

Com efeito, para que seja deferido eventual pleito de revisão de preços por parte da contratada, fundado no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993, faz-se necessária, além da presença do fato gerador superveniente à constituição da equação econômico-financeira da avença, a demonstração do impacto dessa superveniência nos encargos (custos) da contratada. Tem que restar evidenciado, no pedido da contratada, que o reflexo desse fato gerador nos seus custos foi de tal monta que, caso não deferido o seu pleito junto ao ente

⁴³ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32ª ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 605.

⁴⁴ O direito ao equilíbrio econômico-financeiro se aperfeiçoa desde a data da apresentação da proposta na licitação, e não somente a contar da assinatura e início da vigência contratual.

⁴⁵ Os fatos têm que ser capazes de inviabilizar economicamente, ou no mínimo tornar extremamente dificultosa, a execução do ajuste pela contratada nas condições originalmente pactuadas, evidenciando a chamada onerosidade excessiva.

público contratante, estará ela impossibilitada de honrar os compromissos assumidos. Conforme assinala Lucas Furtado⁴⁶:

Admitimos a recomposição do valor do contrato em face da *exagerada desvalorização do real frente ao dólar*, moeda a ser utilizada por aquele que contratou com a Administração para pagar a seu fornecedor no exterior. *Pequenas desvalorizações da moeda nacional, que normalmente ocorrem no mercado, não devem, em hipótese alguma, ser utilizadas para o aumento do valor do contrato com a Administração Pública.* (grifos acrescidos)

Caberá então à contratada, quando da formulação do seu pedido, abrir a sua planilha de custos e demonstrar, de forma contundente, a sobredita onerosidade excessiva. A demonstração analítica da variação ocorrida e do impacto na formação do preço é, portanto, ônus da contratada.

Na hipótese de ‘fato do príncipe’, a interpretação literal do § 5º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 conduz à desnecessidade de se demonstrar a onerosidade excessiva, isso porque o dispositivo legal requer tão somente que se comprove o impacto do ato normativo da Administração no preço, para mais ou para menos, sendo que tal comprovação é ônus do particular (quando ele pleiteia a revisão) ou da Administração (quando tem a iniciativa).

1.4 DESNECESSIDADE DE LAPSO TEMPORAL MÍNIMO PARA REVISÃO

No que diz respeito ao requisito temporal, a revisão não está condicionada a nenhum decurso de prazo. Não é preciso aguardar nenhum lapso de tempo para que ela possa ser pleiteada, bastando a ocorrência do fato gerador e a demonstração, como regra, da onerosidade excessiva⁴⁷. Presentes os seus pressupostos, perfeitamente cabível o pedido.

Mesmo que a Administração tenha realizado o reajuste de preços previsto contratualmente, não há óbice a que, na sequência, independentemente da observância de qualquer lapso temporal, seja realizada revisão de preços, desde que presentes os seus requisitos específicos.

À vista dos dispositivos legais de regência já mencionados, a revisão é devida a partir do momento em que se deu a produção de efeitos do fato gerador do desequilíbrio contratual, ou seja, a partir da efetiva repercussão – para mais ou para menos – nos preços pactuados.

⁴⁶ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 4ª edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 305.

⁴⁷ Orientação Normativa-AGU nº 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 nº 8.666, de 1993.”

É da contratada que formula o pedido de revisão o ônus de comprovar a ocorrência do fato gerador do desequilíbrio, salvo se tratar-se de fato incontroverso, bem como demonstrar o impacto no preço pactuado. Nos casos em que a Administração tomar a iniciativa da revisão, é seu dever demonstrar a ocorrência do fato gerador e a data a partir da qual houve impacto nos preços acordados, bem como determinar o novo preço decorrente da revisão, fazendo constar dos autos do processo tais elementos de informação, justificadamente.

A revisão de preços terá que ser formalizada por meio de termo aditivo (aditamento ao contrato), diferentemente do reajuste de preços, cuja formalização ocorre por meio de simples apostilamento^{48, 49}.

⁴⁸ Lei nº 8.666/1993

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

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

[...]

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento. (grifos acrescidos)

⁴⁹ Disposição correspondente no art. 130 da Lei nº 14.133/2021.

2 MECANISMO DA REPACTUAÇÃO DE PREÇOS

Preliminarmente, frise-se que a Lei nº 8.666/1993 nada dispõe sobre o mecanismo da repactuação, a qual surgiu posteriormente ao advento do Plano Real (Lei nº 9.069/1995). Mais especificamente, a repactuação foi instituída pela Resolução nº 10/1996, do Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais, que proibiu às entidades estatais incluir, em seus contratos de prestação de serviços, cláusula de reajuste por aplicação de índices (indexação), bem como estabeleceu que elas adotassem a técnica da repactuação de preços nos contratos com vigência superior a um ano (ou que contivessem cláusula de prorrogação), observando-se como parâmetros básicos a qualidade e os preços vigentes no mercado.

Art. 1º Vedar a inclusão, nos contratos da prestação de serviços, de cláusulas de indexação a qualquer título.

[...]

Art. 3º Estabelecer que, nos casos de contratos com vigência superior a um ano ou quando haja cláusula de prorrogação, a repactuação de preços deverá ter, como parâmetros básicos, a qualidade e os preços vigentes no mercado para prestação desses serviços e, quando couber, as orientações expedidas pelo Ministério da administração e Reforma do Estado. (grifos acrescidos)

No ano seguinte, foi editado o Decreto Federal nº 2.271/1997, o qual disciplinou a contratação de serviços contínuos no âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional, prevendo a aplicação da técnica da repactuação com vistas à adequação dos preços pactuados aos novos valores praticados no mercado, mediante a demonstração, pela empresa contratada, da variação dos componentes dos custos do contrato.

Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

I - indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos;

[...]

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 demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada. (grifos acrescidos)

Na sequência, foi editada a Instrução Normativa MARE nº 18/1997, que passou a ser o regulamento da contratação de serviços executados de forma indireta e contínua, celebrados por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG (Administração federal direta, autárquica e fundacional). Suas principais disposições diziam respeito à:

1ª) vedação a qualquer indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que refletissem a variação dos custos (item 5.2.6 da IN-MARE nº 18/1997);

2ª) permissão para utilização da técnica da repactuação, desde que observado o interregno mínimo de um ano, a contar da data da proposta, ou da data do orçamento a que a proposta se referisse, ou da data da última repactuação (item 7.1);

3ª) adoção, como data do orçamento a que a proposta se referisse, da data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, que estipulasse o salário vigente à época da apresentação da proposta (item 7.2);

4ª) vedação da inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente (item 7.2);

5ª) necessidade de que a repactuação fosse precedida de demonstração analítica do aumento dos custos (item 7.3).

Posteriormente, foi editada a Lei nº 10.192/2001, a qual, dispondo sobre medidas complementares ao Plano Real, admitiu expressamente, em seu art. 2º, *caput*⁵⁰, o reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que refletissem a variação dos custos dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano. Por força do comando do art. 3º, *caput*, da referida lei⁵¹, esse conteúdo seria aplicado aos órgãos e entidades da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Portanto, após a entrada em vigor da Lei nº 10.192/2001, a situação jurídica passou a ser a seguinte:

I) para os contratos de prestação de serviços não contínuos com vigência igual ou superior a um ano: aplicação do mecanismo do reajuste de preços, a que alude o art. 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993⁵²;

II) para os contratos de prestação de serviços contínuos: utilização do mecanismo do reajuste de preços (art. 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993) ou adoção da técnica da repactuação, aplicando-se, em relação a esta última, a disciplina trazida pela IN-MARE nº 18/1997.

⁵⁰ 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.

⁵¹ Art. 3º 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 nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁵² Art. 40. O edital [...] 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;

2.1 REPACTUAÇÃO COMO ESPÉCIE DE REAJUSTE DE PREÇOS

Tanto o art. 5º do Decreto Federal nº 2.271/1997⁵³ quanto o item 7.1 da IN-MARE nº 18/1997⁵⁴, disposições normativas que admitiram a incidência da repactuação nos contratos de prestação de serviços contínuos no âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional, nada esclareceram quanto à natureza jurídica do aludido mecanismo. Para Marçal Justen⁵⁵, a repactuação apresenta características tanto do reajuste quanto da revisão de preços:

Assemelha-se ao reajuste em razão da periodicidade, pois prevista para ocorrer a cada doze meses ou quando se promover a renovação contratual. Aproxima-se da revisão quanto ao seu conteúdo, pois não se promove mera e automática aplicação de um indexador de preços, mas examina-se a real evolução de custos do particular. (grifos acrescentados)

Precisamente no ano de 2008, quando da prolação dos Acórdãos nºs 1827 e 1828, ambos do Plenário, o TCU, neles sustentando tese idêntica, ao interpretar os sobreditos normativos, concluiu que estes, ao preverem o instrumento da repactuação, não criaram instituto jurídico autônomo, mas buscaram tão somente disciplinar a aplicação dos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 (tratam do reajuste ou reajustamento de preços) para os contratos de prestação de serviços de natureza continuada. Ao analisar, portanto, a natureza jurídica da repactuação, o TCU concluiu, naquela assentada, tratar-se de espécie de reajuste, nos seguintes termos:

Acórdão nº 1827/2008-Plenário⁵⁶

[SUMÁRIO]

3. A repactuação de preços não foi editada pelo Decreto nº 2.271/97 como figura jurídica autônoma, mas como espécie de reajuste de preços, a qual, ao contrário de valer-se da aplicação de índices de preços, adota apenas a efetiva alteração dos custos contratuais. Desse modo, não há se falar em inconstitucionalidade quanto ao aspecto previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal.

[VOTO]

25. A Lei nº 8.666/93 prevê que o valor pactuado inicialmente entre as partes pode sofrer três espécies de alterações: reajuste (artigo 40, inciso XI), atualização financeira em decorrência de atraso no pagamento (artigo 40, inciso XIV, alínea 'c') e reequilíbrio econômico-financeiro (artigo 65, inciso II, alínea 'd').

⁵³ 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.

⁵⁴ 7.1. Será permitida a repactuação do contrato, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano, a contar da data da proposta, ou da data do orçamento a que a proposta se referir, ou da data da última repactuação;

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁵⁶ Relator Ministro Benjamin Zymler.

26.O reajuste de preços, conforme previsto pelo artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93, tem como ideia central a reposição da perda do poder aquisitivo da moeda por meio do emprego de índices de preços prefixados no contrato administrativo.

27.O reequilíbrio econômico-financeiro stricto sensu, por sua vez, trata do reestabelecimento da relação contratual inicialmente ajustada pelas partes, desde que a altere por álea extraordinária superveniente ao originalmente contratado. Instituto previsto no artigo 65, inciso II, alínea 'd', da Lei nº 8.666/93, é concedido ao contratado pela Administração, desde que se verifique a ocorrência das hipóteses específicas de sua admissibilidade apontadas pela lei.

28.Especificamente para os contratos administrativos de serviços contínuos na esfera federal, o Decreto nº 2.271/97 e a Instrução Normativa MARE nº 18, de 1997, apresentam a repactuação de preços como mecanismo para manter a relação econômico-financeira do contrato.

[...]

33.Diante do exposto, o instituto da repactuação contratual, entendido como espécie de reajuste, encontra seu fundamento legal nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93 [...]. (grifos acrescidos)

E esse entendimento da Corte de Contas, no sentido de que a técnica da repactuação tem características mais próximas do reajuste do que da revisão de preços, começou a ser delineado no Acórdão nº 1563/2004-Plenário⁵⁷, oportunidade em que o TCU, também se debruçando sobre o conteúdo do Decreto Federal nº 2.271/1997 e da IN-MARE nº 18/1997, deixou assente:

9.1.2. os incrementos dos custos de mão-de-obra ocasionados pela data-base de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua não se constituem em fundamento para a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro;

9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano [...] conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97;

9.1.4. no caso das repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subsequentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano [...] conta-se a partir da data da última repactuação, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.1 da IN/Mare 18/97; (grifos acrescidos)

Outro acórdão do TCU externando essa mesma compreensão foi prolatado para assentar:

Acórdão nº 2255/2005-Plenário⁵⁸

O aumento salarial, ainda que a título de abono, a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo, não é fato imprevisível capaz de autorizar o reequilíbrio econômico-financeiro de contrato de prestação de serviços de natureza contínua.

⁵⁷ Relator Ministro Augusto Sherman.

⁵⁸ Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

Após a prolação dos emblemáticos Acórdãos nºs 1827 e 1828 do Plenário do TCU, outros foram proferidos referendando esse mesmo entendimento:

Acórdão nº 2219/2010-Plenário⁵⁹

É indevida a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro a contratos com base no dissídio coletivo da categoria profissional a que se referem os serviços contratados.

Acórdão nº 1621/2011-Primeira Câmara⁶⁰

Reajuste salarial não é situação para reequilíbrio econômico-financeiro contratual.

Acórdão nº 2976/2012-Plenário⁶¹

Aumentos de custos, tais como insumos e mão de obra decorrente de dissídio coletivo, não configuram álea econômica extraordinária e extracontratual, requisitos essenciais para que se justifique a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro.

Da leitura dos sobreditos acórdãos, depreende-se que o TCU chegou à conclusão de que repactuação não é espécie de revisão de preços – e sim de reajuste – pelo fato de os incrementos dos custos de mão de obra (em especial o aumento salarial) por força de acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho não configurarem, na ótica da Corte de Contas, álea extraordinária, ou seja, tratar-se-ia de álea ordinária⁶². Esse entendimento, vale frisar, foi agasalhado por doutrinadores, a exemplo de Carvalho Filho⁶³:

Alguns contratos administrativos têm previsto outra forma de reequilíbrio além do reajuste: a repactuação. Ambos são espécies do gênero reajustamento. O reajuste ocorre quando há a fixação de índice geral ou específico que incide sobre o preço após determinado período (ex.: IPCA/IBGE). Na repactuação, a recomposição é efetivada com base na variação de custos de insumos previstos em planilha da qual se originou o preço (ex.: elevação salarial de categoria profissional por convenção coletiva de trabalho). Em virtude dessa distinção, alguns contratos preveem as duas formas de reajustamento, indicando as parcelas sobre as quais incidirá. (grifos acrescidos)

Nesse sentido, tanto o reajuste de preços, como gênero, quanto a repactuação (espécie) visariam tão somente à recomposição do valor acordado como consequência dos efeitos da inflação. Porquanto espécie de reajuste, o mecanismo da repactuação também deve estar

⁵⁹ Relator Ministro Raimundo Carreiro.

⁶⁰ Relator Ministro Valmir Campelo.

⁶¹ Relator Ministro Augusto Nardes.

⁶² Esse também era o entendimento do STJ: “1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão do contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que não se trata de fato imprevisível – o que afasta, portanto, a incidência do art. 65, inc. II, “d”, da Lei n. 8.666/93. Precedentes. 2. A retroatividade do dissídio coletivo em relação aos contratos administrativos não o descaracteriza como pura e simples álea econômica. 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 957.999/PE, DJe 05/08/2010)

⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 326.

previsto no edital e no contrato, conforme determinam a Lei nº 8.666/1993 e o Decreto Federal nº 1.054/1994⁶⁴.

Lei nº 8.666/1993

Art. 40. O edital [...] 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 a 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;

Decreto Federal nº 1.054/1994

Art. 2º Os critérios de atualização monetária, a periodicidade e o critério de reajuste de preços nos contratos deverão ser previamente estabelecidos nos instrumentos convocatórios de licitação ou nos atos formais de sua dispensa ou inexigibilidade. (grifos acrescidos)

Todavia, como frisado no capítulo anterior em relação ao reajuste de preços, por se tratar de um direito do contratado, assegurado pela Constituição Federal (art. 37, inciso XXI), a ausência de previsão no edital e no contrato não inviabilizaria a repactuação.

2.2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO

De acordo com o TCU, o mecanismo da repactuação é modalidade especial de reajuste de preços, que objetiva o restabelecimento do equilíbrio dos contratos que envolvem serviços de natureza continuada⁶⁵ executados mediante dedicação exclusiva de mão de obra⁶⁶⁶⁷. Esse

⁶⁴ Disposição correspondente nos arts. 25 e 92 da Lei nº 14.133/2021.

⁶⁵ De acordo com o art. 15 da Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017, serviços prestados de forma contínua são “aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional”. Conforme o parágrafo único do referido artigo, a contratação de serviços prestados de forma contínua “deverá observar os prazos previstos no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993”.

⁶⁶ Em conformidade com o art. 17 da IN Seges-MPDG nº 5/2017, serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, entre 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.”. Conforme o parágrafo único do referido artigo, tais serviços “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”. É importante destacar que o art. 9º, caput, do Decreto Federal nº 9.507/2018 se reporta a tais avenças como “contratos de prestação de serviços continuados que envolvam disponibilização de pessoal da contratada de forma prolongada ou contínua para consecução do objeto contratual”.

⁶⁷ A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 6º, inciso XVI, adotou os elementos caracterizadores descritos no art. 17 da IN Seges-MPDG nº 5/2017.

entendimento da Corte de Contas acerca do âmbito de aplicação do instituto da repactuação, circunscrito aos contratos que têm por objeto a prestação de serviços contínuos mediante dedicação exclusiva de mão de obra, restou consignado, entre outras, nas seguintes deliberações:

Acórdão nº 1574/2015-Plenário⁶⁸

A repactuação de preços aplica-se apenas às contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra e ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto 2.271/97, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços. (grifos acrescidos)

Acórdão nº 1488/2016-Plenário⁶⁹

O instituto da repactuação de preços aplica-se apenas a contratos de serviços continuados prestados com dedicação exclusiva da mão de obra.

O entendimento do TCU encontrava amparo no art. 37 da extinta IN SLTI-MPOG nº 2/2008⁷⁰ (revogou a IN-MARE nº 18/1997), passando a figurar, posteriormente, no art. 54 da IN Seges-MPDG nº 5/2017⁷¹, que revogou aquela. Nesse mesmo sentido, o Decreto Federal nº 9.507/2018 (revogou o Decreto Federal nº 2.271/1997), que hoje disciplina a contratação de serviços no âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, estabelece que o mecanismo da repactuação seja adotado apenas nos contratos de prestação de serviços contínuos em que haja o regime de mão de obra exclusiva, ou a cessão da mão de obra empregada na execução por parte da empresa contratada.

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 [...]. (grifos acrescidos)

As normas mencionadas utilizam a expressão “regime de dedicação exclusiva de mão de obra” para aludir à cessão da mão de obra. Segundo as normas de Direito Previdenciário, a cessão da mão de obra consiste na “colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos [...] em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato” (§ 3º do art. 31 da Lei nº 8.212/1991;

⁶⁸ Relator Ministro Benjamin Zymler.

⁶⁹ Relator Ministro Vital do Rêgo.

⁷⁰ Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997.

⁷¹ Art. 54. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir.

§ 1º do art. 219 do Regulamento da Previdência Social; e art. 115, *caput* e § 3º, da IN-RFB nº 971/2009). Verifica-se então que cessão da mão de obra consiste num modo de execução do objeto (serviços contínuos).

2.3 OBSERVÂNCIA DA ANUALIDADE E MARCO PARA CONTAGEM

Acerca da necessidade de se observar o período de um ano (anualidade) para aplicação do mecanismo da repactuação (observância do lapso temporal de um ano para pleitos de repactuação), há muito já havia o TCU deliberado nesse sentido, por meio do Acórdão nº 1563/2004-Plenário⁷², invocando, para tanto, os então vigentes Decreto Federal nº 2.271/1997 e Instrução Normativa MARE nº 18/1997:

9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano [...] conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97; (grifos acrescidos)

Em termos práticos, para fim de aplicação do mecanismo da repactuação, o marco inicial para contagem da anualidade é a data do orçamento a que se refere a proposta de preço apresentada na licitação⁷³, sendo esta considerada a data-base da categoria empregada na execução dos serviços, conforme estabelecido em norma coletiva de trabalho aplicável. Outros acórdãos foram prolatados na sequência corroborando esse entendimento:

Acórdão nº 1827/2008-Plenário⁷⁴

Nos contratos referentes à prestação de serviços executados de forma contínua a data de referência que servirá para a contagem do interregno de 1 (um) ano para a primeira repactuação, em regra, é a data-base da categoria envolvida. (grifos acrescidos)

Acórdão nº 1828/2008-Plenário⁷⁵

9.5. recomendar [...] que, em seus editais de licitação e/ou minutas de contrato referentes à prestação de serviços executados de forma contínua, deixe claro a data de referência que servirá para a contagem do interregno de 1 (um) ano para a primeira repactuação, data esta que, em regra, será a data-base da categoria envolvida; (grifos acrescidos)

Acórdão nº 2225/2008-Primeira Câmara⁷⁶

⁷² Relator Ministro Augusto Sherman.

⁷³ Parâmetro definido pelo art. 3º da Lei nº 10.192/2001.

⁷⁴ Relator Ministro Benjamin Zymler.

⁷⁵ Relator Ministro Benjamin Zymler.

⁷⁶ Relator Ministro Marcos Bemquerer.

Nos editais de licitação e em contratos que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua, deve ser claramente estabelecida a previsão de repactuação visando à adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano, contado a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir, considerando, nessa última hipótese, como data do orçamento, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta e a necessidade da demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada. (grifos acrescidos)

Acórdão nº 2094/2010-Segunda Câmara⁷⁷

Deve ser observado, por ocasião das repactuações de contratos administrativos para a prestação de serviços de natureza contínua, o interregno de um ano da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir, conforme previsto no edital, sendo que, na última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, ou da data considerada para a última repactuação, se for o caso. (grifos acrescidos)

Tal entendimento encontra-se hoje consubstanciado no *caput* do art. 54 da IN Seges-MPDG nº 5/2017, em que se ressalta justamente a observância do “interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir”. O mesmo pode ser dito quanto ao teor dos parágrafos do aludido artigo.

Art. 54. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir.

§ 1º A repactuação para fazer face à elevação dos custos da contratação, respeitada a anualidade disposta no *caput*, e que vier a ocorrer durante a vigência do contrato, é direito do contratado e não poderá alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, conforme estabelece o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo assegurado ao prestador receber pagamento mantidas as condições efetivas da proposta. (grifos acrescidos)

§ 2º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias em respeito ao princípio da anualidade do reajuste dos preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, tais como os custos decorrentes da mão de obra e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço.

A propósito, a regra da anualidade para pleitos de repactuação também encontra guarida no art. 12 do Decreto Federal nº 9.507/2018⁷⁸.

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; (grifos acrescidos)

⁷⁷ Relator Ministro André de Carvalho.

⁷⁸ Dispositivos correspondentes na Lei nº 14.133/2021: arts. 6º, LIX, e 135 (embora o § 3º disponha que a anualidade é contada a partir da data da apresentação da proposta, em outros dispositivos a lei se refere à data-base fixada na norma coletiva de trabalho).

No que concerne ao marco inicial para contagem da anualidade visando à repactuação, deve o órgão ou entidade responsável pela contratação, em seus editais de licitação e/ou minutas de contrato, em conformidade com o art. 55 da IN Seges-MPDG nº 5/2017⁷⁹, deixar claro a data de referência que servirá para a contagem do interregno de um ano para a primeira repactuação (tanto no que concerne a mão de obra quanto no que diz respeito aos demais insumos envolvidos na prestação do serviço), da seguinte forma:

I) a data do acordo, convenção coletiva, 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; e

II) a 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 necessários⁸⁰.

Nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação⁸¹, ou, mais especificamente, da data em que iniciados seus efeitos financeiros⁸².⁸³

São, na verdade, duas etapas ou formas de reajustamento, incidentes sobre parcelas distintas (mão de obra e outros insumos) relacionadas à prestação do serviço contínuo, exatamente como assinalou Carvalho Filho⁸⁴:

Alguns contratos administrativos têm previsto outra forma de reequilíbrio além do reajuste: a repactuação. Ambos são espécies do gênero reajustamento. O reajuste ocorre quando há a fixação de índice geral ou específico que incide sobre o preço após determinado período (ex.: IPCA/IBGE). Na repactuação, a recomposição é efetivada com base na variação de custos de insumos previstos em planilha da qual se originou o preço (ex.: elevação salarial de categoria profissional por convenção coletiva de trabalho). Em virtude dessa distinção, alguns contratos preveem as duas

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Vide art. 135, § 4º, da Lei nº 14.133/2021.

⁸¹ Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017: “Art. 56. Nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação.”

⁸² Orientação Normativa-AGU nº 26: “No caso das repactuações subsequentes à primeira, o interregno de um ano deve ser contado da última repactuação correspondente à mesma parcela objeto da nova solicitação. Entende-se como última repactuação a data em que iniciados seus efeitos financeiros, independentemente daquela em que celebrada ou apostilada.”

⁸³ Vide art. 135, *caput* e § 3º, da Lei nº 14.133/2021.

⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 326.

formas de reajustamento, indicando as parcelas sobre as quais incidirá. (grifos acrescidos)

Essas duas formas de reajustamento correspondem então: a) ao reajuste em sentido estrito, para os custos decorrentes do mercado (envolvendo, por exemplo, materiais e equipamentos); e b) ao reajuste por repactuação, para os custos decorrentes da mão de obra.

2.4 EXIGÊNCIAS PARA O PLEITO E INÍCIO DOS EFEITOS FINANCEIROS

Segundo o TCU, a nota distintiva essencial entre o reajuste por índice e a repactuação é quanto à técnica empregada para promover-se o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato: no reajuste, dá-se por simples aplicação do índice definido contratualmente; na repactuação, ocorre mediante a demonstração analítica da variação dos custos do contrato.

Acórdão nº 1105/2008-Plenário⁸⁵

A diferença entre repactuação e reajuste é que este é automático e realizado periodicamente, mediante aplicação de índice de preço que, dentro do possível, deve refletir os custos setoriais. Enquanto que naquela, de periodicidade anual, não há automatismo, pois é necessário demonstrar a variação dos custos do serviço. Para que ocorra a repactuação, com base na variação dos custos do serviço contratado, deve ser observado o prazo mínimo de um ano, mediante a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos, devidamente justificada, não sendo admissível repactuação com base na variação do IGPM. (grifos acrescidos)

A repactuação depende de requerimento formal da contratada, no qual sejam explicitados os custos que sofreram variação no curso da execução contratual e a comprovação dos fatos que a provocaram. A comprovação da necessidade da repactuação de preços exige, pois, a demonstração analítica da variação dos custos, por meio da apresentação de planilhas detalhadas de composição dos itens contratados, com todos os seus insumos, especificamente em relação à mão de obra, exigência essa que hoje advém da IN Seges-MPDG nº 5/2017 e do Decreto Federal nº 9.507/2018⁸⁶, que assim dispõem:

Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017

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.

Decreto Federal nº 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:

⁸⁵ Relator Ministro Benjamin Zymler.

⁸⁶ Disposição correspondente no art. 135, *caput*, da Lei nº 14.133/2021.

- 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. (grifos acrescidos)

A repactuação só se mostra viável caso exista planilha demonstrativa da formação de preços. A instrumentalização do contrato por planilha de custos e formação de preços unitários, com detalhamento dos custos com mão de obra e demais insumos empregados na execução dos serviços, é pressuposto básico essencial da repactuação, ante a necessidade, para o deferimento desta, de demonstração analítica da variação dos preços.

Por conseguinte, a inexistência de planilha demonstrativa dos custos unitários e global inviabiliza a repactuação do contrato. Essa conclusão está em consonância com a jurisprudência do TCU, construída a partir dos revogados Decreto Federal nº 2.271/1997 e IN-MARE nº 18/1997, os quais continham dispositivos que já contemplavam semelhante previsão⁸⁷.

Acórdão nº 1574/2015-Plenário⁸⁸

A repactuação de preços aplica-se apenas às contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra e ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto 2.271/97, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços. (grifos acrescidos)

Acórdão nº 161/2012-Plenário⁸⁹

A repactuação não se aplica a contrato em que não há detalhamento, por meio de planilha de custos e formação de preços, dos custos afetos à mão de obra e aos demais insumos. Sem planilha, inviável a repactuação.⁹⁰ (grifos acrescidos)

Acórdão nº 265/2010-Plenário⁹¹

Efetue diagnóstico analítico dos componentes do custo do contrato e pondere a real necessidade de reajustar cada um deles, quando realizar repactuações de valores por meio de termo de aditamento, abstendo-se de simplesmente aplicar os percentuais de reajuste aos itens unitários, de forma a restabelecer o equilíbrio entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração do serviço,

⁸⁷ Decreto Federal nº 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 demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Instrução Normativa MARE nº 18/1997:

7.3. A repactuação será precedida de demonstração analítica do aumento dos custos, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços referida no subitem 1.1.5.

⁸⁸ Relator Ministro Benjamin Zymler.

⁸⁹ Relator Ministro Valmir Campelo.

⁹⁰ Entendeu o TCU que o reajuste de que trata a Lei nº 10.192/2001 é de aplicação automática, “mediante simples aplicação do índice de preços estabelecido no contrato”. O TCU considerou que o contrato apreciado em concreto continha previsão ilegal que estabelecia “a necessidade de reajustes com negociação entre as partes, após demonstração analítica da variação dos componentes de custo do contrato, com limitação do reajuste à variação do IGPDI/FGV ocorrida nos últimos 12 meses”.

⁹¹ Relator Ministro Raimundo Carreiro.

conforme estabelecido nos arts. 40, inciso XI; e 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993, e no art. 5º do Decreto nº 2.271/1997. (grifos acrescidos)

Acórdão nº 1563/2004-Plenário⁹²

[...] a repactuação poderá contemplar todos os componentes de custo do contrato que tenham sofrido variação, desde que haja demonstração analítica dessa variação devidamente justificada, conforme preceitua o art. 5º do Decreto 2.271/97; (grifos acrescidos)

Acórdão nº 55/2000-Plenário⁹³

8.5. determinar à Universidade Federal de Lavras que: [...]

8.5.7. na repactuação de seus contratos de serviços de natureza contínua efetuada nos termos da IN 18/97/MARE, confira se ocorreu de fato o aumento de custos alegado pela contratada, por meio de minucioso exame da Planilha de Custos e Formação de Preços apresentada, sendo que, caso seja deferido o pedido, tal estudo subsidie as justificativas formuladas pela autoridade competente; (grifos acrescidos)

O edital do certame deve exigir a indicação, pela empresa licitante (futura contratada), da convenção coletiva de trabalho (CCT) – ou instrumento equivalente – a que a empresa se vincula em função da sua atividade econômica preponderante⁹⁴, adotada para fim de elaboração da sua proposta de preço. Por ocasião da repactuação, a mesma CCT – em cotejo com a nova norma coletiva de trabalho, pactuada pelos mesmos sindicatos – servirá de base para apreciação do pedido da contratada.

Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017

Art. 54. [...].

[...]

§ 4º A repactuação para reajuste do contrato em razão de novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho deve repassar integralmente o aumento de custos da mão de obra decorrente desses instrumentos.

[...]

Art. 57. [...].

§ 1º É vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, observado o disposto no art. 6º desta Instrução Normativa. (grifos acrescidos)

Por seu turno, a Portaria-TCU nº 444/2018 elenca os documentos exigidos para fim de requerimento de repactuação.

Art. 41. O requerimento de repactuação deverá ser acompanhado de elementos que permitam aferir a variação analítica dos custos de mão de obra, tais como:

I - indicação expressa dos itens de custo que sofreram variação, acompanhada dos respectivos valores atualizados;

⁹² Relator Ministro Augusto Sherman.

⁹³ Relator Ministro Humberto Guimarães Souto.

⁹⁴ Nesse sentido já se posicionou o TCU por meio do Acórdão nº 2101/2020-Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes, nos seguintes termos: “Na elaboração de sua planilha de formação de preços, o licitante pode utilizar norma coletiva de trabalho diversa daquela adotada pelo órgão ou entidade como parâmetro para o orçamento estimado da contratação, tendo em vista que o enquadramento sindical do empregador é definido por sua atividade econômica preponderante, e não em função da atividade desenvolvida pela categoria profissional que prestará os serviços mediante cessão de mão de obra (art. 581, § 2º, da CLT e art. 8º, inciso II, da Constituição Federal).” [grifos acrescidos]

II - documentos indispensáveis à comprovação da alteração dos preços de cada um dos itens indicados, conforme o caso; e

III - novo acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, sentença normativa ou lei, motivadores do pedido de repactuação.

Art. 42. Para fins de concessão da repactuação, será necessária a constatação pela Administração de que a contratada arca efetivamente com os novos custos que ensejaram o pedido. (grifos acrescidos)

Em síntese, deverão ser apresentados pela contratada, juntamente com o seu pleito de repactuação, os seguintes documentos: a) nova planilha de custos e formação de preços; b) arrazoado que justifique tanto a elevação dos custos de itens já existentes quanto a previsão de novos custos para prestação dos serviços, em decorrência de acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho; c) norma coletiva de trabalho na qual se baseia o pedido; d) documentos que comprovem a elevação de custos com outros insumos, como uniformes, materiais e equipamentos, se for o caso.

A partir do cotejo da planilha apresentada por ocasião do pleito de repactuação com a planilha apresentada por ocasião da formulação da proposta de preço na licitação, o servidor encarregado da análise elabora nova planilha, destacando os itens de custo cuja majoração entende deva ser deferida, bem como aponta os itens cuja repactuação deva ser indeferida, consignando a devida fundamentação. Trata-se de boa prática extraída da própria jurisprudência do TCU.

Acórdão nº 2094/2010-Segunda Câmara⁹⁵

9.4.2. compare as planilhas de custos e formação de preços fornecidas pela contratada nos momentos da apresentação da proposta e do requerimento de repactuação, nos termos do § 1º, art. 57 da Lei nº 8.666, de 16 de junho de 1993, e do art. 5º do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, com vistas a verificar se ocorreu ou não a efetiva repercussão dos eventos majoradores nos custos pactuados originalmente; (grifos acrescidos)

Nem a IN Seges-MPDG nº 5/2017 nem o Decreto Federal nº 9.507/2018 preveem expressamente a possibilidade de aplicação das técnicas do reajuste em sentido estrito (reajuste por índice) e do reajuste por repactuação simultaneamente, no mesmo contrato, ou seja: utilização do reajuste por índice para parte dos custos (uniformes, materiais e equipamentos) e do reajuste por repactuação para a outra parte dos custos (mão de obra) envolvidos na execução do objeto pactuado.

Porém, essa tem sido a prática nos contratos em que, além do emprego da mão de obra cedida, há a utilização de insumos para a prestação dos serviços. Tal prática passou a ser

⁹⁵ Relator Ministro André de Carvalho.

admitida a partir das seguintes recomendações veiculadas por intermédio do Acórdão nº 1214/2013-TCU-Plenário, nos seguintes termos:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

[...]

9.1.17 a vantajosidade econômica para a prorrogação dos contratos de serviço continuada estará assegurada, dispensando a realização de pesquisa de mercado, quando:

9.1.17.1 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei;

9.1.17.2 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais; (grifos acrescidos)

Embora a matéria tratada nos dispositivos acima transcritos diga respeito à prorrogação (renovação) contratual, fica evidente que o TCU admite a aplicação, no mesmo contrato, do reajuste por índice (reajuste em sentido estrito) simultaneamente com o reajuste por repactuação.

A sobredita orientação do TCU, aplicada à renovação dos contratos de serviços contínuos prestados com mão de obra exclusiva, encontra-se hoje contemplada no item 7 do Anexo IX da IN Seges-MPDG nº 5/2017, que assim dispõe:

7. A vantajosidade econômica para prorrogação dos contratos com mão de obra exclusiva estará assegurada, sendo dispensada a realização de pesquisa de mercado, nas seguintes hipóteses:

a) quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou em decorrência de lei;

b) quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho e de lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais ou, na falta de qualquer índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA/IBGE); (grifos acrescidos)

A corroborar esse entendimento, cabe ressaltar que a norma interna de regência das contratações de serviços no âmbito do TCU (Portaria nº 444/2018) admite que, nos contratos que envolvam custos com mão de obra e custos com insumos de serviços, sejam aplicados, simultaneamente, o reajuste por índice e a repactuação.

Art. 34. [...].

[...]

§ 4º Nos contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, os insumos de serviços serão reajustados simultaneamente com a repactuação dos custos de mão de obra, desde que decorrido o interregno mínimo de doze meses, contado a partir da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir, conforme fixado em edital.

§ 5º Quando o interregno mínimo de doze meses previsto no parágrafo anterior não tiver sido cumprido, ocorrerá exclusivamente a repactuação dos custos de mão de obra, diferindo-se o reajuste dos insumos de serviços para o reajustamento seguinte.

Havendo assim, no contrato, previsão de reajustamento dos custos com mão de obra mediante o emprego do mecanismo da repactuação e reajustamento dos insumos por meio da simples aplicação de índice (setorial ou geral), o servidor encarregado da análise deverá efetuar o cálculo conforme os parâmetros contratuais e consignar, na sua instrução, as informações pertinentes aos valores e datas de produção de efeitos financeiros em momentos distintos.

É importante frisar que a repactuação produz efeitos financeiros desde o momento da ocorrência do fato gerador da majoração dos custos do contratado, ou seja, a partir da entrada em vigor do pacto normativo laboral que imponha novos custos com a mão de obra empregada na execução dos serviços⁹⁶. Foi exatamente esse o entendimento fixado pelo TCU por meio do Acórdão nº 1827/2008-Plenário⁹⁷:

[VOTO]

Sendo a repactuação contratual um direito que decorre de lei (artigo 40, inciso XI, 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. 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.

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. (grifos acrescentados)

Da mesma forma, a norma interna do TCU (Portaria nº 444/2018) estabelece que a repactuação produzirá efeitos a partir das datas em que o contratado passou a, efetivamente, suportar novos custos para prestar os serviços.

Art. 44. A repactuação produzirá efeitos financeiros a partir das datas em que se efetivarem as alterações de custo que lhe deram ensejo, conforme fixadas em acordo coletivo de trabalho, convenção coletiva de trabalho, sentença normativa, ou em lei. (grifos acrescentados)

⁹⁶ Ou da data em que, comprovadamente, ocorreu a majoração dos custos com insumos, na hipótese de o contrato prever a aplicação somente do instituto da repactuação. Essa é a regra na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que veda o reajuste por índice financeiro para contratos de terceirização.

⁹⁷ Relator Ministro Benjamin Zymler.

Nesse mesmo sentido encontra-se a matéria disciplinada no art. 58 da IN Seges-MPDG nº 5/2017, nos seguintes termos:

Art. 58. Os novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas da seguinte forma:

I - a partir da ocorrência do fato gerador que deu causa à repactuação, como regra geral;

[...]

III - em data anterior à ocorrência do fato gerador, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão de obra em que o próprio fato gerador, na forma de Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, contemplar data de vigência retroativa, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras. (grifos acrescentados)

Em síntese, a repactuação produzirá efeitos financeiros no contrato administrativo a partir do início da vigência da norma coletiva de trabalho.

2.5 PRECLUSÃO E FORMALIZAÇÃO

Ainda no âmbito do paradigmático Acórdão nº 1827/2008-Plenário⁹⁸, fez o TCU alusão ao instituto da preclusão lógica, associando-o ao seguinte contexto:

[VOTO]

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. (grifos acrescentados)

Em sintonia com o entendimento consignado no Acórdão nº 1827/2008-TCU-Plenário, supracitado, especificamente acerca do instituto da preclusão lógica, outras deliberações da Corte de Contas também são merecedoras de destaque:

Acórdão nº 2094/2010-Segunda Câmara⁹⁹

O prazo dentro do qual poderá o contratado exercer perante a Administração seu direito à repactuação contratual conta-se da data do evento que ensejar a repactuação até a data da prorrogação contratual subsequente, se for o caso, ou do encerramento do contrato, sendo que se não o fizer de forma tempestiva e, por via de consequência, prorrogar o contrato ou deixar transcorrer o prazo de vigência, ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar. (grifos acrescentados)

Acórdão nº 477/2010-Plenário¹⁰⁰

⁹⁸ Relator Ministro Benjamin Zymler.

⁹⁹ Relator Ministro André de Carvalho.

¹⁰⁰ Relator Ministro Aroldo Cedraz.

Se à época da prorrogação do contrato de prestação de serviços contínuos, mediante termo aditivo, a contratada não pleiteou a repactuação a que fazia jus e a Administração decidiu prorrogar a avença com base neste quadro, não pode a contratada, após a assinatura do mencionado aditivo, requisitar o reequilíbrio, pois isto implicaria negar à Administração a faculdade de avaliar se, com a repactuação, seria conveniente, do ponto de vista financeiro, manter o ajuste. (grifos acrescidos)
Acórdão nº 8237/2011-Segunda Câmara¹⁰¹

Se após a data do acordo coletivo que majorou os salários a contratada concorda em prorrogar o contrato sem ter solicitado o aumento dos preços contratuais, considera-se logicamente precluso seu direito à repactuação/revisão dos preços desde a data inicial do aumento salarial. (grifos acrescidos)

Acórdão nº 1601/2014-Plenário¹⁰²

Ocorre preclusão lógica do direito à repactuação de preços decorrente de majorações salariais da categoria profissional quando a contratada firma termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados. (grifos acrescidos)

Nesse mesmo diapasão, assim dispõe a IN Seges-MPDG nº 5/2017¹⁰³:

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. (grifos acrescidos)

A norma interna do TCU (Portaria nº 444/2018) também prevê a incidência da preclusão lógica nos contratos celebrados pelo Tribunal.

Art. 36. Caso a contratada não requeira tempestivamente o reajustamento de preços e prorogue o contrato sem pleiteá-lo, ocorrerá a preclusão do direito.

Parágrafo único. Também ocorrerá a preclusão do direito ao reajustamento quando este for requerido após a extinção do contrato. (grifos acrescidos)

Para a perfeita compreensão do alcance do aludido instituto no contexto das contratações públicas (conforme trazido à discussão pelo Acórdão nº 1827/2008-TCU-Plenário), é importante frisar, preliminarmente, que a prorrogação dos contratos de serviços contínuos, prevista no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993¹⁰⁴, pode ocorrer anualmente (como ordinariamente se dá), respeitados os limites estabelecidos no citado artigo.

O direito de repactuar surge com o aumento dos custos do contratado. A repactuação deve, contudo, ser pleiteada até a data da renovação (ou prorrogação) contratual subsequente,

¹⁰¹ Relator Ministro Augusto Nardes.

¹⁰² Relator Ministro Benjamin Zymler.

¹⁰³ Disposição correspondente no art. 131, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021.

¹⁰⁴ Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...]

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

sob pena de preclusão (perda da faculdade de pleitear). A extinção do contrato acarreta, também, a preclusão do direito de requerer a repactuação.

Se o contratado não pleitear a repactuação e renovar o contrato sem realizá-la, tampouco ressaltando o direito expressamente no termo aditivo de prorrogação, ocorrerá a preclusão do seu direito de repactuar. Caso o acordo ou convenção coletiva não tenha sido registrado na Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia até a data da prorrogação ou do término da vigência contratual, conforme o caso, o contratado deverá resguardar o seu direito, manifestando expressamente, antes da renovação da vigência ou do encerramento do contrato, sua intenção de exercê-lo tão logo ocorra a formalização do pacto normativo laboral.

Nessas condições, ao não manifestar a sua intenção de repactuar preços, operar-se-á preclusão lógica do seu direito de repactuação. A preclusão lógica (ou renúncia tácita à repactuação) decorre do fato de o contratado praticar ato incompatível com a pretensão de repactuar, qual seja, renovar o contrato mantendo o preço anteriormente pactuado.

Não se pode olvidar que a autonomia da vontade deve estar intimamente associada à boa-fé objetiva, a qual constitui um modelo de conduta ou um padrão ético de comportamento que impõe concretamente a todos (pessoa física ou jurídica) que, na sua vida de relação, atuem com honestidade, lealdade e probidade¹⁰⁵. E essa boa-fé impõe, entre outras consequências, a vedação do comportamento contraditório. Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁰⁶, o comportamento contraditório em si não é proibido, mas o que se coíbe é o comportamento contraditório desleal, que viola a confiança criada na outra parte.

Assim, quando uma das partes da relação comercial adota uma determinada conduta, faz nascer a crença na outra parte de que não se exercitará um determinado direito ou, ao contrário, que será ele exercitado nos termos da postura anterior.

A boa-fé objetiva, como princípio, apresenta a teoria do *venire contra factum proprium* como uma das suas variantes, enquadrando-se claramente no cenário em apreço. O comportamento de um dos contratantes (empresa contratada), ao renovar o contrato sem pleitear a repactuação, gerou expectativa no outro contratante (Administração) de que teria havido a renúncia ao direito de repactuar. No entanto, de modo absolutamente oposto, depois de já celebrado o aditivo de prorrogação da avença, a pessoa jurídica contratada ignora tal renúncia tácita e sustenta o seu direito à repactuação. Opera-se assim a preclusão lógica.

¹⁰⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

¹⁰⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 642.

Quando da análise do pleito de repactuação formulado pela empresa contratada, o servidor da Administração encarregado deve então consignar na instrução se o pedido reúne condições de procedibilidade, vale dizer, se não houve, antes da apresentação do requerimento, a renúncia tácita do direito pela preclusão lógica. Caso positivo, deve-se demonstrar a sua ocorrência e propor o indeferimento do pedido.

Uma vez que a repactuação é tida como espécie de reajuste, a formalização da alteração do preço pactuado se dá por simples apostilamento, conforme prevê o art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666/1993.

Art. 65 [...].

[...]

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento. (grifos acrescidos)¹⁰⁷

Exige-se, no entanto, a formalização da repactuação (e do reajuste em sentido estrito, quando processado simultaneamente com aquela) por meio de termo aditivo quando concedida no mesmo momento em que são pactuadas eventuais alterações no contrato (qualitativas, quantitativas, renovação da vigência, prorrogação do prazo de execução etc.). É essa a dicção do art. 57, § 4º, da IN Seges-MPDG nº 5/2017.

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. (grifos acrescidos)

Por oportuno, cabe transcrever os dispositivos da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) que dispõem sobre a repactuação de preços.

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;

Art. 92. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabelecem: [...]

X – o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;

[...]

§ 4º Nos contratos de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento de preços será por:

¹⁰⁷ Disposição correspondente no art. 136 da Lei nº 14.133/2021.

I – reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;

II – repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

[...]

§ 6º Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento da documentação prevista no § 6º do art. 134 desta Lei.

Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:

I – à da apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado;

II – ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra.

[...]

§ 3º A repactuação deverá observar o interregno mínimo de 1 (um) ano, contado da data da apresentação da proposta ou da data da última repactuação.

§ 4º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto 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.

[...]

Art. 136. Registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações:

I - variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato; (grifos acrescidos)

Constatam-se então as seguintes inovações promovidas pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos em relação à ordem jurídica vigente:

1ª) caracterização da repactuação como sendo o instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (mecanismo de reequilíbrio) de contrato utilizada tanto para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, quanto para serviços de natureza continuada que, mesmo não sendo prestados mediante cessão ou dedicação exclusiva de mão de obra, tenham a mão de obra como seu elemento predominante em termos de custos, se comparada aos demais insumos utilizados na execução do objeto pactuado;

2ª) fixação de prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, preferencialmente de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento, pelo contratado, de documentação contendo a 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 fundamenta a repactuação.

3. REPACTUAÇÃO COMO ESPÉCIE DE REVISÃO E NÃO DE REAJUSTE

3.1 CARACTERÍSTICAS COMUNS ENTRE A REVISÃO E A REPACTUAÇÃO

Não obstante ser incontroverso que as normas coletivas de trabalho são de observância cogente (arts. 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso VI, ambos da Constituição Federal¹⁰⁸), o TCU tem entendimento no sentido de que o incremento de custos ao empregador por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 611, *caput* e § 1º, da CLT¹⁰⁹) a que ele se vincula, ainda que com significativos reflexos na equação econômico-financeira do contrato administrativo celebrado com o ente público, não dá azo à revisão de preços, sendo aplicável, nesse caso, a técnica da repactuação.

Como já frisado, esse entendimento da Corte de Contas começou a ser delineado no Acórdão nº 1563/2004-Plenário¹¹⁰, no qual restou deliberado¹¹¹:

9.1.2. os incrementos dos custos de mão-de-obra ocasionados pela data-base de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua não se constituem em fundamento para a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro;

9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano [...] conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97;

9.1.4. no caso das repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subsequentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano [...] conta-se a partir da data da última repactuação, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.1 da IN/Mare 18/97; (grifos acrescidos)

Da leitura do sobredito acórdão, depreende-se que o TCU chegou à conclusão de que repactuação não é espécie de revisão de preços – e sim de reajuste – pelo fato de os

¹⁰⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

[...]

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...]

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

¹⁰⁹ Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

§ 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. (grifos acrescidos)

¹¹⁰ Relator Ministro Augusto Sherman.

¹¹¹ No mesmo sentido há diversos julgados do STJ.

“incrementos dos custos de mão de obra” por força de acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho não se constituírem, na ótica da Corte de Contas, em fundamento para a “alegação de desequilíbrio econômico-financeiro” a justificar a incidência do mecanismo da revisão de preços, ou seja, tratar-se-ia de álea ordinária (risco do negócio) e não de álea extraordinária.

O TCU considerou então que só haveria falar em efetivo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato caso o fato gerador fosse um daqueles previstos no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993, quais sejam, “fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe”. Em síntese, o eventual incremento dos custos de mão de obra por força de norma coletiva de trabalho não provocaria, sob o prisma do TCU, reflexos na equação econômico-financeira contratual aptos a justificar a revisão de preços.

Ainda sobre a matéria, instado a se manifestar em sede de consulta, o TCU prolatou o Acórdão nº 2225/2005-Plenário¹¹², nos seguintes termos:

[VOTO]

2. Trata-se de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Deputado Federal Severino Cavalcanti, na ocasião em que presidia a Câmara dos Deputados, pela qual indaga se os incrementos dos custos de mão-de-obra ocasionados pela data-base de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua não se constituiriam em fundamento para a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro.

[...]

8. Dado que o reajuste ocorrerá, e a despeito da incerteza relativa ao índice e à ocorrência ou não de abonos, não há como se aplicar aqui qualquer variante da teoria da imprevisão, pois o reajuste trabalhista não é resultante de evento aleatório. Há neste caso tão-somente o reflexo nos custos da previsão de uma realidade existente, ou seja, o fenômeno inflacionário.

[...]

12. Considerando que não foram esses os termos da Consulta formulada pelo Presidente da Câmara, mesmo assim, penso ser de bom alvitre lembrar ao ilustre consulente que, na mesma decisão ensejadora da presente consulta, Acórdão nº 1.563/2004-TCU-Plenário, da relatoria do eminente Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, ficou esclarecido que o incremento dos custos de mão-de-obra em razão de dissídios coletivos das categorias profissionais não é hipótese ensejadora de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas sim de adequação de preços contratuais por meio de repactuação, com fundamento no art. 5º do Decreto 2.271/97.

[ACÓRDÃO]

9.2. responder ao ilustre consulente que a viabilidade da situação por ele em tese descrita contraria o disposto no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666/93, que estabelece as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Tal posição é corroborada pelo STJ, pelo teor das deliberações contidas nos RESPs 134797/DF, 411101/PR e 382260/RS, das quais se retira que o aumento salarial a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo não é fato imprevisível

¹¹² Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

capaz de autorizar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de que trata o art. 65 da Lei 8.666/93; (grifos acrescentados)

Pelo teor da parte dispositiva do sobredito acórdão, percebe-se nitidamente que a Corte de Contas, em resposta à consulta que lhe foi endereçada, considerou como “incrementos dos custos de mão-de-obra ocasionados pela data-base de cada categoria profissional” tão somente o “aumento salarial a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo”, para então concluir que o mero incremento (reajuste) salarial não é fato ensejador de reequilíbrio fundado no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993¹¹³.

Segundo Dias¹¹⁴, diferentemente do que fora sustentado pelo TCU, sobretudo após o advento do Plano Real, o qual propiciou o controle do processo inflacionário e a consequente estabilidade econômica, a vinculação dos incrementos salariais aos índices oficiais de inflação (indexação), antes regra no âmbito das negociações coletivas de trabalho, vem cedendo cada vez mais espaço à livre negociação entre sindicatos de empresas e de trabalhadores, à exceção da definição do salário mínimo, ainda fixado por lei.

Em relação ao novo contexto das relações de trabalho no âmbito das empresas, Porto¹¹⁵ assinala que “os novos métodos de organização do trabalho, a automação, a microeletrônica, a terceirização são todos conceitos ligados à noção de flexibilidade tão cara às empresas de hoje.”

Ainda em contrariedade ao entendimento do TCU, quando uma convenção coletiva de trabalho (CCT) fixa novos patamares de salário para a categoria profissional envolvida na prestação de serviço contínuo com dedicação exclusiva de mão de obra, há sim, a partir do início dos efeitos financeiros da norma laboral – o que por vezes ocorre de forma retroativa – aumento de encargos para a contratada (elevação dos seus custos), com reflexos imediatos no equilíbrio econômico-financeiro da avença celebrada com o Poder Público.

Não se pode olvidar que, além do incremento salarial¹¹⁶, com os respectivos encargos trabalhistas e previdenciários que lhe são decorrentes, outros direitos/benefícios poderão ser

¹¹³ Nesse mesmo sentido também se manifestou o TCU ao proferir o Acórdão nº 1621/2011-Primeira Câmara, Relator Ministro Valmir Campelo: “Reajuste salarial não é situação para reequilíbrio econômico-financeiro contratual.”

¹¹⁴ DIAS, M. P. Negociação coletiva de salários no Brasil após o plano real: um ensaio sobre os fatores determinantes de seus resultados. 2012. 47 f. Dissertação (Mestrado em Economia), Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

¹¹⁵ PORTO, R. G. A Negociação coletiva de trabalho e a (RE) construção das relações de trabalho na sociedade contemporânea. 2012. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 68.

¹¹⁶ Conforme o item XXII do Anexo I da IN Seges-MPDG nº 5/2017, salário é o “valor a ser efetivamente pago ao profissional envolvido diretamente na execução contratual, não podendo ser inferior ao estabelecido em Acordo ou Convenção Coletiva, Sentença Normativa ou lei. Quando da inexistência destes, o valor poderá ser

criados/majorados por força da norma coletiva de trabalho, a exemplo de auxílio odontológico, plano de saúde, auxílio-funeral, auxílio alimentação, adicionais etc., incrementando ainda mais os custos da contratação e, via de consequência, acentuando o desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato.

Especificamente acerca do alcance da expressão ‘custos de mão de obra’, esclarece Ricardo Ribeiro¹¹⁷:

Custos de mão de obra são os direta ou indiretamente decorrentes das obrigações de pagamento de remuneração aos trabalhadores da empresa alocados na prestação de serviços continuados para a Administração Pública. Compreendem não só o pagamento dos componentes da própria *remuneração* (ex.: salário, adicional noturno, adicional de periculosidade), como os *encargos trabalhistas* conexos (ex.: décimo terceiro, aviso prévio, férias com o terço constitucional) e os gastos com *benefícios* concedidos aos trabalhadores (ex.: transporte, assistência médica, auxílio alimentação). Sobre o valor da remuneração e dos encargos trabalhistas, incidem, ainda, tributos que geram um custo usualmente denominado de *encargos sociais* (ex.: contribuição previdenciária, salário educação).

Como destaca Matos¹¹⁸, “em uma contratação que envolva terceirização de mão-de-obra, a remuneração é o principal componente base na formação de preços da contratação, e qualquer aumento neste item impacta em todas as outras rubricas existentes no custo efetivo da contratação, inclusive o lucro da contratada”.

Nesse contexto, a superveniência da norma coletiva de trabalho no curso da execução contratual evidenciar-se-ia, portanto, como fato previsível de consequências incalculáveis¹¹⁹, a justificar, nesse contexto, a pertinência da utilização do mecanismo da revisão. É importante enfatizar que não é só a questão salarial que nela estará envolvida, podendo também ser incluídos outros direitos/benefícios em favor dos trabalhadores de determinada categoria profissional. Não obstante a previsibilidade quanto à ocorrência da convenção coletiva de trabalho (anualmente), não é possível dimensionar prévia e precisamente o seu impacto nos custos da contratação.

aquele praticado no mercado ou apurado em publicações ou pesquisas setoriais para a categoria profissional correspondente”.

¹¹⁷ RIBEIRO, R. S. Terceirizações na Administração Pública e equilíbrio econômico dos contratos administrativos: repactuação, reajuste e revisão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

¹¹⁸ MATOS, A. D. Terceirização: Os reflexos das repactuações dos contratos celebrados com a administração pública com base nas convenções coletivas de trabalho. 2017. 80 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialista em Direito Administrativo), do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, Brasília, 2017.

¹¹⁹ Ainda que se admita a existência de certa periodicidade na data-base de uma categoria profissional, garantindo previsibilidade quanto à edição da norma coletiva de trabalho, o mesmo não se pode dizer acerca do seu conteúdo, com reflexos incalculáveis nos custos da contratada, acarretando significativo desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato.

O entendimento de que a superveniência de norma coletiva de trabalho no curso da execução contratual pode ser evidenciada como fato previsível de consequências incalculáveis também é sustentado por Lucas Furtado¹²⁰:

Por outro lado, sendo o dissídio das categorias profissionais um fato mais do que previsível, não caberia alegar a sua ocorrência como fundamento para a recomposição dos preços do contrato, conforme analisamos em exemplo anteriormente mencionado. A lei, porém, dispõe que o fato provocador do desequilíbrio do contrato não necessariamente terá de ser imprevisível. Ainda que ele pudesse ser previsto (a realização do dissídio da categoria), se seus efeitos (o valor do reajuste obtido pela categoria) forem “incalculáveis”, estará autorizada a recomposição de preços.

Imagine uma categoria que, nos dias atuais, com a inflação próxima a 0% ao ano, obtivesse um aumento de 20%. Ainda que o fato seja previsível (a realização do dissídio), o seu efeito (o valor do reajuste obtido pela categoria) seria incalculável. Desse modo estaria justificada a aplicação da teoria da imprevisão para que se concedesse a recomposição do preço do contrato.

Fato é que as deliberações do TCU acabaram sendo a fonte de inspiração da hoje vigente IN Seges-MPDG nº 5/2017 (assim como o foram da revogada IN SLTI-MPOG nº 2/2008, com a redação que lhe foi conferida pela IN SLTI-MPOG nº 3/2009). Não por outra razão assim dispõe a aludida norma regulamentar:

Art. 54. A repectuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir.

§ 1º A repectuação para fazer face à elevação dos custos da contratação, respeitada a anualidade disposta no *caput*, e que vier a ocorrer durante a vigência do contrato, é direito do contratado e não poderá alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, conforme estabelece o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo assegurado ao prestador receber pagamento mantidas as condições efetivas da proposta. (grifos acrescidos)

Acontece que, tal qual ocorre na revisão de preços, a repactuação produz efeitos financeiros desde o momento da ocorrência do fato gerador da majoração dos custos da contratada. Essa é justamente a regra insculpida no art. 58 da própria IN Seges-MPDG nº 5/2017, que assim dispõe:

Art. 58. Os novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas da seguinte forma:

I - a partir da ocorrência do fato gerador que deu causa à repactuação, como regra geral;

[...]

III - em data anterior à ocorrência do fato gerador, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão de obra em que o próprio fato

¹²⁰ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 4ª edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 305-306.

gerador, na forma de Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, contemplar data de vigência retroativa, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras. (grifos acrescentados)

Impende ressaltar aqui que o próprio inciso III do sobredito art. 58 faz expressa alusão ao mecanismo da revisão de preços na situação de a norma coletiva de trabalho prever efeitos financeiros retroativos (data de vigência retroativa), caso contrário a regra da anualidade, típica do reajuste de preços e erroneamente associada ao instituto da repactuação para o incremento de custos de mão de obra, ficaria totalmente comprometida¹²¹. Não se pode perder de perspectiva que, consoante o § 3º do art. 61 da própria IN Seges-MPDG nº 5/2017, “São nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual”.

Nas situações que envolvem efeitos financeiros retroativos, Ricardo Ribeiro¹²² também defende a incidência do mecanismo da revisão de preços, não associada, no caso, à teoria da imprevisão.

Se a data-base for postergada, o início dos efeitos financeiros da repactuação dos custos de mão de obra a ela vinculados deverá ser fixado na nova data. Se essa data-base for antecipada para janeiro, e não mais em março, por exemplo, surgirá um problema jurídico, pois isso significará a desobediência à regra da anualidade. Entre o início dos efeitos financeiros da nova repactuação e da repactuação anterior teria decorrido um interregno mínimo inferior a um ano. Pergunta-se: seria possível repactuar nessas condições? A resposta é negativa, pois a regra da anualidade seria violada. A despeito disso, lembremos que o incremento de custos de mão de obra estipulado por CCT ou por ACT é obrigatório em razão da natureza normativa desses instrumentos, o que suscita a incidência do art. 65, §5º, da Lei nº 8.666/93.

[...]

Por esse dispositivo, a criação, alteração ou extinção de qualquer encargo legal, inclusive na tributação, implicará revisão dos preços a serem pagos para mais ou para menos. Não se trata aqui de aplicação da teoria da imprevisão. O art. 65, §5º, mereceu tratamento em dispositivo distinto do art. 65, II, “d”: é, portanto, uma espécie diferenciada de revisão contratual que não se confunde com a álea econômica. É por essa razão que incidirá sempre que houver repercussão nos preços contratados.

Desse modo, nos parece que o art. 65, §5º, da Lei nº 8.666/93 não contempla um caso de fato do príncipe, mas outra hipótese de revisão que com ele não se confunde. Lembremos, ainda, que CCTs e ACTs, apesar de serem atos normativos, não são produzidos pelo Estado e, ainda assim, podem ser enquadrados no art. 65, §5º, nas condições especiais já vistas (revisão por antecipação de data-base da categoria). [grifos acrescentados]

¹²¹ Seria então completamente desarrazoado admitir que a situação a que se reporta o inciso III do art. 58 da IN Seges-MPDG nº 5/2017 (antecipação dos efeitos da data-base, por exemplo) representaria, na verdade, exceção à regra da anualidade. Ao contrário, essa regra é absolutamente inócua para fim de repactuação.

¹²² RIBEIRO, R. S. Terceirizações na Administração Pública e equilíbrio econômico dos contratos administrativos: repactuação, reajuste e revisão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

Em termos práticos, se os efeitos financeiros decorrentes da norma coletiva de trabalho editada em função da data-base da categoria envolvida na prestação dos serviços contratados pela Administração forem antecipados para uma data anterior àquela (exemplo: data-base em 1º de maio e efeitos financeiros retroativos a 1º de janeiro), esta última data passará a ser considerada o novo parâmetro para fim de repactuação. É importante frisar que a previsão de pagamento retroativo está longe de representar exceção nas convenções coletivas de trabalho¹²³.

A despeito de o TCU e as normas de regência considerarem a repactuação como espécie de reajuste de preços, e ambos os institutos exigirem a observância do lapso temporal de um ano para o seu pleito (regra da anualidade), tal prazo, em se tratando de repactuação, é mera ficção, já que o que realmente ocorre é uma revisão de preços que tem como fato gerador o novo acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho.

Mais especificamente, tão logo haja a superveniência da norma coletiva de trabalho, com a definição de seus efeitos financeiros sobre os custos de mão de obra da contratada (fato previsível de consequências incalculáveis), esta estará apta a pleitear perante a Administração, independentemente do aguardo de qualquer lapso temporal, a repactuação¹²⁴ dos preços praticados até então. Na prática, o processamento da repactuação é exatamente igual ao que se verifica por ocasião dos pleitos de revisão de preços.

A propósito, em relação ao incremento dos custos de mão de obra (decorrente da convenção coletiva de trabalho), não há nenhum risco a ser assumido pelo particular contratado, que pudesse configurar álea ordinária¹²⁵. A rigor, o risco será todo transferido para a Administração contratante, pois, como já frisado, tão logo haja a superveniência da norma coletiva de trabalho, com a definição de seus efeitos financeiros sobre os custos de mão de obra da contratada – fato previsível de consequências incalculáveis, pois não é possível

¹²³ Apenas a título de exemplo, cabe citar a Convenção Coletiva de Trabalho – CCT nº CE000254/2012, referente aos trabalhadores em informática e processamento de dados com abrangência no estado do Ceará, registrada no Ministério do Trabalho – MTE em 07/03/2012: Parágrafo Terceiro da Cláusula Terceira: “Parágrafo Terceiro: Os salários e benefícios financeiros incluídos nesta Convenção, inclusive as férias e seus acréscimos legais e o vale alimentação estipulados são devidos aos empregados a partir do dia 01 de janeiro de 2012. Referidas diferenças devem ser pagas juntamente com a folha de março de 2012. Após referida data, o não cumprimento da obrigação será entendido como descumprimento da Convenção coletiva de Trabalho.” (grifos acrescidos)

¹²⁴ Num contrato de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra, tem-se a repactuação (espécie de revisão) para os custos de mão de obra, e o mero reajuste de preços (por índices setoriais ou gerais) para os demais insumos envolvidos na prestação dos serviços (uniformes, materiais e equipamentos).

¹²⁵ Outro argumento é que a própria Constituição Federal confere força normativa às convenções coletivas; por seu turno, o art. 611-A da CLT confere força a tais normas de tal sorte que elas preponderam sobre a lei. Dado o caráter normativo, pode-se sustentar que as normas coletivas ensejam a revisão por serem normas de observância cogente pelo contratado, com impacto direto nos preços pactuados, à semelhança do que ocorre com o fato do príncipe.

antever o seu impacto –, esta estará apta a pleitear perante a Administração a repactuação dos preços praticados.

Conforme adverte Madela¹²⁶, “os salários são reajustados anualmente através das convenções coletivas de trabalho (CCT’s), e tais reajustes são necessariamente absorvidos pelos contratos administrativos devido à obrigatoriedade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro”. E corrobora Matos¹²⁷:

Diante desse cenário, poder-se-ia aventar que não há interesses contrapostos nas Convenções Coletivas de Trabalho dos Sindicatos envolvidos na prestação de serviços de terceirização, uma vez que os ônus pela majoração dos encargos será totalmente suportado pela Administração Pública e a empresa prestadora de serviços ainda verá seu lucro, que estará legitimamente previsto em planilha descritiva de custos como sendo diretamente proporcional aos custos com a mão-de-obra, ser reajustado, por via reflexa, em montantes acima dos índices de inflação.

Esse mesmo raciocínio vale para as situações em que há aumento da tarifa de transporte público numa determinada municipalidade, evento de certa forma imprevisível quanto à sua ocorrência e ainda com reflexos de difícil dimensionamento nos custos de mão de obra do contrato administrativo de prestação de serviços. Apesar de esse incremento de custos para a empresa contratada não ser decorrência de acordo ou convenção coletiva de trabalho, e sim de simples imposição do poder estatal (pela via do decreto), com efeitos financeiros desde a ocorrência do fato gerador, o instrumento de reequilíbrio a ser utilizado é o da repactuação, consoante dispõe a Orientação Normativa SLTI-MPOG nº 2/2014¹²⁸:

I - os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão observar, nos processos de repactuação referentes a serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, quando envolver reajuste do vale transporte, as seguintes condições:

- a) a majoração da tarifa de transporte público gera a possibilidade de repactuação do item relativo aos valores pagos a título de vale-transporte;
- b) o início da contagem do prazo de um ano para a primeira repactuação deve tomar como referência a data do orçamento a que a proposta se refere, qual seja, a data do último reajuste de tarifa de transporte público;
- c) os efeitos financeiros da repactuação contratual decorrente da majoração de tarifa de transporte público devem vigor a partir da efetiva modificação do valor de tarifa de transporte público; (grifos acrescidos)

¹²⁶ MADELA, V. Z. Impacto das negociações sindicais no orçamento público federal: análise das despesas com serviços terceirizados nos exercícios de 2007 a 2011. 2012. 86 f. Monografia (Especialização em orçamento público). Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, Brasília, 2012, p. 64.

¹²⁷ MATOS, A. D. Terceirização: Os reflexos das repactuações dos contratos celebrados com a administração pública com base nas convenções coletivas de trabalho. 2017. 80 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialista em Direito Administrativo), do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2017, p. 60.

¹²⁸ Tal “orientação” não pode se sobrepor à lei, ou seja, não se pode dela extrair comando que confronte com a lei, que garante a revisão por força de ato normativo estatal (é o caso). A orientação é no sentido de que a majoração do vale-transporte “gera a possibilidade de repactuação”, a significar que esse item pode ser discutido na repactuação, não sendo razoável exigir que o particular formulasse, no caso, pedido autônomo de revisão.

A situação muda completamente quando o fato gerador do desequilíbrio é, pura e simplesmente, o fenômeno inflacionário, em que incide o mecanismo do reajuste de preços. Nesse caso, mês a mês, há um desequilíbrio na equação econômico-financeira (inflação mensal), que deverá ser totalmente suportado (assumido) pelo contratado (aqui sim álea ordinária, contornável mediante adequado planejamento) e perfeitamente dimensionado quando da formulação da sua proposta na licitação.

Isso porque somente após o interregno de um ano é que o contratado poderá efetivamente pleitear o reajuste de preços perante a Administração contratante. Em termos práticos, ele sabe de antemão que, durante esse lapso temporal, que tem como marco inicial a data da apresentação da proposta de preço na licitação, qualquer incremento de custos decorrente do processo inflacionário terá que ser por ele suportado¹²⁹.

E apesar de sustentar a necessidade da observância do prazo mínimo de um ano para a repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua envolvendo dedicação exclusiva de mão de obra, o próprio TCU, de forma até mesmo conflitante, contraditória, tem sustentado que a repactuação é devida a partir do fato gerador do desequilíbrio, qual seja, a contar do momento da efetiva majoração dos custos da contratada. Foi exatamente esse o entendimento fixado pelo TCU por meio do paradigmático Acórdão nº 1.827/2008-Plenário¹³⁰:

[VOTO]

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. 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.

[...]

Portanto, em vista de todas as razões apresentadas, 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. (grifos acrescentados)

Ainda com relação ao Acórdão nº 1827/2008-TCU-Plenário, o próprio Ministro-Relator Benjamin Zymler, em seu voto, ao discorrer sobre o instrumento da repactuação, associou-o expressamente ao mecanismo da revisão de preços, nos seguintes termos:

¹²⁹ Com a Lei nº 14.133/2021, há uniformidade do marco temporal inicial para contagem da anualidade, aplicável tanto ao reajuste quanto à repactuação, qual seja, a data do orçamento a que se referir a proposta, sendo que, no reajuste, é a data do orçamento base, e, na repactuação, é a data-base fixada na CCT.

¹³⁰ Relator Ministro Benjamin Zymler.

Sendo a repactuação contratual um direito que decorre de lei (artigo 40, inciso XI, 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. 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.

A partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou 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. (grifos acrescidos)

Tal qual ocorre na revisão de preços, a repactuação é decorrente de uma elevação anormal de custos. No caso do reajuste, a elevação de custos é absolutamente normal, comum de mercado. A propósito, a conclusão de que o emprego da técnica da repactuação se faz necessário para contornar elevação anormal de custos de mão de obra (álea extraordinária) foi externada pelo próprio TCU, nos seguintes termos:

Acórdão nº 2408/2009-Plenário¹³¹

A comprovação da necessidade de repactuação de preços, decorrente da elevação anormal de custos, exige a apresentação de planilhas detalhadas de composição dos itens contratados, com todos os seus insumos, assim como dos critérios de apropriação dos custos indiretos. (grifos acrescidos)

Em outra deliberação mais recente, o Pleno do TCU, por meio do Acórdão nº 712/2019¹³², ao apreciar os efeitos da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017¹³³) na planilha de custos e formação de preços de contratos que envolvem a prestação de serviços de vigilância com jornada em regime de 12x36 horas, deliberou no sentido de que os órgãos e entidades da Administração Pública deveriam promover, em relação a tais contratos, revisão ou repactuação (em proveito, pois, da Administração contratante e não da empresa contratada¹³⁴), conforme o caso, haja vista a superveniência de fato imprevisível ou previsível

¹³¹ Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues.

¹³² Relator Ministro Bruno Dantas.

¹³³ O legislador potencializou a negociação coletiva, um dos direitos fundamentais dos trabalhadores como previsto no art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, que reconhece os instrumentos a ela inerentes, a convenção e o acordo coletivo, ao estabelecer a regra geral da possibilidade de negociação dos direitos trabalhistas, com preferência sobre a legislação estatal, conforme o caput do art. 611-A da CLT, reconhecendo, por outro lado, os direitos mínimos que não podem ser objeto de qualquer ato de disposição, nos termos do art. 611-B da CLT. A regra agora é que os próprios atores sociais possuem o poder de auto-regulamentação, ficando eliminada a insegurança jurídica acerca do objeto da negociação, o que privilegia a autonomia coletiva de vontade.

¹³⁴ Tal qual ocorre com a revisão, a repactuação de preços pode ser para mais ou para menos, isto é, em proveito da pessoa jurídica contratada ou da própria Administração contratante (via de duas mãos), a depender obviamente da situação concreta.

de consequências incalculáveis (álea extraordinária)¹³⁵, à evidência da similitude entre os institutos, senão veja-se:

Os órgãos e entidades da Administração Pública devem promover revisão ou repactuação, conforme o caso, dos contratos de serviços prestados mediante dedicação exclusiva de mão de obra com jornada em regime de 12x36 horas, tendo em vista as alterações trazidas pelo art. 59-A do Decreto-lei 5.452/1943 (CLT), incluído pela Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista), por não serem mais devidos o pagamento em dobro pelo trabalho realizado em feriados e o adicional noturno nas prorrogações de trabalho noturno, salvo se previstos em acordo, convenção coletiva ou contrato individual de trabalho. (grifos acrescidos)

Da mesma forma que o TCU tem exigido dos agentes públicos, antes de concederem pleitos de revisão de preços, a verificação da repercussão dos eventos majoradores nos custos pactuados originalmente, esse mesmo cuidado lhes vem sendo exigido para a concessão da repactuação, o que reforça ainda a semelhança existente entre estes dois mecanismos de reequilíbrio. Foi o que se verificou, por exemplo, quando da prolação do Acórdão nº 2094/2010-Segunda Câmara¹³⁶, em que o Tribunal deliberou no seguinte sentido:

9.4.2. compare as planilhas de custos e formação de preços fornecidas pela contratada nos momentos da apresentação da proposta e do requerimento de repactuação, nos termos do § 1º, art. 57 da Lei nº 8.666, de 16 de junho de 1993, e do art. 5º do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, com vistas a verificar se ocorreu ou não a efetiva repercussão dos eventos majoradores nos custos pactuados originalmente; (grifos acrescidos)

Para corroborar a assertiva de que é significativo o volume de recursos públicos despendidos em repactuações – decorrentes de convenções coletivas de trabalho – nos contratos de prestação de serviços contínuos em que o custo da mão de obra é preponderante, cabe atentar para as conclusões a que chegou Rodrigo Garcez¹³⁷ ao analisar economicamente os “efeitos das negociações coletivas sobre o orçamento da Universidade de Brasília (UNB), em decorrência das repactuações dos contratos de terceirização de mão-de obra de vigilância e limpeza/conservação”, no período de 2013 a 2018. As conclusões são relevantes pois praticamente todos os órgãos e entidades da Administração Pública, independentemente de sua missão institucional, celebram contratos com esse mesmo objeto.

¹³⁵ Poder-se-ia até mesmo dizer que a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) configura-se como fato do príncipe, enquadrando-se no contexto da “superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados”, constante do art. 65, § 5º, da Lei nº 8.666/1993.

¹³⁶ Relator Ministro André de Carvalho.

¹³⁷ GARCEZ, Rodrigo Siqueira. Análise Econômica do Direito (AED) de Repactuação: o impacto das negociações coletivas nos contratos de terceirização de mão-de-obra na UnB / Rodrigo Siqueira Garcez; orientador José Carneiro da Cunha Oliveira Neto. Brasília, 2019, p. 208-211.

[...] é possível afirmar que a remuneração é a parcela mais importante na formação do preço do contrato, pois é a partir dela que os outros itens da planilha são ajustados. Em suma, é possível afirmar que nas situações/alterações analisadas, nestes contratos, o impacto econômico causado por esta rubrica se mostrou o mais significativo e que os benefícios assistenciais têm grande relevância no preço contratual.

[...]

No entanto, o problema principal identificado, da UnB, não foi diretamente ou apenas os aumentos remuneratórios das categorias dos contratos, mas sim a forte pressão fiscal na adequação do orçamento, diante de cortes significativos e sucessivos no orçamento da instituição.

Mas de sorte, a teoria dos contratos incompletos foi crucial para este resultado, pois caso não existissem mecanismos mais flexíveis no contrato como supressão (ou acréscimo), negociações, parcelamento, a situação orçamentária atual da UNB não seria suficiente para suprir o aumento dos contratos decorrentes da majoração dos itens da planilha relacionada a acordo, convenção coletiva de trabalho, dissídio coletivo, tarifas públicas, ou itens previsto no contrato inicialmente, objetos de repactuação.

[...]

Quanto ao fato da doutrina jurídica afirmar que a repactuação é um fato previsível e suportável, a contribuição da pesquisa sobre isto é que de fato a periodicidade é previsível, mas ao analisar a magnitude da ocorrência esta não se comporta com previsibilidade. (grifos acrescidos)

A propósito, “a forte pressão fiscal na adequação do orçamento” – visando ao ajuste das contas públicas – a que Rodrigo Garcez se referiu nas suas conclusões está relacionada à Emenda Constitucional nº 95/2016¹³⁸, que conferiu ao art. 107, § 1º, do ADCT a seguinte redação:

Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:

[...]

§ 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá:

I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e

II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária. (grifos acrescidos)

Em algumas situações, diante do significativo impacto que as negociações coletivas de trabalho produzem nas despesas públicas com contratações de serviços contínuos prestados mediante dedicação exclusiva de mão de obra e do direito subjetivo do contratado à repactuação, não restará à Administração contratante outra saída que não reduzir o número de

¹³⁸ Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para instituir o “Novo Regime Fiscal”.

postos de trabalho – ou a própria quantidade de serviços – demandados na execução contratual.

3.2 ANÁLISE CRÍTICA DOS PARADIGMÁTICOS ACÓRDÃOS NºS 1827/2008 E 1828/2008 DO TCU

No voto condutor do paradigmático Acórdão nº 1827/2008-TCU-Plenário, proferido na sessão do Pleno de 27/8/2008 (de teor praticamente idêntico ao voto condutor do Acórdão nº 1828/2008-TCU-Plenário¹³⁹, prolatado na mesma sessão), o Ministro-Relator Benjamin Zymler inaugurou a tese de que repactuação é espécie de reajuste de preços, deixando de considerar, no entanto, para chegar a esse entendimento, praticamente todas as inovações da Instrução Normativa SLTI-MPOG nº 2/2008, de 30/4/2008 (entrou em vigor sessenta dias após a sua publicação, portanto em 30/6/2008), que haviam sido introduzidas na ordem jurídica em substituição ao texto da Instrução Normativa MARE nº 18/1997, a qual ela mesmo revogou.

Não obstante esse novo cenário jurídico, a IN-MARE nº 18/1997 foi, juntamente com o Decreto Federal nº 2.271/1997, reiteradamente invocada pelo Ministro Zymler em seu voto. Todavia, ao discorrer sobre o caso concreto tratado naqueles autos, ele aduziu considerações que acabavam por aproximar a repactuação do mecanismo da revisão de preços, estando assim, contraditoriamente, em sintonia com o conteúdo da IN SLTI-MPOG nº 2/2008 em sua versão original, antes, portanto, das modificações que lhe foram introduzidas pela IN SLTI/MPOG nº 3/2009, editada como reflexo do Acórdão nº 1827/2008-TCU-Plenário.

É exatamente o que será demonstrado com o auxílio do quadro a seguir.

Quadro – Evolução histórico-legislativa da técnica da repactuação

Decreto 2.271/1997	IN-MARE 18/1997	IN-MPOG 2/2008 (redação original)	Acórdão 1827/2008 (voto do relator)	IN-MPOG 2/2008 (redação alterada)
Art. 5º Os contratos [...] que tenham por objeto a prestação de <u>serviços executados de forma contínua</u> poderão [...] admitir repactuação,	7.1. Será permitida a <u>repactuação</u> do contrato, desde que seja observado o <u>interregno mínimo de um ano</u> , a contar da data da	Art. 37. Será admitida a <u>repactuação dos preços dos serviços continuados</u> [...], desde que seja observado o <u>interregno mínimo de um ano</u> . Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir: I - da <u>data limite para apresentação das propostas</u>	“28. Especificamente para os contratos administrativos de <u>serviços contínuos</u> na esfera federal, o Decreto nº 2.271/97 e a <u>Instrução Normativa MARE nº 18, de 1997</u> , apresentam a <u>repactuação</u> de preços como mecanismo para manter a relação	Art. 37. A <u>repactuação de preços</u> , como <u>espécie de reajuste contratual</u> , <u>deverá</u> ser utilizada nas contratações de <u>serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra</u> , desde que seja observado o <u>interregno mínimo de um ano das</u>

¹³⁹ Relator Ministro Benjamin Zymler.

<p>observados o interregno mínimo de um ano [...].</p>	<p><u>proposta, ou da data do orçamento a que a proposta se referir, ou da data da última repactuação.</u> 7.2. Será adotada como <u>data do orçamento</u> a que a proposta se referir, a <u>data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho</u> ou equivalente, que estipular o <u>salário vigente à época da apresentação da proposta</u> [...].</p>	<p>[...]; ou II - da <u>data do orçamento a que a proposta se referir</u>, admitindo-se, como termo inicial, a <u>data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho</u> ou equivalente, vigente à <u>época da apresentação da proposta</u>, quando a <u>maior parcela do custo da contratação</u> for decorrente de <u>mão-de-obra</u> e estiver vinculado às <u>datas-base</u> destes instrumentos. Art. 39. Nas <u>repactuações subsequentes</u> à primeira, a <u>anualidade</u> será contada a partir da <u>data da última repactuação</u> ocorrida.</p>	<p>econômico-financeira do contrato.” “31. [...] a <u>repactuação</u> de preços tem como requisitos, para a sua concessão, a <u>necessidade de previsão contratual e interregno temporal mínimo</u> (artigo 5º, <u>caput</u>, do Decreto nº 2.271/97 e item 7 da <u>IN MARE</u> 18/97), requisitos estes também presentes no <u>reajuste de preços</u> [...]. <u>Ambos os institutos</u> se destinam a <u>recompor o desequilíbrio causado pelo aumento dos custos de execução do contrato causado pela inflação.</u>” “33. [...] o instituto da <u>repactuação</u> contratual, entendido como <u>espécie de reajuste</u>, encontra seu fundamento legal nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93 [...].” “37. [...] é a <u>IN MARE</u> nº 18/97 que determina, em seu item 7, que o <u>interregno de um ano</u> começa a correr da <u>data da proposta</u>, da <u>data do orçamento a que a proposta se referir</u> ou da <u>data da última repactuação</u>. Também é <u>esse normativo</u> que permite a <u>adoção</u>, como <u>data do orçamento</u>, da <u>data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho</u> ou equivalente que estipular o <u>salário vigente à época da apresentação da proposta</u> [...].”</p>	<p><u>datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir</u> [...]. [...] § 2º A <u>repactuação</u> [...] podendo ser realizada em <u>momentos distintos</u> para discutir a <u>variação de custos</u> que tenham sua <u>anualidade resultante em datas diferenciadas</u>, tais como os <u>custos decorrentes da mão de obra</u> e os <u>custos decorrentes dos insumos</u> necessários à execução do serviço. Art. 38. O <u>interregno mínimo de 1 (um) ano</u> para a <u>primeira repactuação</u> será contado a partir: I - da <u>data limite para apresentação das propostas</u> [...], em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o <u>custo dos materiais e equipamentos</u> necessários à execução do serviço; ou II - da <u>data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho</u> ou equivalente, <u>vigente à época da apresentação da proposta</u>, quando a <u>variação dos custos</u> for decorrente da <u>mão-de-obra</u> e estiver <u>vinculada às datas-base</u> destes instrumentos. Art. 39. Nas <u>repactuações subsequentes</u> à primeira, a <u>anualidade</u> será contada a partir da <u>data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação</u>.</p>
<p>Art. 5º Os contratos [...] de serviços executados de forma contínua</p>	<p>7.3. A <u>repactuação</u> será precedida de <u>demonstração analítica</u></p>	<p>Art. 40. As <u>repactuações</u> serão precedidas de <u>solicitação da contratada</u>, acompanhada de <u>demonstração analítica da alteração dos custos</u>, por</p>		<p>Art. 40. As <u>repactuações</u> serão precedidas de <u>solicitação da contratada</u>, acompanhada de</p>

<p>poderão [...] admitir repactuação [...], observados [...] a <u>demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato</u>, devidamente justificada.</p>	<p><u>do aumento dos custos</u>, de acordo com a <u>Planilha de Custos</u> e <u>Formação de Preços</u> [...]. 7.2. [...] <u>vedada a inclusão</u>, por ocasião da repactuação, de <u>antecipações e de benefícios não previstos originariamente</u>.</p>	<p>meio de apresentação da <u>planilha de custos</u> e <u>formação de preços</u> e do <u>novo acordo ou convenção coletiva que fundamenta a repactuação</u>. § 1º É <u>vedada a inclusão</u>, por ocasião da repactuação, de <u>benefícios não previstos na proposta inicial</u>, exceto quando <u>se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, sentença normativa, acordo coletivo ou convenção coletiva</u>.</p>		<p><u>demonstração analítica da alteração dos custos</u>, por meio de apresentação da <u>planilha de custos</u> e <u>formação de preços</u> ou do <u>novo acordo convenção ou dissídio coletivo que fundamenta a repactuação</u> [...]. § 1º É <u>vedada a inclusão</u>, por ocasião da repactuação, de <u>benefícios não previstos na proposta inicial</u>, exceto quando <u>se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, sentença normativa, acordo coletivo ou convenção coletiva</u>.</p>
		<p>Art. 40. [...] § 2º Quando da solicitação da <u>repactuação</u>, esta somente será <u>concedida mediante negociação entre as partes</u>, considerando-se: [...] IV - a <u>nova planilha com a variação dos custos</u> apresentada;</p>	<p>“51. [...] Oportuno ressaltar a necessidade de a Administração contratante <u>comparar as planilhas de custos e formação de preços</u> fornecidas pela contratada no momento da <u>apresentação da proposta e do requerimento de repactuação</u>, com vistas a verificar se ocorreu ou não a <u>efetiva repercussão dos eventos majoradores nos custos</u> do pactuado originalmente. 52. [...] a Administração, por intermédio da <u>negociação bilateral</u>, deve envidar esforços no sentido de, <u>sem prejudicar a adequada relação econômico-financeira do contrato</u>, <u>reduzir custos para a atividade administrativa</u> [...].”</p>	<p>Art. 40. [...] § 2º Quando da solicitação da <u>repactuação</u> [...], esta somente será <u>concedida mediante a comprovação pelo contratado do aumento dos custos</u>, considerando-se: [...] IV - a <u>nova planilha com variação dos custos</u> apresentada;</p>
			<p>“86. [...] o <u>prazo para que a contratada exerça, perante a Administração, seu direito à repactuação</u></p>	<p>Art. 40. [...]. § 7º As <u>repactuações</u> a que o contratado fizer jus e <u>não forem solicitadas durante a</u></p>

		<p>terá <u>início</u>, após observado o interregno mínimo de um ano, na <u>data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário normativo da categoria profissional</u> abrangida pelo contrato administrativo a ser repactado (<u>podendo ou não, como mencionado nos itens 65 a 69 deste Voto, retroagir à data-base que ensejar a celebração dos referidos instrumentos</u>) e <u>findará</u> no momento da <u>assinatura de novo termo aditivo</u>. Ou seja, em termos gerais, o <u>direito de repactuar surgirá quando ocorrer um aumento dos custos do contratado, devendo a repactuação ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente</u>.</p> <p>87. Se o contratado não <u>pleitear de forma tempestiva a repactuação</u> e [...] prorrogar o contrato sem realizá-la <u>ou, ao menos, prevê-la expressamente</u>, [...] ocorrerá a <u>preclusão do seu direito a repactuar</u>.”</p>	<p><u>vigência do contrato</u>, serão objeto de <u>preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato</u>.</p>
	<p>Art. 41. Os <u>novos valores contratuais</u> decorrentes das repactuações terão suas <u>vigências</u> iniciadas observando-se o seguinte: I - <u>a partir da assinatura do termo aditivo</u>; [...] § 3º A Administração poderá prever o <u>pagamento retroativo do período que a proposta de repactuação permaneceu sob sua análise</u>, por meio de <u>Termo de Reconhecimento de Dívida</u>. § 4º Na hipótese do</p>	<p>“38. [...] os <u>normativos supracitados silenciam</u> acerca da <u>data a partir da qual deverão valer os efeitos financeiros</u> decorrentes da repactuação. 39. [...] passemos à análise do ponto central da questão em tela, qual seja, a <u>data a partir da qual devem vigor os efeitos financeiros da repactuação contratual</u>: se <u>da data da celebração do novo</u></p>	<p>Art. 41. Os <u>novos valores contratuais</u> decorrentes das repactuações terão suas <u>vigências</u> iniciadas observando-se o seguinte: I - <u>a partir da ocorrência do fato gerador</u> que deu causa à repactuação;</p>

		<p>parágrafo anterior, o período que a proposta permaneceu sob a análise da Administração será contado como tempo decorrido para fins de contagem da anualidade da próxima repactuação.</p>	<p><u>acordo coletivo que alterou o salário da categoria profissional ou se da data da solicitação, pela empresa contratada, da repactuação contratual.</u></p> <p>“44. [...] sendo a repactuação contratual um <u>direito que decorre de lei</u> (artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93) e, tendo a lei vigência imediata, forçoso reconhecer que <u>não se trata, aqui, de atribuição, ou não, de efeitos retroativos à repactuação de preços.</u></p> <p>45. [...] O direito à repactuação decorre de lei, enquanto que <u>apenas o valor dessa repactuação é que dependerá da Administração e da negociação bilateral que se seguirá.</u></p> <p>46. Assim, <u>a partir da data em que passou a vigor as majorações salariais</u> da categoria profissional que deu ensejo à revisão, <u>a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços.</u>”</p> <p>“50. [...] considero que a <u>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.</u>”</p> <p>“65. A <u>adoção da data-base como termo a quo para a incidência dos efeitos da repactuação</u></p>	
--	--	---	---	--

			contratual justifica-se pelo fato de que, <u>regra geral, os efeitos do acordo ou convenção coletiva de trabalho que dispõe sobre majoração salarial retroagem à data-base da categoria que deu ensejo à revisão.</u>	
		Art. 41. Os <u>novos valores contratuais</u> decorrentes das <u>reparctuações</u> terão suas <u>vigências</u> iniciadas observando-se o seguinte: [...] III - <u>em data anterior à reparctuação</u> , <u>exclusivamente</u> quando a <u>reparctuação</u> envolver <u>revisão do custo de mão-de-obra</u> e estiver <u>vinculada a instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa que contemple data de vigência retroativa</u> , podendo esta ser <u>considerada para efeito de compensação do pagamento devido</u> , assim como para a <u>contagem da anualidade</u> em reparctuações futuras; § 1º No caso previsto no inciso III, o <u>pagamento retroativo</u> deverá ser concedido <u>exclusivamente para os itens que motivaram a retroatividade</u> , e apenas em <u>relação à diferença porventura existente</u> .	“53. [...] esse entendimento não exclui a <u>aplicação da Instrução Normativa nº 2, de 30/4/2008</u> , do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão [...], em especial de seu <u>artigo 41, inciso III</u> . Ao contrário, <u>alinha-se às diretrizes ali contidas.</u> ”	Art. 41. Os <u>novos valores contratuais</u> decorrentes das <u>reparctuações</u> terão suas <u>vigências</u> iniciadas observando-se o seguinte: [...] III - <u>em data anterior à ocorrência do fato gerador</u> , <u>exclusivamente</u> quando a <u>reparctuação</u> envolver <u>revisão do custo de mão-de-obra</u> em que o próprio fato gerador, na <u>forma de acordo, convenção ou sentença normativa, contemplar data de vigência retroativa</u> , podendo esta ser <u>considerada para efeito de compensação do pagamento devido</u> , assim como para a <u>contagem da anualidade</u> em reparctuações futuras; §1º Os <u>efeitos financeiros da reparctuação</u> deverão ocorrer <u>exclusivamente para os itens que a motivaram</u> , e apenas <u>em relação à diferença porventura existente</u> .
		Art. 40. [...]. § 4º No caso de <u>reparctuação</u> , será <u>lavrado termo aditivo</u> ao contrato vigente.	“47. [...] a <u>reparctuação</u> de preços poderia dar-se <u>mediante apostilamento</u> , no limite jurídico, já que o artigo 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93, faz essa alusão quanto ao reajuste. Contudo, não seria antijurídico e seria, inclusive, <u>mais conveniente</u> que fosse aperfeiçoada <u>por meio de termo aditivo</u> , uma	Art. 40. [...]. § 4º As <u>reparctuações</u> , como espécie de reajuste, serão <u>formalizadas por meio de apostilamento</u> [...], <u>exceto quando coincidirem com a prorrogação contratual</u> , em que deverão ser formalizadas por <u>aditamento</u> .

			vez que a repactuação tem como <u>requisitos</u> a necessidade de prévia <u>demonstração analítica quanto ao aumento dos custos</u> do contrato, a demonstração de <u>efetiva repercussão dos fatos alegados pelo contratado nos custos</u> dos preços inicialmente pactuados e, ainda, a <u>negociação bilateral</u> entre as partes [...].”	
				Art. 41-A As <u>repactuações não interferem no direito das partes de solicitar</u> , a qualquer momento, a <u>manutenção do equilíbrio econômico</u> dos contratos com base no disposto no <u>art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993</u> .
		<u>Anexo I XX – REPACTUAÇÃO</u> é o <u>processo de negociação para a revisão contratual</u> de forma a garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em face da variação dos custos contratuais dos <u>serviços continuados</u> , [...] com data vinculada à apresentação das propostas ou do acordo ou convenção coletiva ao qual o orçamento esteja vinculado, no caso da primeira repactuação, ou da última repactuação, no caso de repactuação sucessiva;		<u>Anexo I XVIII – REPACTUAÇÃO:</u> <u>forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato</u> que deve ser utilizada para <u>serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra</u> , [...] com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo ou à convenção coletiva ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.

Fonte: Adaptado pelo autor (2021)

Cotejando as informações contidas na tabela acima, é possível extrair as conclusões que se seguem.

O conteúdo da IN-MARE nº 18/1997, de uma maneira geral, reforçava o entendimento de que a técnica da repactuação era, de fato, espécie de reajuste de preços, uma vez que as características que a norma regulamentar atrelava à repactuação guardavam maior semelhança

com as pertinentes ao instrumento do reajuste, típicas de álea ordinária, se comparadas com as do mecanismo da revisão. Na prática, o fato gerador de desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato estava associado a algo previsível com consequências calculáveis, qual seja, o fenômeno inflacionário (inflação), sem força suficiente para retardar ou impedir a execução do ajustado, por serem os seus efeitos absolutamente contornáveis mediante adequado planejamento por parte do contratado.

Mais precisamente, as principais características que aproximavam a técnica da repactuação do instrumento do reajuste de preços estavam previstas nos itens 7.1 e 7.2 da IN-MARE nº 18/1997, quais sejam:

1ª) necessidade de a primeira repactuação do contrato observar o interregno mínimo de um ano, como regra contado da “data do orçamento a que a proposta se referir” (item 7.1);

2ª) adoção, a título de “data do orçamento a que a proposta se referir”, da data do acordo, da convenção ou do dissídio coletivo de trabalho, que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente (item 7.2).

Extrai-se da análise conclusão no sentido de que, **segundo a IN-MARE nº 18/1997**, para fim de repactuação, o único custo de mão de obra que deveria ser levado em consideração por força do novo acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho era o salário. Em termos práticos, o único custo de mão de obra que realmente importava para fim de repactuação era a diferença entre o salário vigente à época da apresentação da proposta na licitação e o novo salário definido na nova norma coletiva de trabalho editada em razão da data-base da categoria profissional envolvida na prestação do serviço contratado pela Administração.

É mister ressaltar que aquela norma vedava expressamente que fossem levadas em consideração, por ocasião da repactuação, antecipações e benefícios não previstos originariamente, ou seja, não inseridos na proposta de preço ofertada pela empresa na licitação. Significa dizer que, se novo acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho passasse a contemplar determinado benefício em favor dos trabalhadores da categoria profissional envolvida na execução do objeto contratual, não previsto na norma coletiva anterior (e, por consequência, não inserido na proposta de preço da licitante), ele deveria simplesmente ser desconsiderado para fim de repactuação, isto é, o pedido de repactuação formulado pela empresa contratada não poderia contemplá-lo. Da mesma forma, também deveria ser desconsiderada, por ocasião da repactuação, eventual antecipação salarial que viesse a ser prevista pela nova norma coletiva de trabalho.

Diante daquele contexto normativo, em termos de custos de mão de obra, apenas a questão salarial deveria ser considerada no pleito de repactuação e, como o incremento salarial geralmente acompanha o índice de inflação do período, estar-se-ia diante de fato previsível e com consequências calculáveis. Embora bastante objetiva, essa previsão produzia, na prática, resultado absolutamente injusto para o contratado, que via seus custos de mão de obra aumentarem significativamente não apenas em decorrência do incremento salarial, mas também em função das contribuições sociais (incluindo depósito na conta vinculada individual do trabalhador no FGTS) decorrentes dessa majoração (o salário é base de cálculo para o cômputo desses encargos) e ainda por força da criação de eventuais novos benefícios devidos aos profissionais de determinada categoria (ou mesmo majoração de algum benefício previsto na norma coletiva de trabalho anterior mas, por deliberação do próprio licitante, não contemplado integralmente em sua proposta de preço).

A empresa contratada, por estar vinculada àquela norma coletiva de trabalho, não poderia deixar de honrar as novas obrigações que lhe teriam sido impostas, mas não contava com amparo normativo (IN-MARE nº 18/1997) para poder incluí-las num eventual pleito de repactuação. Tal situação, obviamente, estava longe de representar justiça para a contratada¹⁴⁰. Aliás, em função disso, o que acontecia muitas vezes era ela não se sentir estimulada a aceitar renovar o contrato com a Administração ao término da sua vigência, obrigando-a a realizar nova licitação para contratar aquele mesmo serviço de natureza contínua, com todos os custos que lhe eram inerentes. Não se pode perder de perspectiva que licitar demanda custo e tempo para a Administração Pública.

Na IN-MARE nº 18/1997, a característica associada à repactuação que a aproximava do mecanismo da revisão de preços estava prevista em seu item 7.3, segundo o qual deveria ela ser precedida de demonstração analítica do aumento dos custos, de acordo com planilha de custos e formação de preços. Ou seja, diferentemente do mecanismo do reajuste, em que há mera incidência do índice de preços previamente definido em contrato (não há nada a ser discutido, dialogado entre as partes contratantes), a repactuação pressupunha negociação entre Administração contratante e empresa contratada (na prática, significava abrir a planilha e negociar).

Esse cenário mudou bastante com a edição da **IN SLTI-MPOG nº 2/2008**, a qual, em sua redação original, ao tempo em que revogou a IN-MARE nº 18/1997, passou a associar ao mecanismo da repactuação características que mais a aproximavam da revisão do que do

¹⁴⁰ E desrespeitava a garantia constitucional de proteção à equação econômico-financeira do contrato.

reajuste de preços (reforçando assim a tese de que repactuação é espécie de revisão), senão vejamos.

Em primeiro lugar, merece destaque o fato de que a IN SLTI-MPOG nº 2/2008 não mais se reportava, em termos de despesa com mão de obra para fim de repactuação, unicamente ao salário como item a ser levado em consideração, isso porque a referida norma, diferentemente do que o fez a IN-MARE nº 18/1997, abandonou o termo ‘salário’ e passou a se referir expressamente a ‘custo de mão de obra’, expressão bem mais abrangente, abarcando assim não só a questão salarial em si mas também outras despesas relacionadas à mão de obra alocada na prestação do serviço contratado.

Exemplificando, ao se reportar especificamente à necessidade de a primeira repactuação do contrato observar o interregno mínimo de um ano e de ser adotada como marco para início da contagem desse lapso de tempo a “data do orçamento a que a proposta se referir”, o legislador da IN SLTI-MPOG nº 2/2008 sugeriu que se admitisse, como termo inicial, a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho vigente à época da apresentação da proposta, tão somente “quando a maior parcela do custo da contratação” fosse “decorrente de mão-de-obra” (o que envolveria, além do salário, encargos trabalhistas e contribuições sociais, além de outros eventuais benefícios) e estivesse vinculado às datases destes instrumentos (art. 38, *caput* e inciso II).

Além disso, diferentemente do que dispunha a IN-MARE nº 18/1997, o novo disciplinamento trazido pela IN SLTI-MPOG nº 2/2008 previa que, a despeito de a regra ser a vedação à inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, estaria autorizada a inclusão no caso de os aludidos benefícios “se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, sentença normativa, acordo coletivo ou convenção coletiva” (art. 40, § 1º), à evidência, pois, da caracterização de fato previsível gerador de desequilíbrio mas com consequências incalculáveis. A repactuação ganhava assim contornos de revisão de preços, o que foi em grande parte ignorado pelo TCU quando da prolação do Acórdão nº 1827/2008-Plenário, ao não atentar para as significativas mudanças introduzidas pela IN SLTI-MPOG nº 2/2008 em relação ao disciplinamento anterior, por ela revogado.

Outra importante alteração normativa que aproximava bastante a técnica da repactuação do mecanismo da revisão de preços poderia ser extraída da leitura atenta do *caput* do art. 40, o qual, além de reforçar o entendimento de que a repactuação deveria ser precedida de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços (o que a diferenciava

bastante do reajuste de preços), deixava assente que o pleito de repactuação também deveria vir acompanhado “do novo acordo ou convenção coletiva que fundamenta a repactuação”.

Em termos práticos, a IN SLTI-MPOG nº 2/2008 deixava claro que a repactuação tinha como fundamento (fato gerador) tão somente o “novo acordo ou convenção coletiva”, o que só evidencia a relativização do interregno mínimo de um ano para fim de repactuação, ou melhor, a completa desnecessidade de se observar qualquer lapso temporal para a formulação do pleito, bastando tão somente a superveniência do fato gerador, com a consequente repercussão nos custos de mão de obra.

A referência ao intervalo de um ano serve tão somente para assinalar que a data-base de determinada categoria profissional é tomada anualmente, o que lhe confere a característica de previsibilidade quanto à sua ocorrência (uma vez ao ano), mas não quanto ao seu conteúdo (consequências imprevisíveis, incalculáveis à época da apresentação da proposta na licitação). Parte-se então do princípio de que o novo acordo ou convenção coletiva será celebrado no interregno de pelo menos um ano em relação à norma coletiva de trabalho pactuada anteriormente¹⁴¹.

A reforçar o entendimento de que repactuação seria espécie de revisão de preços (ou, ao menos, instituto que se aproxima da revisão), vale destacar também que o § 4º do art. 40 da IN SLTI-MPOG nº 2/2008 estabelecia que, no caso de repactuação, deveria ser “lavrado termo aditivo ao contrato vigente”, não se admitindo, pois, o simples apostilamento, característica própria do reajuste em sentido estrito (mera aplicação de índices).

Ainda quanto ao fato de a IN SLTI-MPOG nº 2/2008 não mais se reportar, em termos de despesa com mão de obra, unicamente ao salário como item a ser levado em consideração para fim de repactuação, é mister ressaltar que em relação aos efeitos da repactuação, o legislador foi categórico ao assinalar (art. 41, inciso III) que os novos valores contratuais decorrentes das repactuações teriam suas vigências iniciadas em “data anterior à repactuação” (data anterior à ocorrência do fato gerador) “exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão-de-obra e estiver vinculada a instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa que contemple data de vigência retroativa”. De se ressaltar que, além da menção expressa a “custo de mão de obra”, expressão bem mais abrangente do que a simples parcela salarial, o legislador buscava evidenciar que, no que concerne a incremento de custo de mão de obra, a repactuação era, na verdade, autêntica revisão de preços.

¹⁴¹ Com a reforma trabalhista, a vigência da norma coletiva pode ser de até dois anos (art. 614, § 3º, da CLT).

Ainda nesse mesmo dispositivo normativo (art. 41, inciso III), o legislador asseverou que a sobredita “data retroativa” contemplada no acordo ou convenção coletiva de trabalho poderia “ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras”. Em termos práticos, a referida data retroativa (inferior, portanto, a um ano da data da norma coletiva de trabalho anterior) seria considerada para início dos efeitos financeiros da repactuação. A propósito, o fato de o legislador aqui assinalar que a tal ‘data retroativa’ passaria a ser também o novo marco para “contagem da anualidade em repactuações futuras” não tinha qualquer relevância, pois bastaria que o acordo ou convenção coletiva que viesse a ser pactuado na próxima data-base previsse também vigência retroativa para que essa “regra” fosse novamente alterada, definindo-se assim um novo marco para contagem da anualidade.

E no § 1º desse mesmo art. 41, o legislador fazia questão de frisar que o pagamento retroativo deveria ser concedido “exclusivamente para os itens que motivaram a retroatividade”, ou seja, para os que estivessem relacionados a custo de mão de obra (portanto, de consequências incalculáveis), deixando intencionalmente de fora os demais custos envolvidos na execução do serviço contratado (custos com outros insumos), cuja oscilação se encaixaria perfeitamente na álea ordinária (consequências absolutamente calculáveis), oscilação essa traduzida no índice contratualmente adotado.

Como se tudo isso já não bastasse para reforçar o entendimento de que repactuação seria espécie de revisão de preços, o próprio legislador da IN SLTI-MPOG nº 2/2008, no Anexo I, item XX, buscava definir a repactuação como o “processo de negociação para a revisão contratual de forma a garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em face da variação dos custos contratuais dos serviços continuados”.

Todavia, como já frisado, no voto condutor do emblemático Acórdão nº 1827/2008-TCU-Plenário, proferido na sessão de 27/8/2008, o Ministro-Relator Benjamin Zymler qualificou a repactuação como espécie de reajuste de preços, ignorando, para chegar a essa conclusão, praticamente todas as inovações da IN SLTI-MPOG nº 2/2008 (entrou em vigor em 30/6/2008) que haviam sido promovidas em relação à já revogada à época IN-MARE nº 18/1997, esta que foi a norma regulamentar reiteradamente invocada pelo Relator em seu voto¹⁴².

¹⁴² Somente no item 53 do voto, uma única vez portanto, o Ministro-Relator faz alusão à IN SLTI-MPOG nº 2/2008, tão somente para afirmar que o seu entendimento acerca da data a partir da qual deveriam valer os efeitos financeiros decorrentes da repactuação estaria alinhado às diretrizes contidas na referida norma regulamentar, em especial em seu art. 41, inciso III.

Fato é que, como consequência do entendimento consignado no Acórdão nº 1827/2008-TCU-Plenário, a IN SLTI-MPOG nº 2/2008 teve a sua redação original modificada logo na sequência pela IN SLTI/MPOG nº 3/2009, a qual, no entanto, ainda acabou por preservar à repactuação algumas características próprias do mecanismo da revisão de preços, como restará evidenciado mais adiante. As alterações na IN SLTI-MPOG nº 2/2008 efetivadas em decorrência do paradigmático acórdão do TCU podem ser sintetizadas da forma como se segue.

Em primeiro lugar, a nova redação dada ao *caput* do art. 37 da IN SLTI-MPOG nº 2/2008 (por meio da **IN SLTI/MPOG nº 3/2009**) passou a se referir expressamente à técnica da repactuação de preços como “espécie de reajuste contratual”, mas com o aspecto positivo de associá-la às contratações de “serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra”. De outro tanto, a nova redação mantinha a necessidade de se observar o “interregno mínimo de um ano”, contado exclusivamente das “datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir”, ou seja, não mais deveria ser tomado como parâmetro para o cômputo da anualidade visando à primeira repactuação – no que diz respeito aos custos de mão de obra – a data limite para apresentação das propostas no certame licitatório.

De forma ainda mais específica, o conteúdo do § 2º incluído ao art. 37 pela IN SLTI/MPOG nº 3/2009 deixou assente que a repactuação poderia “ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, tais como os custos decorrentes da mão de obra e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço”. E esse conteúdo foi complementado pela redação dada ao art. 38 da IN SLTI-MPOG nº 2/2008, no sentido de que o interregno mínimo de um ano para a primeira repactuação deveria ser contado a partir: “I - da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos uniformes, materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou II - da data do acordo, convenção ou 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”.

Em termos práticos, a primeira repactuação poderia ser dividida em duas etapas: uma para tratar da variação dos custos decorrentes da mão de obra, tendo como marco a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho vigente à época da apresentação da proposta; e outra etapa para tratar do incremento dos demais itens de custo necessários à execução do serviço contratado, a exemplo de uniformes, materiais e equipamentos, tendo

como marco para contagem da anualidade a data limite para apresentação das propostas na licitação.

A reforçar a assertiva de que o interregno mínimo de um ano é absolutamente inócuo para fim de repactuação quanto à etapa relativa aos custos de mão de obra, basta atentar para o conteúdo do § 4º acrescentado ao art. 37 pela IN SLTI/MPOG nº 3/2009, no sentido de que a repactuação do contrato se daria, pura e simplesmente, “em razão de novo acordo, dissídio ou convenção coletiva”, este que é, na verdade, o fato gerador de desequilíbrio contratual, independentemente da observância de qualquer lapso temporal.

Também acerca da relativização do interregno de um ano, cabe frisar que o inciso I do art. 41 da IN SLTI-MPOG nº 2/2008, que tratava do início da vigência dos novos valores contratuais decorrentes das repactuações, teve sua redação alterada pela IN SLTI/MPOG nº 3/2009, substituindo-se a expressão “a partir da assinatura do termo aditivo” por “a partir da ocorrência do fato gerador que deu causa à repactuação”, qual seja, a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho.

Essa mesma conclusão poderia ser extraída do inciso III do art. 41 da IN SLTI-MPOG nº 2/2008 (com a nova redação dada pela IN SLTI/MPOG nº 3/2009), no sentido de que o início da vigência dos novos valores contratuais decorrentes das repactuações pode-se dar “em data anterior à ocorrência do fato gerador, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão-de-obra em que o próprio fato gerador, na forma de acordo, convenção ou sentença normativa, contemplar data de vigência retroativa”.

Ainda de acordo com o sobredito § 4º do art. 37, a repactuação “deve repassar integralmente o aumento de custos da mão de obra decorrente desses instrumentos”, o que evidencia a desnecessidade de se demonstrar onerosidade excessiva (elevado impacto nos custos da contratada), bastando assim a comprovação da repercussão (mera elevação) nos custos da contratada, situação que se assemelha à hipótese de fato do príncipe (“superveniência de disposições legais” – lei aqui em sentido material¹⁴³ e não formal) a que alude o § 5º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993¹⁴⁴.

¹⁴³ Instrução Normativa SLTI-MPOG nº 02/2008

Art. 40. [...]

§ 1º É vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, sentença normativa, acordo coletivo ou convenção coletiva. (grifos acrescidos)

¹⁴⁴ Art. 65. [...]

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

É importante ressaltar aqui que foi mantida pela IN SLTI/MPOG nº 3/2009 a inovação trazida com a redação original da IN SLTI-MPOG nº 2/2008 (art. 40, § 1º) no sentido de que, a despeito de a regra ser a vedação à inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, estaria autorizada essa inclusão no caso de os aludidos benefícios se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, sentença normativa, acordo coletivo ou convenção coletiva, à evidência, pois, da caracterização de fato (ensejador de desequilíbrio) previsível, porém, de consequências incalculáveis.

Também como consequência do que restou deliberado no paradigmático Acórdão nº 1827/2008-TCU-Plenário, o § 4º do art. 40 da IN SLTI-MPOG nº 2/2008, segundo o qual deveria ser lavrado termo aditivo ao contrato no caso de repactuação, teve a sua redação modificada pela IN SLTI-MPOG nº 3/2009, passando a estabelecer que “As repactuações, como espécie de reajuste, serão formalizadas por meio de apostilamento”, salvo se “coincidirem com a prorrogação contratual, em que deverão ser formalizadas por aditamento”. Em termos práticos, a formalização da repactuação por meio de termo aditivo passou a ser facultativa.

Ainda na esteira do entendimento esposado no Acórdão nº 1827/2008-TCU-Plenário no sentido de que repactuação é espécie de reajuste e não de revisão de preços, foi inserido na IN SLTI-MPOG nº 2/2008 o art. 41-A, segundo o qual “As repactuações não interferem no direito das partes de solicitar, a qualquer momento, a manutenção do equilíbrio econômico dos contratos com base no disposto no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993”. Sustentando-se neste trabalho, no entanto, a tese de que repactuação é espécie de revisão de preços, o dispositivo seria perfeitamente aplicável não em relação ao incremento de custos de mão de obra (que acarretaria, na prática, a revisão de preços), mas sim quanto aos outros insumos necessários à execução do objeto contratado, a exemplo de uniformes, materiais e equipamentos, os quais tivessem oscilação de valor que extrapolasse a previsibilidade inerente à álea ordinária.

Também como consequência do Acórdão nº 1827/2008-TCU-Plenário (conjugado ao Acórdão nº 1214/2013-TCU-Plenário¹⁴⁵), a definição da técnica da repactuação, constante do item XX do Anexo I da IN SLTI-MPOG nº 2/2008, em que o legislador fazia expressa alusão ao mecanismo da revisão de preços (“processo de negociação para a revisão contratual”), foi alterada pela **IN SLTI/MPOG nº 6/2013**, passando a contemplar, no mesmo Anexo I, no item XVIII (e não mais no item XX), a seguinte definição: “forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato que deve ser utilizada para serviços continuados com

¹⁴⁵ Relator Ministro Aroldo Cedraz.

dedicação exclusiva da mão de obra, [...] com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo ou à convenção coletiva ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra”. Percebe-se, pois, a nítida intenção do legislador, embora sem muito sucesso pelas razões até aqui expendidas, de dissociar a técnica da repactuação do mecanismo da revisão de preços.

Por derradeiro, cabe destacar que a **IN Seges-MPDG nº 5/2017**, que revogou a IN SLTI-MPOG nº 2/2008, em nada alterou o panorama normativo até então delineado acerca do mecanismo da repactuação. Na prática, a IN Seges-MPDG nº 5/2017 se limitou no geral a manter, no que concerne à repactuação de preços, o conteúdo da IN SLTI-MPOG nº 2/2008, com as alterações que já tinham sido promovidas pelas INs SLTI-MPOG nºs 3/2009 e 6/2013. Para ser mais exato, somente dois dispositivos da IN Seges-MPDG nº 5/2017 são merecedores destaque.

O primeiro deles é o art. 53, em função do ineditismo da divisão que apresenta quanto ao critério do reajustamento de preços: a) reajuste em sentido estrito, com a previsão de índices específicos ou setoriais, e b) reajuste por repactuação, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos, devendo este último ser utilizado nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra. Esta última parte encontra-se expressa no art. 54 da IN Seges-MPDG nº 5/2017, mas não é novidade em relação ao conteúdo do art. 37, *caput*, da revogada IN SLTI-MPOG nº 2/2008.

O segundo dispositivo merecedor de destaque é o art. 61, cujo § 1º prevê que só será admitida a estipulação de reajuste em sentido estrito nos contratos (de prazo de duração igual ou superior a um ano) em que não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra, ou então, consoante o § 4º desse mesmo art. 61, nos casos em que, mesmo se tratando de regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o valor dos contratos de serviços continuados seja preponderantemente formado pelos custos dos insumos.

Destaque-se também o conteúdo do § 3º do mesmo art. 61, segundo o qual, no que alude ao reajuste em sentido estrito, são “nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual”. Esse conteúdo, impende frisar, difere do teor do art. 58, inciso III, da IN Seges-MPDG nº 5/2017 (redação praticamente idêntica à do art. 41, inciso III, da IN SLTI-MPOG nº 2/2008), segundo o qual os novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas “em data anterior à ocorrência do fato gerador, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão de obra em que o

próprio fato gerador, na forma de Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, contemplar data de vigência retroativa”.

Do acima exposto, é possível, uma vez mais, extrair a conclusão de que o interregno mínimo de um ano pode ser relativizado em relação à repactuação (“reajuste por repactuação”), mas não em relação ao reajuste em sentido estrito (ou seja, não são admitidos efeitos financeiros, em período inferior a um ano, do reajuste em sentido estrito), o que só corrobora o entendimento que ora se sustenta no sentido de que, na verdade, o mecanismo da repactuação é espécie de revisão e não de reajuste de preços.

3.3 TÉCNICA HÍBRIDA DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Não seria desarrazoado qualificar a repactuação como uma técnica híbrida de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação de serviços em que há predominância dos custos de mão de obra em detrimento dos custos envolvendo outros insumos (uniformes, materiais, equipamentos etc.). Seria ela, mais especificamente, uma revisão de preços em relação ao incremento dos custos de mão de obra e um reajuste em sentido estrito quanto aos demais insumos envolvidos na prestação dos serviços. Seus contornos estariam assim implicitamente delineados no âmbito da própria Lei nº 8.666/1993.

Exemplificando, num contrato de prestação de serviços de vigilância, o preço praticado é composto de custos com mão de obra (remuneração dos vigilantes, contribuições sociais, FGTS, outras contribuições e benefícios etc.) e custos com insumos, a exemplo de uniforme, revólver e colete balístico para os vigilantes e eventuais câmeras de vigilância que venham a ser utilizadas. O mesmo ocorre com a prestação dos serviços de limpeza e conservação, em que há custos com mão de obra e custos também com insumos (uniformes, itens de limpeza e eventual maquinário). Destarte, em termos práticos, o que ocorre é o seguinte:

I) revisão de preços (mediante procedimento de negociação entre as partes) em razão dos reflexos financeiros da norma coletiva de trabalho pactuada no curso da execução do contrato administrativo e aplicada à categoria profissional envolvida na prestação do serviço, provocando alteração dos custos com mão de obra;

II) reajuste de preços (mera aplicação de índices) após o interregno de um ano a contar da data limite para apresentação das propostas na licitação, isso em relação aos custos com outros insumos necessários à execução do serviço contratado pela Administração; no caso de

novo reajuste, o termo inicial do período de correção monetária será a data a que o anterior tiver se referido¹⁴⁶.

E essa conclusão no sentido de que, em relação aos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços contínuos com dedicação exclusiva da mão de obra (valor do contrato preponderantemente formado pelos custos de mão de obra), o reajuste por índice é aplicável apenas aos insumos empregados na execução da avença encontra-se em perfeita harmonia com o § 2º do art. 33 da Portaria-TCU nº 444/2018¹⁴⁷, que assim dispõe:

Art. 33. É admitido o reajustamento dos preços dos contratos, mediante utilização dos mecanismos do reajuste ou da repactuação, conforme o caso.

[...]

§ 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. (grifos acrescidos)

Em resumo, a repactuação consiste na técnica que abarca: a) revisão de preços, em relação ao incremento dos custos de mão de obra; e b) reajuste por índices, quanto aos custos relativos aos demais insumos, a exemplo de materiais e equipamentos.

3.4 REPACTUAÇÃO COMO MECANISMO DE REALOCAÇÃO DE RISCOS

A Teoria da Imprevisão, tal qual a compreendemos à luz da doutrina administrativista clássica, parte do pressuposto de que, uma vez apresentada a demanda pela Administração por meio do edital da licitação e selecionada a proposta vencedora com base no critério de julgamento definido no instrumento convocatório, como regra o menor preço, chega-se ao ponto ótimo de equilíbrio da relação (reais encargos da empresa licitante e futura contratada *versus* justa retribuição que a Administração se dispõe a pagar).

Nesse contexto, o preço ofertado pela licitante vencedora do certame estaria a retratar, de forma absolutamente transparente e fidedigna, o preço de mercado (preço justo) do bem ou serviço demandado pelo ente público. O valor a ser pago pela Administração como

¹⁴⁶ Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017

Art. 61. O reajuste em sentido estrito, como espécie de reajuste contratual, consiste na aplicação de índice de correção monetária previsto no contrato, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

[...]

§ 2º O reajuste em sentido estrito terá periodicidade igual ou superior a um ano, sendo o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, a data prevista para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa proposta se referir, ou, no caso de novo reajuste, a data a que o anterior tiver se referido. (grifos acrescidos)

¹⁴⁷ Dispõe sobre o processo de contratação de serviços no âmbito da Secretaria do Tribunal de Contas da União.

contraprestação pela execução do objeto pactuado conteria então todos os custos em que a empresa efetivamente incorresse para executá-lo, incluindo aqui também os seus custos de transação, estes inerentes à decisão de participar da licitação e de celebrar contrato com o Poder Público.

A partir dessa premissa, os eventos que viessem a ocorrer durante a execução contratual, alterando as condições que envolveram a celebração da avença, e que provocassem reflexos nos custos da contratada (desequilibrando assim a relação contratual) jamais poderiam ter sido por ela previstos naquele momento inicial (*ex ante*), quer quanto à sua efetiva ocorrência (imprevisibilidade e inevitabilidade), quer quanto à magnitude das suas consequências (onerosidade excessiva), razão por que, a fim de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da avença (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal), deveria a Administração deferir eventual pleito de revisão (recomposição) de preços.

Olvida-se, no entanto, que os contratos celebrados pelo Poder Público são naturalmente contratos incompletos, mormente aqueles que se prolongam por significativo lapso temporal, a exemplo dos contratos que têm como objeto a prestação de serviços de natureza contínua¹⁴⁸. Não se pode precisar, com a segurança desejada, todos os eventos (relacionados ao próprio contrato em si ou então aqueles extracontratuais) passíveis de ocorrência durante toda a vigência contratual, incluindo as possíveis prorrogações. Tem-se assim, na verdade, um fictício (suposto) equilíbrio quando da celebração do contrato, haja vista que as circunstâncias que permearam a celebração da avença são naturalmente mutáveis.

A Teoria da Imprevisão, como hoje delineada, traz em seu bojo a noção pura e simples de completude contratual. É preciso, no entanto, ultrapassar essa premissa e admitir a existência de contratos incompletos, tendo em vista a absoluta impossibilidade de prever, *ex ante*, todas as circunstâncias afetas à relação negocial, ou seja, não se mostra possível definir, prévia e exaustivamente, tudo aquilo que venha impactar, ou até mesmo colocar em risco, a sua plena execução.

Há até como prever a ocorrência de muitos desses eventos, mas sem que seja possível, mesmo nesses casos, definir *ex ante* todos os seus reflexos (efeitos), as suas implicações em termos de custos imprescindíveis à execução da avença. São então eventos previsíveis quanto à sua ocorrência, mas de consequências imprevisíveis (incalculáveis ou incertas). Somente em relação aos eventos insuscetíveis de previsibilidade quanto à sua ocorrência (os eventos

¹⁴⁸ O art. 106 da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) dispõe que a Administração poderá celebrar contratos com prazo de até cinco anos nas hipóteses de serviços contínuos, os quais, conforme o art. 107, poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal.

imprevisíveis ou incertos, e não os previsíveis de consequências incalculáveis ou incertas) – situações, portanto, absolutamente excepcionais – é que deveria ser aplicada a Teoria da Imprevisão.

Não se deve confundir incompletude contratual com Teoria da Imprevisão. O fato de o contrato ser naturalmente incompleto não autoriza a conclusão de que todas as ocorrências (eventos) nele não previstas, e que venham a provocar reflexos significativos nos preços pactuados, estariam abarcadas pela Teoria da Imprevisão. Somente aquelas ocorrências absolutamente imprevisíveis (situações verdadeiramente excepcionais) encontrariam guarida nessa teoria.

Enfim, a aludida premissa que respalda a Teoria da Imprevisão (contratos completos e acabados) não condiz com a verdade dos fatos, sendo, portanto, imperfeita, incompleta, mormente porque desconsidera a chamada assimetria de informação, a qual, na situação em tela, permeia a formulação da proposta de preço pelo licitante, preço esse que já contempla, ao menos implicitamente, os riscos por ele assumidos na execução contratual. Ignora-se assim que o preço ofertado na licitação tende a variar em função das informações “privilegiadas” de que dispõem as partes que celebram o negócio jurídico.

Conforme Marcos Nóbrega¹⁴⁹, as licitações são “jogos de informação incompleta”, por intermédio dos quais se intenta sempre alcançar o “melhor preço” (situação ideal), mas acontece que esse “melhor valor” não necessariamente corresponderá ao “valor real de mercado”, pois a assimetria de informação impede, no mais das vezes, que a Administração conheça efetivamente todas as circunstâncias inerentes à sua formação e consequente formulação (oferta) por parte do licitante. Este sim, como regra, conhece muito melhor as nuances do mercado – em que o objeto da licitação está inserido – do que a própria Administração Pública.

E isso não ocorre por ausência de boa-fé daqueles que buscam contratar com o Poder Público, mas sim porque – é da lógica econômica – quem oferta preço buscará sempre obter a máxima vantagem, ou seja, atuará de forma a maximizar os seus ganhos, os seus lucros. Daí a necessidade de serem extraídas desse ofertante o máximo de informações possíveis acerca do preço por ele praticado.

Não por acaso vem sendo sustentado que a licitação, sob esse viés econômico, é um mecanismo – verdadeiro jogo – de revelação de informação. Como a Administração não tem informações seguras acerca do real preço de mercado associado a determinado objeto de

¹⁴⁹ NÓBREGA, Marcos. Direito e Economia da Infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 31.

demanda, ela utiliza a licitação como mecanismo para isso, ou seja, como instrumento “para revelar informação e determinar a melhor proposta com base na informação recebida”¹⁵⁰.

Nesse contexto, sobressai-se a importância da chamada “Teoria dos Jogos”, que pode ser sintetizada na “análise de comportamento estratégico onde os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros”¹⁵¹.

Por isso a fase de planejamento de uma licitação é tão importante, pois é nela que são definidos a modalidade licitatória, os modos de disputa, os critérios de julgamento (tipos de licitação) e os regimes de execução. Essa fase preparatória é, portanto, imprescindível à definição da modelagem mais eficaz à revelação, mediante incentivos adequados, de informações mais fidedignas por parte dos licitantes.

Tais escolhas na fase de planejamento serão fundamentais para se extrair o máximo de informações dos licitantes, mormente quanto ao conteúdo das suas propostas (qual seria, de fato, o preço justo e que custos foram efetivamente levados em consideração quando da oferta da sua proposta de preço), dando-se assim concretude ao princípio da eficiência nas contratações públicas.

Segundo a “Teoria dos Leilões”¹⁵², os licitantes não revelarão o seu melhor preço logo no início da disputa, daí a necessidade de serem criados incentivos com esse desiderato. A tendência será sempre a maximização dos seus ganhos ou das suas recompensas, em decorrência do preço ofertado na disputa. Na modalidade do leilão, a intenção do participante (licitante) é sempre ofertar o menor lance (que, como regra, não é a melhor proposta para a Administração) que lhe propicie os maiores retornos.

A Administração deve, pois, desenhar (modelar) a licitação de sorte a, por meio de incentivos apropriados, eficazes à participação na disputa (estratégia de estímulo à participação), tentar extrair dos licitantes o maior número possível de informações, diminuindo assim a assimetria informacional tão presente na relação público-privada, na busca do tão desejado preço de equilíbrio. É claro que esses mecanismos de incentivo e de obtenção de informações na busca do equilíbrio ótimo (máxima satisfação dos interesses ou da necessidade da Administração mediante a seleção da proposta mais vantajosa e incorrendo nos menores custos de transação possíveis *versus* maximização dos ganhos ou das recompensas do particular a um menor custo possível) variarão de objeto para objeto,

¹⁵⁰ NÓBREGA, Marcos. Direito e Economia da Infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 35.

¹⁵¹ HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti. Direito e Economia no Brasil. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 109.

¹⁵² NÓBREGA, Marcos. Novos marcos teóricos em licitação no Brasil – olhar para além do sistema jurídico. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 47-72, 2013.

obviamente em função do mercado em que este está inserido. Não há dúvida de que, em algumas situações, essa busca certamente será mais exitosa do que em outras.

E a não formatação adequada da licitação pode, ao contrário do que se deseja, afastar as boas empresas, aquelas sérias e sólidas no mercado, ante o exagero nas formalidades exigidas e os riscos demasiados alocados aos licitantes, remanescendo na disputa aquelas empresas não devidamente qualificadas, meras aventureiras, enfim os maus licitantes. Intenta-se assim evitar a ocorrência da chamada “seleção adversa”¹⁵³.

Significa dizer então que só é possível afirmar que o preço ofertado pelo licitante no certame de fato corresponde ao preço efetivo de mercado se forem exigidas dele informações mais realistas acerca dos seus custos (de forma a dele retirar essa vantagem informacional, equilibrando aí sim o nível de informações que ambas as partes detêm), os quais guardarão íntima correlação com os riscos que ele assumirá na execução contratual.

Dá a importância de esses riscos levados em consideração serem previamente definidos pela Administração (os contratos celebrados pelo Poder Público são verdadeiros contratos de adesão) e revelados (informados) quando da divulgação do edital e, por consequência, da minuta do contrato (contratos vistos como instrumentos de distribuição de riscos), distribuindo-os adequadamente entre contratante e contratado. Quanto mais isso se verificar, mais condizente com o preço de mercado será o preço ofertado na disputa, reduzindo-se assim a indesejada assimetria de informações.

Se o licitante – futuro contratado – sabe de antemão que a Administração assumirá praticamente todos os riscos em relação a eventos que venham a ocorrer durante a execução da avença, a lógica será a oferta de preço aquém do valor de mercado. Por outro lado, se a Administração atribuir a ele todos os riscos em relação a tais eventos tidos como supervenientes, essa incerteza obviamente será precificada e o preço ofertado tenderá a ser superior ao de mercado.

Exemplo de que o preço ofertado é consequência dos riscos assumidos pode ser extraído do contexto das chamadas alterações contratuais unilaterais (cláusulas exorbitantes), em particular aquelas que envolvem o conteúdo dos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 (acréscimos ou supressões nos limites legais). Trata-se de risco originalmente assumido pelo particular, como regra precificado por ele quando da formulação da sua proposta de preço na licitação, impactando para mais os seus custos (elevação dos custos de transação).

¹⁵³ O fenômeno da “seleção adversa” foi estudado por George Akerlof no artigo *The Market for Lemons: quality uncertainty and the market mechanism* (*The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, ago./1970, p. 488-500).

Todavia, a própria Lei nº 8.666/1993 (art. 65, § 6º) prevê a necessidade de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou seja, é um risco que, durante a execução contratual, caso haja necessidade desse tipo de alteração aumentando os encargos do contratado, quem arcará com tais custos adicionais será, ao final, a própria Administração contratante. Em termos práticos, a recomposição de preços nesse contexto constituir-se-á, conforme assinala Marcos Nóbrega¹⁵⁴, num mero instrumento de realocação de riscos *ex post*.

Se o particular sabe que a Administração tem a prerrogativa de mudar unilateralmente as cláusulas contratuais, modificando os quantitativos do projeto (§§1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8666/93), o particular estará assumindo o risco desse comportamento da Administração. Ocorre que, em regra, as cláusulas exorbitantes não são consideradas na discussão da partilha de riscos, mas o particular as precifica e coloca em suas expectativas.

A existência de cláusulas exorbitantes representa um custo do sistema que deve ser considerado e o REF, portanto, significa uma realocação de riscos *ex post*.

E a obrigatoriedade de a Administração, nessas situações, “restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial” (expressão utilizada no próprio art. 65, § 6º, da Lei nº 8.666/1993) não deveria ser confundida com o reequilíbrio econômico-financeiro que decorre da aplicação da Teoria da Imprevisão, haja vista não se situar na álea extraordinária (fato superveniente ou situação verdadeiramente extraordinária), podendo essa revisão (recomposição) resultante da alteração unilateral do contrato figurar, de forma mais explícita, no âmbito do próprio instrumento de contrato, como sendo um risco alocado (atribuído) não ao contratado, mas sim à própria Administração contratante.

Acontece ainda que, muitas vezes, tais riscos estão implícitos, e não explícitos, na lei e/ou nos contratos, ou então explícitos de forma conflitante, contraditória, o que pode levar uma das partes a tirar vantagem dessa situação. Nesse caso, a outra parte (como regra a Administração) acaba assumindo, sem perceber, durante a execução contratual, um risco que, *ex ante*, fora atribuído ao licitante e futuro contratado. Exemplo disso é a própria repactuação de preços (própria dos contratos que envolvem serviços contínuos prestados mediante dedicação exclusiva de mão de obra), a qual, como será demonstrado na sequência, representa, em essência, uma simples realocação de riscos *ex post*.

É justamente nesse contexto que sobressai a necessidade de se definir uma matriz de riscos¹⁵⁵, com a alocação adequada dos riscos a serem assumidos por cada uma das partes, a

¹⁵⁴ NÓBREGA, Marcos. Direito e Economia da Infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁵⁵ Conforme o art. 103 da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), considera-se matriz de riscos a cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e

fim de provocar a tão desejada revelação de informações (a par de conferir mais segurança jurídica às partes contratantes).

Nessa matriz estariam abarcados eventos não extraordinários quanto à sua ocorrência, como as alterações contratuais unilaterais, por acréscimos ou supressões de objeto, bem como os acordos e as convenções coletivas de trabalho. Somente os eventos que não forem contemplados na matriz de riscos poderão dar ensejo ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro com fundamento na Teoria da Imprevisão. São as situações clássicas de fato do príncipe, caso fortuito e força maior, constantes da parte final do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993, que, como regra, não integram a matriz de riscos.

Trata-se, pois, de uma verdadeira ruptura com o universo das áleas e uma autêntica transição para o universo das matrizes de risco, o qual passa a ter como elemento central a base objetiva do negócio, isto é, as circunstâncias reais (fáticas e de direito) em que o contrato administrativo é firmado pelas partes.

A corroborar o acima exposto, basta atentar para o conteúdo da parte final do inciso II do art. 124 da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo entre as partes: [...] d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.” (grifos acrescidos)

Diferentemente da redação constante da alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, o legislador da Lei nº 14.133/2021 não mais faz remissão, nesse mesmo contexto, à “álea econômica extraordinária e extracontratual”.

Ao serem delimitados os riscos e as responsabilidades assumidos pelas partes contratantes, por intermédio da matriz de riscos, confere-se maior segurança jurídica à relação público-privada (ambiente mais seguro de negócios), e a consequência é que haja, assim, uma menor litigiosidade entre o Poder Público e a contratada, diminuindo-se a incidência de demandas judiciais no curso da execução da avença, em torno do seu reequilíbrio econômico-financeiro.

Retomando os contratos de serviços contínuos prestados mediante dedicação exclusiva da mão de obra, objeto da presente dissertação, a repactuação de preços pode ser vista, sob a

caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação.

ótica administrativista clássica, como consequência de um fato previsível, porém de consequências incalculáveis (formalização e consequente produção de efeitos de um acordo ou convenção coletiva de trabalho), ou então como consequência da superveniência de disposições normativas (disposições legais em sentido lato) com repercussão nos preços contratados.

Seu fato gerador está então embutido na parte final do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993 (ou mesmo no § 5º desse mesmo art. 65), não se confundindo, pois, com o simples reajuste de preços (art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993), o qual tem como fato gerador o fenômeno inflacionário. A celebração do novo pacto laboral (acordo ou convenção coletiva) enseja a imediata revisão (recomposição) de preços, mas não relacionada à Teoria da Imprevisão, a qual só se aplica aos fatos imprevisíveis quanto à sua efetiva ocorrência (caso fortuito, força maior e fato do príncipe).

De acordo com a doutrina mais recente, para a qual o contrato é naturalmente incompleto e visto, essencialmente, como um instrumento de alocação (repartição) de riscos, explícita (materializada por meio da elaboração formal da matriz de riscos) ou implícita (em outras cláusulas do próprio contrato), pode-se afirmar que a repactuação é, em essência, um mecanismo de realocação de riscos *ex post*, por isso mesmo dissociado da Teoria da Imprevisão.

A caracterização da repactuação como instrumento de realocação de riscos fica bem evidente quando se observa o conteúdo do art. 71, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual o contratado “é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato”. Da simples leitura desse dispositivo legal, constata-se que o risco do incremento de custos decorrentes de obrigações trabalhistas (por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho) é alocado *ex ante* ao contratado.

Portanto, por intermédio da repactuação dos preços pactuados em tais contratos, pleiteada em consequência do aumento de encargos (custos) impingidos por acordo ou convenção coletiva de trabalho, o risco originalmente atribuído à contratada é simplesmente realocado *ex post* ao ente público contratante.

Esse mesmo entendimento pode ser também extraído da leitura combinada dos arts. 54, §§ 1º e 4º, e 57, ambos da Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017, os quais dispõem que:

I) a repactuação para “fazer face à elevação dos custos da contratação (...), e que vier a ocorrer durante a vigência do contrato, é direito do contratado” (art. 54, § 1º);

II) a repactuação “em razão de novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho” deve “repassar integralmente o aumento de custos da mão de obra decorrente desses instrumentos” (art. 54, § 4º);

III) 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” (art. 57).

Não é outro o entendimento que se extrai do conteúdo do § 1º do art. 63 da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), segundo o qual constará do edital de licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, declaração de que “suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas”.

Destarte, quando da formulação da proposta, a planilha de preços da licitante (e futura contratada) já deverá conter todos os custos relativos às obrigações trabalhistas (e às obrigações previdenciárias delas decorrentes) dos profissionais que serão colocados à disposição da Administração contratante visando à prestação dos serviços contínuos pactuados, incluindo, por óbvio, aquelas obrigações previstas no instrumento coletivo de trabalho vigente na data de entrega da proposta.

Por seu turno, o *caput* do art. 135 da Lei nº 14.133/2021 assinala que os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra “serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro”. E o § 6º do mesmo art. 135 prevê que a repactuação será precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços, “ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa que fundamenta a repactuação”. Ou seja, tão logo editado um novo acordo ou convenção coletiva (em razão da data base da categoria), com novos encargos previstos para atendimento dos direitos trabalhistas (e previdenciários) dos empregados que prestam serviços de terceirização, a empresa contratada vem imediatamente, perante a Administração contratante, pleitear a repactuação de preços.

Em termos práticos, durante a execução contratual, uma vez celebrado novo acordo ou convenção coletiva de trabalho, todos os encargos (custos) de mão de obra dela advindos para o empregador (empresa contratada) serão assumidos, em última análise, pela própria

Administração contratante. Portanto, tanto a primeira repactuação quanto as repactuações subsequentes se constituem, na verdade, em meros instrumentos (mecanismos cíclicos) de realocação de riscos *ex post*.

CONCLUSÃO

Depois de explicitadas as razões pelas quais se deve considerar o mecanismo da repactuação como espécie de revisão e não de reajuste de preços, ou ao menos considerá-lo como uma técnica híbrida (revisão para os custos de mão de obra e reajuste para os outros insumos), ou ainda como um instrumento de realocação de riscos *ex post*, cabe agora elencar algumas vantagens que adviriam desse novel entendimento para o universo das contratações públicas.

Em primeiro lugar, o novo entendimento propiciaria maior publicidade (transparência) às negociações de preços efetivadas no âmbito dos contratos administrativos¹⁵⁶, haja vista que as repactuações, como espécie de reajuste, vêm sendo formalizadas por meio de simples apostilamento¹⁵⁷, tal qual ocorre com o reajuste em sentido estrito¹⁵⁸, dispensando-se, portanto, a celebração de termo aditivo, o qual só estaria apto a produzir efeitos depois de devidamente publicado na imprensa oficial¹⁵⁹ ¹⁶⁰.

Não se pode, também, perder de perspectiva que as contratações em que incide o mecanismo da repactuação (serviços contínuos prestados mediante dedicação exclusiva de mão de obra) envolvem valores vultosos, da ordem de milhões de reais (serviços como conservação, limpeza, segurança, transporte, informática, manutenção predial e mesmo atividades de apoio administrativo), justamente em razão da predominância dos custos de mão

¹⁵⁶ Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017

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. (grifos acrescidos)

¹⁵⁷ Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017

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. (grifos acrescidos)

¹⁵⁸ Lei nº 8.666/1993

Art. 65. [...]

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento. (grifos acrescidos)

¹⁵⁹ Lei nº 8.666/1993:

Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei. (grifos acrescidos)

¹⁶⁰ No âmbito da Lei nº 14.133/2021, também não será dada publicidade à apostila (art. 174, § 2º, inciso V).

de obra, aliado ao fato de que, por se tratar de serviços de natureza contínua, podem ter sua vigência prorrogada por iguais e sucessivos períodos, limitada a sessenta meses, com base no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993¹⁶¹. Frise-se por oportuno que, consoante o art. 107 da Lei nº 14.133/2021¹⁶², a vigência máxima de tais contratos passará a ser de dez anos, aumentando ainda mais o volume de recursos públicos neles despendidos.

Tudo isso estaria a exigir maior transparência e publicidade nas negociações entre agentes públicos e empresas contratadas, exatamente como acontece quando incide o instrumento da revisão, o qual também pressupõe negociação entre as partes envolvidas. Esse entendimento, aliás, vai ao encontro do voto condutor do paradigmático Acórdão nº 1827/2008-TCU-Plenário¹⁶³:

47. Vale destacar, ainda, que a repactuação de preços poderia dar-se mediante apostilamento, no limite jurídico, já que o artigo 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93, faz essa alusão quanto ao reajuste. Contudo, não seria antijurídico e seria, inclusive, mais conveniente que fosse aperfeiçoada por meio de termo aditivo, uma vez que a repactuação tem como requisitos a necessidade de prévia demonstração analítica quanto ao aumento dos custos do contrato, a demonstração de efetiva repercussão dos fatos alegados pelo contratado nos custos dos preços inicialmente pactuados e, ainda, a negociação bilateral entre as partes. E, para reforçar o entendimento ora exposto, vale mencionar que o referido termo aditivo teria natureza declaratória, e não constitutiva de direitos, pois apenas reconheceria o direito à repactuação preexistente. (grifos acrescidos)

Não se pode olvidar que sistemas de inteligência artificial hoje utilizados pelos órgãos de controle em suas fiscalizações buscam informações diretamente em diários oficiais e em portais eletrônicos oficiais de compras dos entes públicos, a exemplo do Portal de Compras do Governo Federal. Considerando que os conteúdos dos processos de repactuação são, no máximo, disponibilizados nos portais da internet dos próprios órgãos e entidades da Administração Pública, em virtude da legislação de regência (sobretudo a Lei de Acesso a Informações¹⁶⁴) e de determinações do próprio TCU¹⁶⁵, os sistemas que trabalham com

¹⁶¹ Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...]

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

¹⁶² Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e 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. (grifo acrescido)

¹⁶³ Relator Ministro Benjamin Zymler.

¹⁶⁴ Lei nº 12.527/2011

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

[...]

inteligência artificial¹⁶⁶ acabam não rastreando os valores resultantes das negociações advindas de pleitos de repactuação¹⁶⁷.

Ademais, não se pode desperdiçar a oportunidade para refletir sobre a importância do controle social dos gastos públicos e do papel central que a transparência possui na construção de uma política anticorrupção eficiente.

Tratando-se a repactuação não como espécie de reajuste de preços, mostrar-se-ia imprescindível, como frisado, o aditamento ao contrato, o que estaria a exigir análise da minuta do termo aditivo pela assessoria jurídica do órgão/entidade contratante¹⁶⁸, a fim de verificar, entre outros requisitos, a presença, de fato, dos pressupostos para se promover o reequilíbrio econômico-financeiro contratual.

Não se ignora o fato de que classificar a repactuação como espécie de reajuste tem a virtude de tornar o processamento mais célere e menos formal. Em sendo uma técnica de revisão, importa numa alteração contratual, a exigir formalização por meio de termo aditivo e análise da área jurídica, o que, se por um lado torna o processamento pouco mais lento, por outro propicia maior controle desses atos negociais da Administração, quer pelos órgãos de controle (internos e externos), quer pela própria sociedade (controle social).

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet). [grifos acrescentados]

¹⁶⁵ A exemplo do Acórdão nº 1855/2018-TCU-Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes, em que restou deliberado: “Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem promover a publicação do inteiro teor de todos os seus contratos administrativos, inclusive anexos e aditivos, em seus sítios oficiais na Internet, em atendimento ao art. 8º, § 1º, inciso IV, da Lei 12.527/2011 (LAI), preferencialmente em formato aberto (art. 8º, § 3º, inciso III, da mesma lei) e que permita a pesquisa de texto.”

¹⁶⁶ O TCU utiliza, nas suas fiscalizações, os robôs Alice, Carina e Ágata.

¹⁶⁷ Além da transparência, da imprensa livre e de instituições fortes e independentes, a tecnologia pode funcionar como mais uma aliada no enfrentamento à corrupção. Com os avanços no campo da inteligência artificial, vêm sendo desenvolvidos sistemas informatizados de detecção precoce de práticas ilícitas, mediante pesquisa de padrões inadequados de gastos públicos, de transações financeiras suspeitas ou de concessões indevidas de benefícios.

¹⁶⁸ Lei nº 8.666/1993

Art. 38. [...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, P. F. A. Repactuação - aplicação no âmbito estadual e municipal. **Revista Brasileira de Direito Municipal** - RBDM. Belo Horizonte, ano 13, n. 46, out. / dez. 2012.

AMARAL, A. C. C. Os conceitos de reajuste, revisão e correção monetária de preços nos contratos administrativos. **Comentários CELC**, n. 35, abr. 2001.

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

ATALIBA, G. **Contrato administrativo - Repactuação - Reajuste de preços**. Revista de Direito Administrativo . Rio de Janeiro, v. 202, p. 349-363, out./dez. 1995.

BARROS, A. M. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

BERNARDINO, J. H. T. **Efeitos financeiros da repactuação**. Revista Zênite: ILC: Informativo de licitações e contratos, v. 16, n. 187, set. 2009.

BRASIL, Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 03 jan. 2021.

BRASIL, Presidência da República. **Decreto Lei n. 5.452/1943 - Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 06 mar. 2021.

BRASIL, Presidência da República. **Lei n. 8.666/1993 - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL, Presidência da República. **Decreto n. 1.054/1994 - Regulamenta o reajuste de preços nos contratos da administração federal direta e indireta, e dá outras providências**. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=1054&ano=1994&ato=8ecUTQU1UNFpWT345>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL, Ministério do Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa n. 18/1997 - regulamenta disciplinar a contratação de serviços a serem executados de forma indireta e contínua, celebrados por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG**. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in18_97.htm. Acesso em: 03 fev. 2021.

BRASIL, Presidência da República. **Decreto Federal n. 2.271/1997 – Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=15E6D763B7E7

03DF969FDE7074577E06.proposicoesWeb1?codteor=447735&filename=LegislacaoCitada+-PRC+39/2007. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL, Presidência da República. **Decreto n. 9.507/2018 - Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm. Acesso em: 03 fev. 2021.

BRASIL, Presidência da República. **Lei n. 10.192/2001 - Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110192.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL, Ministério do Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa SLTI-MPOG 2/2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não.** Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=77783>. Acesso em: 04 mar. 2021.

BRASIL, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Instrução Normativa n. 5/2017 - Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.** Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Portaria- n. 444/2018 - Dispõe sobre o processo de contratação de serviços, no âmbito da Secretaria do Tribunal de Contas da União (TCU).** Disponível em: <https://www.portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL, Ministério da infraestrutura. **Parecer n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU.** Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2021.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo.** 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COELHO MOTTA, C. P. **Eficácia nas licitações e contratos.** 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo.** 32. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIAS, M. P. **Negociação coletiva de salários no Brasil após o plano real: um ensaio sobre os fatores determinantes de seus resultados.** 2012. 47 f. Dissertação (Mestrado em Economia), Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

FERNANDES, J. U. J. **Terceirização: Legislação, doutrina e jurisprudência.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FURTADO, L. R. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCEZ, R. S. **Análise Econômica do Direito (AED) de Repactuação**: o impacto das negociações coletivas nos contratos de terceirização de mão-de-obra na UnB / Rodrigo Siqueira Garcez; orientador José Carneiro da Cunha Oliveira Neto. Brasília, 2019.

GASPARINI, D. **Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Continuado**. Revista Diálogo Jurídico, n. 14, jun-ago/2002.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KAUR, Diego Nogueira. **O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos**: revisão, recomposição, reajuste e repactuação de preços – uma nova abordagem jurídica. Revista Controle. Fortaleza: v. 10, n. 2, jul./dez. 2012.

LAMARÃO, R. C. **Reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos**: à luz da jurisprudência do TCU e da AGU: reajuste, revisão, repactuação. 2. ed., rev. e atual. de acordo com a Lei 13.303/2016. Curitiba : Juruá, 2017.

MADELA, V. Z. **Impacto das negociações sindicais no orçamento público federal**: análise das despesas com serviços terceirizados nos exercícios de 2007 a 2011. 2012. 86 f. Monografia (Especialização em orçamento público). Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, Brasília, 2012.

MARQUES NETO, F. de A. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo**, v. 227, jan./mar. 2002.

MATOS, A. D. **Terceirização**: os reflexos das repactuações dos contratos celebrados com a administração pública com base nas convenções coletivas de trabalho. 2017. 80 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialista em Direito Administrativo), do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2017.

MEDAUAR, O. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

MORAIS, D. S. **A repactuação de preços à luz do princípio da preservação do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos de serviços contínuos na esfera federal**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 233, jul./set. 2003.

NERY JR., N.; NERY, R. M. de A. **Código Civil Comentado**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NIEBUHR, J. de M. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NÓBREGA, M. **Direito e Economia da Infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

OLIVEIRA, A. F. **Serviços de manutenção e cessão de mão de obra**. Fórum de Contratação e Gestão Pública, ano 9, n. 104, agosto/2010.

PACHECO, E. S. **Uma análise comparativa do custo efetivo total da mão de obra terceirizada contratada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul versus Custo estimado no mercado de trabalho geral**. 2015, 101 f. Dissertação (Mestrado em Economia), da Faculdade de Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, 2015.

PAIM, F. V. **A formação do preço de contratação pela administração pública e a planilha de custos sob a ótica da IN nº 2/08**. BLC: Boletim de licitações e contratos, v. 22, n. 4, abr. 2009.

PORTO, R. G. **A Negociação coletiva de trabalho e a (RE) construção das relações de trabalho na sociedade contemporânea**. 2012. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N. **Comentários à lei de PPP – Parceria Público-Privada**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

RIBEIRO, R. S. **Terceirizações na Administração Pública e equilíbrio econômico dos contratos administrativos: repactuação, reajuste e revisão**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SANSEVERINO, P. de T. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, J. A. A. **Contratos administrativos: formação e controle interno da execução: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SCHIRATO, V. R. **O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 13, n. 54, out./dez. 2013.

SENNE, S. H. L. **Cessão de mão-de-obra**. Revista do direito trabalhista: RDT, v. 4, n. 9, set. 1998.

SIQUEIRA, J. P. F. H. **Teoria da imprevisão e onerosidade excessiva: resolução ou revisão dos contratos?** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1203, out. 2006.

VÁLIO, E. S. M. **Limites à autonomia da vontade nas negociações coletivas**. 2016. 102 f. Tese (Doutorado em Direito), da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

VIEIRA, A. P. **Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública: teoria e prática.** 5ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ZYMLER, B. **O novo posicionamento do TCU acerca da repactuação contratual.** Temas contemporâneos do direito: homenagem ao bicentenário do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Guerra Ed., 2011.